



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 3, Part 2

2004, Vol. 3, 2^e fascicule

Cited as [2004] 3 F.C.R., 241-500

Renvoi [2004] 3 R.C.F., 241-500

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

Legal Editors
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2004.

The following added value features in the Federal Courts 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 Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 992-2899.

ARRÊTISTES

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

Arrêtistes
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, dont le commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 992-2899.

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts 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 Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

| | |
|--|------|
| Digests | D-13 |
| Appeals Noted | I |
| BMG Canada Inc. v. John Doe (F.C.) | 241 |

Copyright—Infringement—Recording industry businesses seeking order for disclosure by internet service providers (ISPs) of customers' identities—Customers said to be guilty of copyright infringement by trading in music downloaded from internet—Internet users operating under software-related pseudonyms File-sharing programs utilized—Motion denied—Affidavit in support failing to make out *prima facie* case—Hearsay—Sworn by President of online anti-privacy protection company when other employees in better position to swear, undergo cross-examination—Affiant never listened to files so no evidence files offered for uploading infringing—No evidence copyright infringed—Copyright is creature of statute, tort concepts inapplicable—Downloading of song for personal use not infringement: Act, s. 80(1)—No evidence alleged infringers distributed, authorized reproduction of sound recordings—Analogy to *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* wherein S.C.C. held provision of photocopiers does not constitute authorization—No distribution absent positive act by shared directory owner—Exclusive right of making available provided for by World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty but Treaty not yet

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à: Les Éditions et Services de dépôt, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

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

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

| | |
|--|------|
| Fiches analytiques | F-17 |
| Appels notés | I |
| BMG Canada Inc. c. John Doe (C.F.) | 241 |

Droit d'auteur—Violation—Des sociétés membres de l'industrie de l'enregistrement demandent qu'une ordonnance soit délivrée pour obtenir de certains prestataires de service Internet (les PSI) la divulgation de l'identité de certains clients—Elles soutiennent que les clients ont violé la législation sur les droits d'auteur en échangeant des œuvres musicales téléchargées d'Internet—Les utilisateurs d'Internet ont adopté des pseudonymes associés au logiciel qu'ils utilisent—Des logiciels de partage sont utilisés—Requête rejetée—Le contenu de l'affidavit des demandeurs est insuffisant pour établir l'existence d'une preuve convaincante à première vue—Où-dire—Affidavits déposés par le président d'une société qui offre une protection contre le piratage en ligne alors qu'il devait y avoir d'autres employés qui étaient mieux placés pour souscrire les affidavits en cause et pour répondre aux questions des défendeurs en contre-interrogatoire—L'auteur des affidavits n'a écouté aucun des fichiers, par conséquent, il n'existe aucune preuve que les fichiers rendus disponibles pour le téléchargement sont des contrefaçons des fichiers des demandeurs—Aucune preuve de violation du droit d'auteur—La loi concernant le droit d'auteur tire son origine de la loi, les principes de la responsabilité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

implemented by Canada—No secondary infringement absent knowledge on infringer's part: Act, s. 27(2)—While plaintiffs have copyright entitled to protection, Court not satisfied as to reliability of information to be disclosed.

Practice—Discovery—Production of Documents—Federal Court Rules, 1998, rr. 233, 238 application for order requiring production by non-party to action—Identity of customers of internet service providers (ISPs)—Copyright infringement by trading in recorded music downloaded from internet alleged by recording companies—Plaintiffs unable to identify proposed defendants due to use of software-related pseudonyms—Infringers said to utilize file-sharing programs—ISP account holders have expectation identities kept confidential—Unavailability of equitable bill of discovery once action commenced—Relief available only under rr. 233, 238—Five requirements for relief listed—R. 233 deals with document disclosure, not requiring their creation—No pre-existing documents linking IP address to ISP customer—Motion denied—Plaintiffs' affidavit failing to establish *prima facie* case—Hearsay by President of online anti-privacy protection business—Grounds for belief insufficiently indicated—Other employees in better position to swear affidavits, undergo cross-examination—Non-compliance with best-evidence rule—President never listened to files, so no evidence files offered for uploading were infringing—No evidence of connection between pseudonyms, IP addresses—No evidence copyright law infringed—Court not told by affidavits ISPs only practical source of names behind pseudonyms—While privacy not to be used as shield against civil, criminal liability, is worthy of constitutional protection, significant for public order—Due to passage of time since information relied upon herein gathered, reliability diminished, innocent account holder might be identified—Privacy interest outweighing public interest favouring disclosure—Had requested order been granted, would have been subject to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

délictuelle ne s'appliquent pas—Télécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit: art. 80(1) de la Loi sur le droit d'auteur—Aucune preuve que les violateurs présumés auraient distribué des enregistrements sonores ou autorisé leur reproduction—Analogie avec l'arrêt de la Cour suprême du *Canada CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* dans lequel on a conclu que le fait de mettre sur place des appareils qui permettent de faire des copies ne correspond pas à autoriser la violation du droit d'auteur—Pas de distribution sans un acte positif de la part du propriétaire du répertoire partagé—Le droit exclusif de mettre à disposition est prévu dans le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes mais ce traité n'a pas encore été ratifié par le Canada—Aucune violation à une étape ultérieure si aucune preuve que le violateur en avait connaissance: art. 27(2) de la Loi sur le droit d'auteur—Bien que les demandeurs aient droit à ce que leur droit d'auteur soit protégé, la Cour n'est pas convaincue que les renseignements qui seraient divulgués sont fiables.

Pratique—Communication de documents et interrogatoire préalable—Production de documents—Requête en vertu des règles 233 et 238 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à un tiers de divulguer l'identité de certains clients de certains prestataires de service Internet (les PSI)—Les sociétés d'enregistrement prétendent qu'il y a eu violation de la législation sur les droits d'auteur occasionnée par l'échange d'œuvres musicales téléchargées d'Internet—Les demandeurs ne peuvent identifier les utilisateurs d'Internet en question puisqu'ils ont adopté des pseudonymes associés au logiciel qu'ils utilisent—On a prétendu que les violateurs utilisent des logiciels de partage de fichiers—Les clients des PSI ont une attente d'anonymat—On ne peut pas se servir de l'interrogatoire préalable en equity une fois que l'action a été introduite—Redressement prévu aux règles 233 et 238—Énumération des cinq conditions préalables à l'octroi d'un tel redressement—La règle 233 a pour objectif d'ordonner la production de documents et non leur création—Pas de documents faisant le lien entre une adresse IP et un client donné d'un PSI—Requête rejetée—L'affidavit des demandeurs n'établit pas l'existence d'une preuve convaincante à première vue—Où-dire de la part du président d'une société qui offre une protection contre le piratage en ligne—Il ne dit pas sur quoi il fonde sa conviction—D'autres employés étaient mieux placés pour souscrire les affidavits en cause et pour répondre aux questions des défendeurs en contre-interrogatoire—Non-respect de la règle de la meilleure preuve—Le président n'a jamais écouté aucun des fichiers, par conséquent, il n'existe aucune preuve que les fichiers rendus disponibles pour le téléchargement violent le droit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

restrictions to protect defendants' privacy interests.

Canada (Attorney General) v. S.D. Myers Inc. (F.C.) 368

Foreign Trade—Judicial review of arbitral award of damages against Canada for breach of North American Free Trade Agreement (NAFTA) Arts. 1102, 1105 by imposition of ban on export of PCB wastes to U.S.A.—NAFTA, Art. 1102 deals with right to national treatment, Art. 1105 sets out minimum standards of treatment—Purpose of ban: protection of Canadian operators, not environment—Tribunal comprised of three distinguished experts in international trade law found ban favoured Canadian nationals, prevented respondent, its investment from carrying on intended Canadian business—Whether award exceeded scope of arbitration agreement, contravened Canadian public policy—Four sub-issues raised by Canada, Mexico (intervener)—Application denied—NAFTA objectives considered—NAFTA providing new cause of action not in former Canada-U.S. Free Trade Agreement: individual investors can seek relief in case of discriminatory treatment—Court's review jurisdiction limited by Commercial Arbitration Code, art. 34—S.C.C.'s "pragmatic, functional approach" to standard of review inapplicable to international commercial arbitrations—Judicial deference to be accorded—Merits-based review not contemplated—No review for error of law, erroneous finding of fact if within Tribunal's jurisdiction—Necessity for predictability in enforcement of dispute resolution provisions—Parties should be prepared to accept arbitral tribunal's decision even if wrong—Arbitration not to be just first step leading to final decision by jurisdiction's highest appeal court—Award not dealing with dispute outside terms of submission—Canada failing to challenge jurisdiction in time under UNCITRAL Arbitration Rules, art. 21(3)—Canada's statement of defence obtuse on issue of jurisdiction—Code art. 34(2)(b)(ii) provision (award set aside if conflicting with

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'auteur—Aucune preuve établissant un lien entre les pseudonymes et les adresses IP—Aucune preuve de violation du droit d'auteur—La Cour ne peut déterminer à partir des affidavits si les PSI sont la seule source pratique pour obtenir l'identité des utilisateurs de pseudonymes—Bien que le droit de chacun à la vie privée ne peut être invoqué par une personne pour échapper à sa responsabilité, civile ou criminelle, il mérite une protection constitutionnelle, il revêt une importance capitale sur le plan de l'ordre public—Avec le temps qui s'écoule, les renseignements en cause sont plus difficiles à obtenir et leur fiabilité diminue, il existait une possibilité sérieuse que l'on communique l'identité d'un client innocent—Le respect de la vie privée prime l'intérêt public à la divulgation—Si l'ordonnance demandée avait été délivrée, il aurait fallu imposer certaines restrictions afin de protéger le droit à la vie privée des défendeurs.

Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc. (C.F.) 368

Commerce extérieur—Contrôle judiciaire des sentences arbitrales condamnant le Canada à verser des dommages-intérêts pour avoir contrevenu aux art. 1102 et 1105 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) en imposant une interdiction sur les exportations de déchets contenant des BPC vers les États-Unis—L'art. 1102 de l'ALÉNA porte sur le droit au traitement national, l'art. 1105 établit la norme minimale de traitement—Objet de l'interdiction: protection des exploitants canadiens et non de l'environnement—Un tribunal composé de trois membres réputés pour leur expertise en droit du commerce international a conclu que l'interdiction favorisait les ressortissants canadiens et empêchait la défenderesse et son investissement d'exploiter l'entreprise canadienne qu'ils avaient envisagée—Les sentences arbitrales excédaient-elles la portée de la convention d'arbitrage et étaient-elles contraires à l'ordre public du Canada?—Le Canada et le Mexique (intervenant) ont soulevé quatre sous-questions—Demande rejetée—Examen des objectifs de l'ALÉNA—L'ALÉNA crée un recours que ne prévoyait pas l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis: les investisseurs disposent d'un recours en cas de traitement discriminatoire—La compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire est limitée par l'art. 34 du Code d'arbitrage commercial—L'«approche pragmatique et fonctionnelle» formulée par la C.S.C. ne peut servir à établir une norme de contrôle en matière d'arbitrages commerciaux internationaux—Il faut faire preuve de retenue judiciaire—Examen du fond non prévu—Aucun contrôle judiciaire d'une décision qui repose sur une erreur de droit, sur une conclusion de fait erronée, si elle entre dans la compétence du tribunal—La prévisibilité dans l'application des dispositions en matière de règlement des différends est

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian public policy) contemplates fundamental justice principles, not political, international position taken by Canada—Tribunal’s conclusions not patently unreasonable, resulting in flagrant justice denial—Not conflicting with Canadian public policy—Language of Art. 1139 broad as to “investment of an investor of a Party”—Tribunal’s conclusion permitted by language of NAFTA—Canada Business Corporations Act inapplicable—Canada’s position narrow, legalistic, contrary to NAFTA objectives—NAFTA rights cumulative unless in direct conflict—Respondent entitled to Chap. 11, 12 rights—As to Art. 1102 (national treatment), “in like circumstances” is flexible benchmark, was open to Tribunal to opt for broad comparator.

Federal Court Jurisdiction—Application under Commercial Arbitration Code, art. 34, to set aside award of arbitral tribunal under North American Free Trade Agreement (NAFTA)—Three-member Tribunal composed of international trade law experts—Application denied—Court’s judicial review jurisdiction restricted by art. 34—S.C.C.’s “pragmatic, functional approach” to standard of review inapplicable to review of international commercial arbitrations—Judicial deference to be accorded—Merits-based review not contemplated—Under art. 34, no judicial review for error of law, erroneous finding of fact if decision within Tribunal’s jurisdiction—Trend towards position parties to accept award even if wrong—Arbitration not to be first step in process leading to final decision by jurisdiction’s highest appellate court—Award did not deal with dispute outside terms of submission—Canada having failed to challenge Tribunal’s jurisdiction in timely manner as required by UNCITRAL Arbitration Rules, art. 21(3)—Comparable to Federal Courts Act, s. 57(1) requirement to serve notice in constitutional challenge.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

indispensable—Les parties devraient être disposées à accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée—L’arbitrage ne doit pas être simplement la première étape d’un processus qui conduit jusqu’à la décision finale de la cour d’appel la plus élevée—La sentence ne portait pas sur un différend non visé dans le compromis—Le Canada n’a pas soulevé à temps l’exception d’incompétence prévue à l’art. 21(3) du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI—La réponse du Canada est ambiguë à l’égard de la compétence—L’art. 34(2)b)(ii) (annulation de la sentence qui est contraire à l’ordre public du Canada) s’entend des principes fondamentaux de la justice et non de la position politique ou de la position internationale du Canada—Les conclusions du tribunal ne sont pas manifestement déraisonnables, ne se traduisent pas par un déni de justice flagrant—Elles ne sont pas contraires à l’ordre public du Canada—Portée large de la définition de l’art. 1139 d’un «investissement effectué par un investisseur d’une Partie»—Les termes de l’ALÉNA autorisent la conclusion du tribunal—La Loi canadienne sur les sociétés par actions est inapplicable—La position du Canada est étroite, légaliste et contraire aux objectifs de l’ALÉNA—Les droits conférés par l’ALÉNA sont cumulatifs à moins qu’ils ne soient directement contradictoires—La défenderesse bénéficie des droits conférés par les ch. 11 et 12—Quant à l’art. 1102 (traitement national), le critère souple des «circonstances analogues» était ouvert au tribunal et lui permettait d’opter pour un comparateur large.

Compétence de la Cour fédérale—Demande présentée en vertu de l’art. 34 du Code d’arbitrage commercial en vue d’obtenir l’annulation des sentences rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l’Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)—Tribunal composé de trois experts en droit du commerce international—Demande rejetée—Compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire limitée par l’art. 34—L’«approche pragmatique et fonctionnelle» formulée par la C.S.C. pour établir une norme de contrôle ne s’applique pas au contrôle d’arbitrages commerciaux internationaux—Il faut faire preuve de retenue judiciaire—Examen du fond non prévu—En vertu de l’art. 34, il n’existe aucun contrôle judiciaire d’une décision qui repose sur une erreur de droit, une conclusion de fait erronée, si elle entre dans la compétence du tribunal—Tendance favorisant l’opinion selon laquelle les parties devraient accepter la décision même si elle est erronée—L’arbitrage ne doit pas être simplement la première étape d’un processus qui conduit jusqu’à la décision finale de la cour d’appel la plus élevée du ressort—La sentence ne portait pas sur un différend non visé dans le compromis—Le Canada n’a pas soulevé à temps l’exception d’incompétence comme l’exige l’art. 21(3) du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI—Analogue à l’art. 57(1) de la Loi sur les Cours fédérales exigeant la signification d’un avis de question constitutionnelle.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Dumont v. Canada (F.C.A.) 338

Pensions—Appellants members of Canadian Forces, assigned to peacekeeping missions abroad—Both claimed pension for physical, psychological disabilities resulting from post-traumatic stress disorder—Dumont's pension application denied, Drolet's only partially allowed—Decisions not reviewed by Veterans Review and Appeal Board—Both brought actions in damages against respondent—Trial Judge staying tort claims until pension eligibility finally determined—Whether Crown had fiduciary duty toward appellants—Damages claimed by appellants result of injury, disease, aggravation thereof under Pension Act, s. 21—Giving rise to pension entitlement—Tort action prohibited by Crown Liability and Proceedings Act, s. 9—Pension Act comprehensive scheme designed to ensure compensation of persons for injuries, losses incurred in public service—Actions struck out except in so far as based on Charter, s. 7—Latter stayed pursuant to Pension Act, s. 111.

Crown—Torts—Appellants claiming damages for physical, psychological disabilities resulting from post-traumatic stress disorder—Disabilities giving rise to pension entitlement under Pension Act, s. 21(1), (2)—Decisions not reviewed by Veterans Review and Appeal Board—Whether Crown had fiduciary role—Uncertain whether fiduciary relationship at common law, but Crown-employer's duties, liability upon breach of duties exist independently of purported fiduciary relationship—Damages claimed by appellants connected to military service, gave entitlement to pension—Tort action prohibited by Crown Liability and Proceedings Act, s. 9—For s. 9 to bar action against Crown, pension, compensation paid must have same factual basis as action—Parliament intending to prevent double recovery—Actions struck out except in so far as based on Charter breaches—Latter stayed.

Practice—Pleadings—Motion to Strike—Stay of Proceedings—Actions in damages in relation to post-traumatic

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Dumont c. Canada (C.A.F.) 338

Pensions—Les appelants, membres des Forces canadiennes, avaient été assignés à des missions de paix à l'étranger—Ils ont demandé une pension pour incapacités physiques et psychologiques résultant du syndrome de stress post-traumatique—La demande de pension de Dumont a été rejetée et celle de Drolet a été accueillie seulement en partie—Les décisions n'ont pas été revues par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)—Les deux appelants ont intenté une action en dommages contre l'intimé—La juge de première instance a suspendu les actions en responsabilité jusqu'à ce que l'inexistence du droit à la pension ait été constatée en dernier recours—L'État avait-il un rôle de fiduciaire à l'égard des appelants?—Les dommages pour invalidité réclamés par les appelants étaient la conséquence d'une blessure ou maladie—ou son aggravation—suivant les termes de l'art. 21 de la Loi sur les pensions—Ils donnaient droit à une pension—Une action en responsabilité délictuelle est interdite par l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—La Loi sur les pensions constitue un régime complet conçu pour garantir l'indemnisation des personnes ayant subi des blessures et des pertes dans l'exercice de leurs fonctions d'agents de l'État—Les actions sont radiées sauf dans la mesure où elles portent sur les portions basées sur l'art. 7 de la Charte—Ces dernières sont suspendues en application de l'art. 111 de la Loi sur les pensions.

Couronne—Responsabilité délictuelle—Les appelants réclamaient des dommages pour incapacités physiques et psychologiques résultant du syndrome de stress post-traumatique—Ces incapacités donnent droit à une pension en vertu de l'art. 21(1), (2) de la Loi sur les pensions—Les décisions n'ont pas été revues par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)—L'État avait-il un rôle de fiduciaire?—Il n'est pas certain qu'une relation fiduciaire existe en common law, mais les obligations de l'État-employeur et la responsabilité qu'il encourt au cas de manquement à ses obligations existent indépendamment du soi-disant rapport de fiduciaire—Les dommages réclamés par les appelants étaient reliés à leur service militaire et ils donnaient droit à une pension—Une action en responsabilité délictuelle est interdite par l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Pour que l'art. 9 puisse faire obstacle à une action contre l'État, la pension ou l'indemnité payée doit avoir le même fondement factuel que l'action—Le législateur voulait éviter la double compensation—Les actions sont radiées sauf dans la mesure où elles portent sur les portions basées sur les manquements à la Charte—Ces dernières sont suspendues.

Pratique—Actes de procédure—Requête en radiation—Suspension d'instance—Actions en dommages relatives au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

stress disorder as result of appellants' service in peacekeeping missions as members of Canadian Forces—Motions to strike out actions, or for stay of proceedings—To be successful on motion to strike, moving party must demonstrate plain, obvious, beyond reasonable doubt action will fail—All facts pleaded in statement of claim taken as proved—Pension Act, s. 111 requiring Court to stay action until pension application made and decision no pension payable confirmed by Veterans Review and Appeal Board where action not barred by virtue of Crown Liability and Proceedings Act, s. 9—Actions prohibited under s. 9 as loss, damage claimed giving rise to payment of pension—Must be struck as plain, obvious, beyond reasonable doubt they could not succeed—Interest of justice requiring stay of appellants' actions so far as based on Charter, s. 7, until conditions provided in Pension Act, s. 111(2) met.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Appellants seeking damages for negligence, breach of legal and fiduciary obligations, abuse of authority and breach of Charter, s. 7 rights—Breach of Charter, s. 7 right giving rise to recourse under s. 24—S. 24 conferring broadest discretion to craft remedies—Uncertain Crown Liability and Proceedings Act, s. 9 could exclude fair, appropriate remedy—Actions so far as based on Charter, s. 7 stayed until conditions in Pension Act, s. 111(2) met—Remainder of actions struck out as prohibited by Crown Liability and Proceedings Act.

Eiba v. Canada (Attorney General) (F.C.) 416

Patents—Practice—Patent application deemed abandoned for failure to pay maintenance, reinstatement fees—Beyond reinstatement period—Patent agent prepared necessary documentation, payment instructions but failed to confirm receipt by Canadian Intellectual Property Office—Required material for only one of two grounds of abandonment received—Commissioner did send acknowledgement of request for examination—Patent agent wrongly assumed application in good standing—Usual practice of Office relied

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

syndrome de stress post-traumatique résultant du service des appelants lors de missions de paix en tant que membres des Forces canadiennes—Requêtes pour radier les actions ou pour suspendre l'instance—Pour avoir gain de cause dans le cadre d'une requête en radiation, il doit être évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable que l'action est vouée à l'échec—Tous les faits allégués dans la déclaration doivent être tenus pour avérés—L'art. 111 de la Loi sur les pensions oblige la Cour à suspendre l'action jusqu'à ce qu'une demande de pension soit faite et jusqu'à ce que l'inexistence du droit à la pension ait été confirmée par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) dans les cas où il s'agit d'une action non visée par l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Les actions sont interdites par l'art. 9 parce que la perte ou le dommage réclamé donnait droit au paiement d'une pension—Elles devaient être rayées puisqu'il est évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable qu'elles n'avaient aucune chance de succès—Il est dans l'intérêt de la justice de suspendre les actions des appelants, mais dans la mesure seulement où elles sont basées sur l'art. 7 de la Charte, et ce, jusqu'à ce que les conditions prescrites à l'art. 111(2) de la Loi sur les pensions soient satisfaites.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—Les appelants ont intenté une action en dommages pour négligence, manquement aux obligations légales et aux obligations de fiduciaires, abus d'autorité et manquement à l'art. 7 de la Charte—La violation de l'art. 7 de la Charte donne droit à un recours prévu à l'art. 24—L'art. 24 accorde le pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible pour élaborer des réparations—Il est loin d'être certain que l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif puisse être invoqué pour écarter une réparation convenable et juste—Les actions, dans la mesure seulement où elles sont basées sur l'art. 7 de la Charte, sont suspendues jusqu'à ce que les conditions prescrites à l'art. 111(2) de la Loi sur les pensions soient satisfaites—Les autres portions des actions sont radiées, étant interdites par la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif.

Eiba c. Canada (Procureur général) (C.F.) 416

Brevets—Pratique—Abandon présumé d'une demande de brevet résultant du défaut de verser les taxes périodiques et les taxes de rétablissement—Le délai pour la rétablir avait expiré—L'agent de brevets a préparé les documents nécessaires et donné des instructions en vue du versement mais il a omis de faire confirmer leur réception par l'Office de la propriété intellectuelle du Canada—Les documents prescrits n'ont été reçus qu'à l'égard de l'un des deux motifs d'abandon—Le commissaire a fait parvenir un accusé de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

on—Doctrine of legitimate expectations—Whether Commissioner declined to exercise discretionary jurisdiction—Whether impugned decision advanced object of Act—Judicial review application denied—Decision was open to judicial review—Scope of s. 18 judicial review to be liberally interpreted—No legitimate expectation Commissioner would give notice if payment, reinstatement request not received—Application of doctrine explained—Under Rules, s. 152 entire duty to comply with reinstatement requirements on applicant—Purposes of maintenance fees provisions—To be strictly interpreted by Commissioner, Court—Enactment not ambiguous.

Administrative Law—Judicial Review—Commissioner of Patents deciding patent application had been abandoned, was beyond reinstatement period due to failure to pay maintenance, reinstatement fees—Attorney General submitting no “decision” for review since consequences of failure to pay imposed by Patent Act, Patent Rules—Reference to F.C., F.C.A. cases holding s. 18 judicial review to be given broad, liberal interpretation—Applicant arguing Canadian Intellectual Property Office’s “usual practice” giving rise to legitimate expectation applicant would be notified if payment, reinstatement request not received—Doctrine of legitimate expectations reviewed—Doctrine not applicable.

Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (F.C.A.) 436

Constitutional Law—Aboriginal and Treaty Rights—Minister approving construction of winter road through National Park—Mikisew Cree First Nation, descendants of Treaty 8 signatories, objecting for fear of habitat fragmentation, death of wildlife they trap, hunt—Purpose of Treaty 8—Treaty provided tracts could be “taken up” for certain purposes—Wood Buffalo National Park, established in 1922, occupies 5% of Treaty 8 area—Nature, purpose of winter road explained—Wood Buffalo National Park Game Regulations prohibiting firearms use within 200-metre-wide road corridor—Parks Canada apologized for lack of consultation regarding project—F.C.T.D. Judge holding Treaty 8 rights infringed for inadequate consultation—Majority of F.C.A. allowing

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

réception de la requête en examen—L’agent de brevets a tenu pour acquis, à tort, que la demande était en état—Il s’est appuyé sur la pratique constante de l’Office—Théorie de l’expectative légitime—Le commissaire a-t-il refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire?—La décision contestée sert-elle les objets de la Loi?—Demande de contrôle judiciaire rejetée—La décision pouvait faire l’objet d’un contrôle judiciaire—La portée du contrôle judiciaire prévu à l’art. 18 doit être interprétée de façon libérale—Le demandeur n’avait pas d’expectative légitime d’être informé par le commissaire que sa demande de rétablissement et le paiement n’avaient pas été reçus—Explication de l’application de la théorie—Selon l’art. 152 des Règles, il incombe au demandeur de se conformer aux exigences relatives au rétablissement—Objet des dispositions concernant les taxes périodiques—Ces dispositions doivent être interprétées strictement tant par le commissaire que par la Cour—Elles ne sont pas ambiguës.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Le commissaire aux brevets a conclu que la demande de brevet avait été abandonnée, que le délai pour la rétablir avait expiré, le demandeur ayant fait défaut de verser les taxes périodiques et les taxes de rétablissement—Le procureur général a invoqué l’absence d’une «décision» pouvant faire l’objet d’un contrôle puisque les conséquences du défaut de verser les taxes étaient imposées par la Loi sur les brevets et les Règles sur les brevets—Des décisions de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale ont été citées à l’appui de la conclusion que le contrôle judiciaire, fondé sur l’art. 18 de la Loi, doit être interprété de façon englobante et libérale—Le demandeur a prétendu que, selon les «pratiques constantes» de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada, il pouvait s’attendre légitimement à être informé que sa demande de rétablissement et le paiement n’avaient pas été reçus—Examen de la théorie de l’expectative légitime—La théorie n’était pas applicable.

Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) (C.A.F.) 436

Droit constitutionnel—Droits ancestraux ou issus de traités—La ministre avait approuvé la construction d’une route d’hiver à travers un parc national—La Première nation crie Mikisew, dont les membres sont les descendants des signataires du Traité n° 8, s’y était opposée parce qu’elle craignait la fragmentation de l’habitat et la mort des animaux que les membres piégeaient et chassaient—Objet du Traité n° 8—Le Traité prévoyait que des terrains pouvaient être «pris» à certaines fins—Le parc national Wood Buffalo, créé en 1922, occupe 5 p. 100 du secteur visé par le Traité n° 8—Nature et but de la route d’hiver—Le Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffero interdit l’utilisation d’armes à feu dans un corridor routier de 200 mètres de largeur—Parcs Canada s’est

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Heritage Minister's appeal—Creation of Park not a "taking up"—Treaty right to hunt not abrogated by statute—In dissent, Sharlow J.A. failed to determine whether road approval was "taking up"—Decision did not have to be justified under test in *R. v. Sparrow* since road approval a "taking up"—That issue not relied on by Minister in F.C.A. but raised by intervener, Attorney General of Alberta—Appropriate intervener assist Court by useful submissions different from those of parties—Use of land as winter access road, prohibiting firearm use was "visible, incompatible land use" with hunting—Express limitations in Treaty 8 not exhaustive—Purposes mentioned imply access, transportation—Road construction implied—"Taking up" of land for purpose implied by Treaty 8 not *prima facie* constitutional infringement—What s. 35 protects is right to hunt on land not required for settlement, other purposes—Court bound by analysis of Cory J. in *R. v. Badger*.

Native Peoples—Lands—Heritage Minister approving construction of winter road through Wood Buffalo National Park under authority of Canada National Parks Act, s. 8—Mikisew Cree, descendants of Treaty 8 signatories, opposed for fear road having negative impact on hunting, trapping—Park entirely within Treaty 8 area, occupying 5% thereof—No hunting allowed in 200-metre-wide road corridor—Minister proceeding without Indians' consent—Parks Canada apologized for want of consultation—Creation of Park not a "taking up" under Treaty 8—But road approval was a "taking up"—As held by S.C.C. in *R. v. Badger*, use of land as road, firearm use prohibition "visible, incompatible land use" with hunting—Purposes expressly mentioned in Treaty 8 imply access, transportation and therefore road construction—Land may be "taken up" under Treaty 8 for road—Constitution Act, 1982, s. 35 (Aboriginal and treaty rights) protecting only right to hunt on land not required for settlement, other purposes.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

excusé de l'absence de consultation au sujet du projet—La juge de la C.F. 1^{re} inst. a statué qu'on avait porté atteinte aux droits issus du Traité n° 8 du fait de la consultation inadéquate—La majorité de la C.A.F. a accueilli l'appel interjeté par la ministre du Patrimoine—La création du parc ne constitue pas une «prise»—Le droit de chasse reconnu par le Traité n'a pas été aboli par la loi—En dissidence, la juge Sharlow n'a pas décidé si l'approbation de la route constituait une «prise»—La décision n'avait pas à être justifiée selon le critère énoncé dans *R. c. Sparrow* étant donné que l'approbation de la route constituait une «prise»—La ministre ne s'était pas fondée sur cette question devant la C.A.F., mais celle-ci avait été soulevée par l'intervenant, le procureur général de l'Alberta—Un bon intervenant aide la Cour au moyen d'observations utiles différentes de celles des parties—L'utilisation des terres comme route d'accès hivernale et l'interdiction concernant l'utilisation d'armes à feu constituent une «utilisation des terres visible incompatible» avec la chasse—Les restrictions expresses énoncées dans le Traité n° 8 ne sont pas exhaustives—Les fins mentionnées comportent implicitement l'accès et le transport—La construction de la route était implicite—La «prise» des terres aux fins implicites prévues par le Traité n° 8 ne constitue pas une atteinte constitutionnelle *prima facie*—L'art. 35 protège le droit de chasser sur les terres qui ne sont pas nécessaires aux fins de colonisation et à d'autres fins—La Cour était liée par l'analyse du juge Cory dans *R. c. Badger*.

Peuples autochtones—Terres—La ministre du Patrimoine avait approuvé la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo en vertu de l'art. 8 de la Loi sur les parcs nationaux du Canada—Les Cris Mikisew, qui sont descendants des signataires du Traité n° 8, s'opposaient à la route parce qu'ils craignaient que la route ait des effets défavorables sur la chasse et le piégeage—Le parc est entièrement situé dans le secteur visé par le Traité n° 8 et occupe 5 p. 100 de ce secteur—La chasse est prohibée dans un corridor routier de 200 mètres de largeur—La ministre est allée de l'avant sans obtenir le consentement des Indiens—Parks Canada s'est excusé pour l'absence de consultation—La création d'un parc ne constitue pas une «prise» au sens du Traité n° 8—Cependant, l'approbation de la route constituait une «prise»—Comme l'a statué la C.S.C. dans *R. c. Badger*, l'utilisation des terres en tant que route et l'interdiction d'utiliser des armes à feu constituent une «utilisation des terres visible incompatible» avec la chasse—Les fins expressément mentionnées dans le Traité n° 8 comprennent implicitement l'accès et le transport et, par conséquent, la construction de la route—Les terres peuvent être «prises» pour la route en vertu du Traité n° 8—L'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 (droits ancestraux et issus de traités) protège uniquement le droit de chasser sur les terres qui ne sont pas nécessaires aux fins de colonisation et à d'autres fins.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Environment—Government approving construction of winter road in Wood Buffalo National Park over Indians' objections—Cree trappers fearing road could fragment habitat, cause death of wildlife due to collision with motor vehicles—Independent environmental assessment concluding some habitat fragmentation likely—Proposed road realigned after biophysical resource assessment, field inspection—Government satisfied proponent's mitigation measures adequate to prevent adverse environmental effects—*Per* Sharlow J.A. (dissenting): while mitigation measures may prove adequate, Court should not speculate on adequacy as process fundamentally flawed.

Sawridge Band v. Canada (F.C.A.) 274

Native Peoples—Registration—Appellants opposing requirement to enter on Sawridge Band List names of 11 individuals, to accord them rights, privileges attaching to Band membership—Bill C-31 granting certain persons whose names omitted, deleted from Indian Register prior to April 17, 1985 entitlement to status under Indian Act—Indian Act, s. 10(4), (5) must be interpreted in accordance with modern approach—Act, s. 11(1)(c) granting appellants automatic entitlement to membership in Sawridge Band—Requiring such acquired rights individuals to comply with Sawridge Band membership code in contravention of Act.

Administrative Law—Judicial Review—Injunctions—Trial Judge granting mandatory interlocutory injunction sought by Crown, requiring appellants to register names of 11 individuals on Sawridge Band List—Making determination of law as condition precedent to granting of interlocutory injunction—Such determination appropriate—Where substantive question of law at issue, applicable standard of review correctness—Three-part test for granting interlocutory injunction met—First part, serious issue to be tried, applies to interlocutory injunction applications whether mandatory or prohibitory.

Constitutional Law—Aboriginal and Treaty Rights—Appellants submitting provisions of Bill C-31 conferring

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Environnement—Le gouvernement avait approuvé la construction d'une route d'hiver dans le parc national Wood Buffalo malgré les objections des Indiens—Les trappeurs crés craignaient que la route ne fragmente l'habitat et ne cause la mort d'animaux par suite de collisions avec des véhicules—À la suite d'une évaluation environnementale indépendante, on a conclu qu'une certaine fragmentation de l'habitat était probable—Le tracé de la route proposée a été modifié à la suite d'une évaluation des ressources biophysiques et d'une inspection sur le terrain—Le gouvernement était convaincu que les mesures d'atténuation qui devaient être prises par le promoteur étaient adéquates pour empêcher des effets environnementaux préjudiciables—La juge Sharlow (dissidente): les mesures d'atténuation pouvaient s'avérer adéquates, mais la Cour ne devrait pas faire de conjectures au sujet du caractère adéquat des mesures élaborées en raison d'un processus fondamentalement vicié.

Bande de Sawridge c. Canada (C.A.F.) 274

Peuples autochtones—Inscription—Les appelants ont refusé d'obéir à une ordonnance d'inscrire sur la liste de la Bande de Sawridge les noms de 11 personnes et de leur accorder tous les droits et privilèges liés à la qualité de membre d'une bande—Le projet de loi C-31 conférerait à certaines personnes dont les noms avaient été omis ou retranchés du registre des Indiens avant le 17 avril 1985 un droit au statut en vertu de la Loi sur les Indiens—L'art. 10(4), (5) doit être interprété conformément à l'approche moderne—L'art. 11(1)c) de la Loi accorde aux appelants le droit automatique d'appartenir à la Bande de Sawridge—Exiger des personnes qui ont des droits acquis qu'elles respectent le code d'appartenance à la Bande de Sawridge viole la Loi.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Injonctions—Un juge de la Section de première instance a rendu une ordonnance de faire sollicitée par la Couronne en enjoignant aux appelants d'inscrire les noms de 11 personnes sur la liste de la Bande de Sawridge—Il a rendu une décision sur un point de droit comme un préalable à une injonction interlocutoire—Il était justifié de rendre une telle décision—Lorsqu'une question de droit fondamentale est en cause, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte—Les exigences du critère à trois volets pour l'obtention d'une injonction interlocutoire ont été satisfaites—Le premier volet, une question sérieuse à trancher, s'applique à une requête en injonction interlocutoire, qu'elle soit prohibitive ou une ordonnance de faire.

Droit constitutionnel—Droits ancestraux ou issus de traités—Les appelants ont prétendu que les dispositions du projet de loi

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

entitlement to Band membership inconsistent with Constitution Act, 1982, s. 35, therefore of no force, effect—Legislation must be complied with until found to be unconstitutional—Clear public interest in seeing legislation obeyed until application stayed by Court order, legislation set aside on final judgment.

Construction of Statutes—Interpretation of Indian Act, s. 10(4), (5)—All legislation must be read in context—Trial Judge correctly interpreted s. 10(4), (5) in accordance with modern approach—Act creating automatic entitlement to membership unless acquired rights individuals subsequently lose entitlement.

Practice—Parties—Standing—Whether Crown lacked standing, has not met test for seeking interlocutory injunctive relief—Crown having standing to seek injunctions to ensure public bodies, such as Indian band council, follow law.

Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 323

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Application under IRPA, s. 72 for judicial review of PRRA officer's decision no risk of torture, unusual treatment if applicants returned to India—Female applicant has kidney failure, says in grave danger if returned—Dialysis available in India but applicant unable to pay price—Whether officer erred in rejecting claim as based on inadequate medical facilities within IRPA, s. 97(1)(b)(iv) exception—Correctness appropriate review standard—Matter of statutory interpretation: what was Parliament's intention?—Risk to life under s. 97 not requiring assessment whether appropriate medical care available in country in question?—Whether presumption officer had jurisdiction to entertain Charter issue—PRRA officers' powers less than those of Board Divisions—Pre-removal risk assessment process inappropriate forum for resolving complex Charter issues.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

C-31 qui confèrent le droit à la qualité de membre d'une bande ne sont pas conformes à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et sont, en conséquence, inopérantes—Une loi doit être respectée tant qu'elle n'est pas déclarée inconstitutionnelle—Il existe un intérêt public certain quant au respect d'une Loi tant que son application n'est pas suspendue par l'ordonnance d'un tribunal compétent ou que la loi en cause n'est pas annulée par un jugement définitif.

Interprétation des lois—Interprétation de l'art. 10(4), (5) de la Loi sur les Indiens—Tous les textes législatifs doivent être interprétés dans leur contexte—Le juge de la Section de première instance a correctement interprété l'art. 10(4), (5) conformément à l'approche moderne—La Loi crée un droit automatique à l'appartenance à la bande à moins que les personnes ayant un droit acquis ne perdent ce droit par la suite.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—La Couronne avait-elle qualité pour agir et répondre aux exigences du critère pour l'obtention d'une injonction interlocutoire?—La Couronne avait qualité pour solliciter des injonctions pour forcer des organismes publics, comme un conseil de bande, à respecter la loi.

Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 323

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes non admissibles—Demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'art. 72 de la LIPR contre la décision de l'agente d'ERAR selon laquelle les demandeurs ne seraient pas exposés au risque d'être soumis à la torture ou au risque de traitements inusités s'ils étaient renvoyés en Inde—La demanderesse souffre d'insuffisance rénale et affirme qu'elle serait exposée à un risque sérieux si elle était renvoyée—Des traitements de dialyse sont offerts en Inde, mais la demanderesse est incapable de payer les frais—L'agente a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a rejeté la demande en concluant qu'elle était fondée sur les ressources médicales inadéquates visées par l'exception de l'art. 97(1)(b)(iv) de la LIPR?—La décision correcte est la norme de contrôle appropriée—Question d'interprétation législative: quelle était l'intention du législateur?—La question d'une menace à la vie suivant l'art. 97 n'exige pas de savoir s'il existe des soins médicaux adéquats dans le pays en question—Existait-il une présomption que l'agente avait compétence pour trancher une question touchant la Charte?—Les pouvoirs attribués aux agents d'ERAR sont moindres que ceux attribués aux sections de la Commission—La procédure d'examen des risques avant renvoi n'est pas la procédure appropriée pour la résolution de questions complexes touchant la Charte.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 301

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Membership in criminal organization—Board finding applicant, Sri Lankan citizen, member of Tamil gang—Whether Board erred in considering evidence apart from criminal record—Police believe applicant implicated in numerous gang-related incidents—Question before Board: were there reasonable grounds to believe applicant criminal organization member—Mere suspicion insufficient—Whether Board may consider unresolved criminal charges—Merely being charged perhaps relevant to gang membership issue—Whether Tamil gangs “organizations” within Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(a)—Word “organization” not defined in Act—Police gang membership criteria not met—No evidentiary basis for conclusion applicant “belonged” to criminal organization.

SOMMAIRE (Fin)

Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 301

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Appartenance à une organisation criminelle—La Commission a conclu que le demandeur, un citoyen du Sri Lanka, était membre d'un gang tamoul—La Commission a-t-elle commis une erreur en examinant une preuve autre que le casier judiciaire?—La police croit que le demandeur a participé à de nombreux incidents reliés à des gangs—La question dont était saisie la Commission est la suivante: y avait-il des motifs raisonnables de croire que le demandeur était membre d'une organisation criminelle?—Un simple soupçon est insuffisant—La Commission peut-elle examiner des accusations criminelles en instance?—Le simple fait d'être accusé peut être pertinent quant à la question de l'appartenance au gang—Les gangs tamouls sont-ils des «organisations» au sens de l'art. 37(1)a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés?—Le mot «organisation» n'est pas défini dans la Loi—Les critères de la police relativement à l'appartenance à des gangs n'ont pas été respectés—Il n'y a pas de fondement dans la preuve pour conclure que le demandeur «appartenait» à une organisation criminelle.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Collège Rabbiniqne de Montréal Oir Hachaim D'Tash v. Canada (Customs and Revenue Agency), A-211-00, 2004 FCA 101, Nadon J.A., judgment dated 9/3/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 30/9/04.

Grenier v. Canada, A-597-02, 2004 FCA 148, Desjardins J.A., judgment dated 1/4/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 30/9/04.

Pinkerton v. Canada (Attorney General), A-354-03, 2004 FCA 190, Nadon J.A., judgment dated 12/5/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 30/9/04.

Zundel v. Canada, [2004] 3 F.C.R. 638 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 30/9/04.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Collège Rabbiniqne de Montréal Oir Hachaim D'Tash c. Canada (Agence des douanes et du revenu), A-211-00, 2004 CAF 101, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 9-3-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 30-9-04.

Grenier c. Canada, A-597-02, 2004 CAF 148, le juge Desjardins J.C.A., jugement en date du 1-4-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 30-9-04.

Pinkerton c. Canada (Procureur général), A-354-03, 2004 CAF 190, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 12-5-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 30-9-04.

Zundel c. Canada, [2004] 3 R.C.F. 638 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 30-9-04.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 3, Part 2

2004, Vol. 3, 2^e fascicule

T-292-04
2004 FC 488

T-292-04
2004 CF 488

BMG Canada Inc., EMI Music Canada, A Division of EMI Group Canada Inc., Sony Music Entertainment (Canada) Inc., Universal Music Canada Inc., Warner Music Canada Ltd., BMG Music, Arista Records, Inc., Zomba Recording Corporation, EMI Music Sweden AB, Capital Records, Inc., Chrysalis Records Limited, Virgin Records Limited, Sony Music Entertainment Inc., Sony Music Entertainment (UK) Inc., UMG Recordings, Inc., Mercury Records Limited and WEA International Inc. (Plaintiffs)

v.

John Doe, Jane Doe and All Those Persons Who are Infringing Copyrights in the Plaintiffs' Sound Recordings (Defendants)

INDEXED AS: *BMG CANADA INC. v. JOHN DOE (F.C.)*

Federal Court, von Finckenstein J.—Toronto and Ottawa, March 12 and 15; Ottawa, March 31, 2004.

Copyright—Infringement—Recording industry businesses seeking order for disclosure by internet service providers (ISPs) of customers' identities—Customers said to be guilty of copyright infringement by trading in music downloaded from internet—Internet users operating under software-related pseudonyms—File-sharing programs utilized—Motion denied—Affidavit in support failing to make out prima facie case—Hearsay—Sworn by President of online anti-privacy protection company when other employees in better position to swear, undergo cross-examination—Affiant never listened to files so no evidence files offered for uploading infringing—No evidence copyright infringed—Copyright is creature of statute, tort concepts inapplicable—Downloading of song for personal use not infringement: Act, s. 80(1)—No evidence alleged infringers distributed, authorized reproduction of sound recordings—Analogy to CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada wherein S.C.C. held provision of photocopiers does not constitute authorization—No distribution absent positive act by shared directory owner—Exclusive right of making available provided for by World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty but Treaty not yet implemented by Canada—No secondary infringement absent knowledge on infringer's part: Act, s. 27(2)—While plaintiffs have copyright entitled to protection, Court not satisfied as to reliability of

BMG Canada Inc., EMI Music Canada, une division du EMI Group Canada Inc., Sony Music Entertainment (Canada) Inc., Universal Music Canada Inc., Warner Music Canada Ltd., BMG Music, Arista Records, Inc., Zomba Recording Corporation, EMI Music Sweden AB, Capital Records, Inc., Chrysalis Records Limited, Virgin Records Limited, Sony Music Entertainment Inc., Sony Music Entertainment (UK) Inc., UMG Recordings, Inc., Mercury Records Limited et WEA International Inc. (demandeurs)

c.

John Doe, Jane Doe et toutes les personnes qui violent le droit d'auteur des demandeurs dans leurs enregistrements sonores (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: *BMG CANADA INC. c. JOHN DOE (C.F.)*

Cour fédérale, juge von Finckenstein—Toronto et Ottawa, 12 mars et 15 mars; Ottawa, 31 mars 2004.

Droit d'auteur—Violation—Des sociétés membres de l'industrie de l'enregistrement demandent qu'une ordonnance soit délivrée pour obtenir de certains prestataires de service Internet (les PSI) la divulgation de l'identité de certains clients—Elles soutiennent que les clients ont violé la législation sur les droits d'auteur en échangeant des œuvres musicales téléchargées d'Internet—Les utilisateurs d'Internet ont adopté des pseudonymes associés au logiciel qu'ils utilisent—Des logiciels de partage sont utilisés—Requête rejetée—Le contenu de l'affidavit des demandeurs est insuffisant pour établir l'existence d'une preuve convaincante à première vue—Où-dire—Affidavits déposés par le président d'une société qui offre une protection contre le piratage en ligne alors qu'il devait y avoir d'autres employés qui étaient mieux placés pour souscrire les affidavits en cause et pour répondre aux questions des défendeurs en contre-interrogatoire—L'auteur des affidavits n'a écouté aucun des fichiers, par conséquent, il n'existe aucune preuve que les fichiers rendus disponibles pour le téléchargement sont des contrefaçons des fichiers des demandeurs—Aucune preuve de violation du droit d'auteur—La loi concernant le droit d'auteur tire son origine de la loi, les principes de la responsabilité délictuelle ne s'appliquent pas—Télécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit: art. 80(1) de la Loi sur le droit d'auteur—Aucune preuve que les violateurs présumés auraient distribué des enregistrements sonores ou

information to be disclosed.

Practice — Discovery — Production of Documents — Federal Court Rules, 1998, rr. 233, 238 application for order requiring production by non-party to action — Identity of customers of internet service providers (ISPs) — Copyright infringement by trading in recorded music downloaded from internet alleged by recording companies — Plaintiffs unable to identify proposed defendants due to use of software-related pseudonyms — Infringers said to utilize file-sharing programs — ISP account holders have expectation identities kept confidential — Unavailability of equitable bill of discovery once action commenced — Relief available only under rr. 233, 238 — Five requirements for relief listed — R. 233 deals with document disclosure, not requiring their creation — No pre-existing documents linking IP address to ISP customer — Motion denied — Plaintiffs' affidavit failing to establish prima facie case — Hearsay by President of online anti-privacy protection business — Grounds for belief insufficiently indicated — Other employees in better position to swear affidavits, undergo cross-examination — Non-compliance with best-evidence rule — President never listened to files, so no evidence files offered for uploading were infringing — No evidence of connection between pseudonyms, IP addresses — No evidence copyright law infringed — Court not told by affidavits ISPs only practical source of names behind pseudonyms — While privacy not to be used as shield against civil, criminal liability, is worthy of constitutional protection, significant for public order — Due to passage of time since information relied upon herein gathered, reliability diminished, innocent account holder might be identified — Privacy interest outweighing public interest favouring disclosure — Had requested order been granted, would have been subject to restrictions to protect defendants' privacy interests.

autorisé leur reproduction — Analogie avec l'arrêt de la Cour suprême du Canada CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada dans lequel on a conclu que le fait de mettre sur place des appareils qui permettent de faire des copies ne correspond pas à autoriser la violation du droit d'auteur — Pas de distribution sans un acte positif de la part du propriétaire du répertoire partagé — Le droit exclusif de mettre à disposition est prévu dans le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes mais ce traité n'a pas encore été ratifié par le Canada — Aucune violation à une étape ultérieure si aucune preuve que le violateur en avait connaissance: art. 27(2) de la Loi sur le droit d'auteur — Bien que les demandeurs aient droit à ce que leur droit d'auteur soit protégé, la Cour n'est pas convaincue que les renseignements qui seraient divulgués sont fiables.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Requête en vertu des règles 233 et 238 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à un tiers de divulguer l'identité de certains clients de certains prestataires de service Internet (les PSI) — Les sociétés d'enregistrement prétendent qu'il y a eu violation de la législation sur les droits d'auteur occasionnée par l'échange d'œuvres musicales téléchargées d'Internet — Les demandeurs ne peuvent identifier les utilisateurs d'Internet en question puisqu'ils ont adopté des pseudonymes associés au logiciel qu'ils utilisent — On a prétendu que les violateurs utilisent des logiciels de partage de fichiers — Les clients des PSI ont une attente d'anonymat — On ne peut pas se servir de l'interrogatoire préalable en equity une fois que l'action a été introduite — Redressement prévu aux règles 233 et 238 — Énumération des cinq conditions préalables à l'octroi d'un tel redressement — La règle 233 a pour objectif d'ordonner la production de documents et non leur création — Pas de documents faisant le lien entre une adresse IP et un client donné d'un PSI — Requête rejetée — L'affidavit des demandeurs n'établit pas l'existence d'une preuve convaincante à première vue — Oui-dire de la part du président d'une société qui offre une protection contre le piratage en ligne — Il ne dit pas sur quoi il fonde sa conviction — D'autres employés étaient mieux placés pour souscrire les affidavits en cause et pour répondre aux questions des défendeurs en contre-interrogatoire — Non-respect de la règle de la meilleure preuve — Le président n'a jamais écouté aucun des fichiers, par conséquent, il n'existe aucune preuve que les fichiers rendus disponibles pour le téléchargement violent le droit d'auteur — Aucune preuve établissant un lien entre les pseudonymes et les adresses IP — Aucune preuve de violation du droit d'auteur — La Cour ne peut déterminer à partir des affidavits si les PSI sont la seule source pratique pour obtenir l'identité des utilisateurs de pseudonymes — Bien que le droit de chacun à la vie privée ne peut être invoqué par une personne pour échapper à sa responsabilité, civile ou criminelle, il mérite une

This was a motion brought by a number of corporations in the recording industry business seeking disclosure by certain internet service providers (ISPs) of the identity of customers said to be guilty of copyright infringement by trading in music downloaded from the internet. Plaintiffs could not identify these internet users because they operate under pseudonyms related to software. Relief was sought under *Federal Court Rules, 1998* rules 233 and 238. Plaintiffs said that each of these unidentified defendants has downloaded in excess of 1000 songs onto home computers. It was said that defendants utilize the KaZaA and iMesh file-sharing programs, which allows them to share computer files with others connected to a peer-to-peer network. They possess software by which they can search the pool of shared files such as by title or artist. Multiple transfers to other users may take place simultaneously from a user's computer.

It was agreed by all parties that internet service provider account holders expect that their identities will be kept confidential. This expectation is based on both sections 3 and 5 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) and on their ISP account agreements. But, under PIPEDA, paragraph 7(3)(c), an ISP may disclose personal information if so required by court order.

While a potential plaintiff may seek pre-action discovery, by way of an equitable bill of discovery, to ascertain a defendant's identity, once an action has been commenced—even by naming as defendants John and Jane Doe—plaintiff must have recourse to rule 233 or 238. But the same principles should apply to a rule 238 application as to an equitable bill of discovery: (1) applicant must establish a *prima facie* case against the unknown alleged wrongdoer; (2) person from whom discovery is sought must be more than an innocent bystander; (3) that person must be only practical information source; (4) said person must be reasonably compensated for expenses of compliance with the discovery order; and (5) the

protection constitutionnelle, il revêt une importance capitale sur le plan de l'ordre public — Avec le temps qui s'écoule, les renseignements en cause sont plus difficiles à obtenir et leur fiabilité diminue, il existait une possibilité sérieuse que l'on communique l'identité d'un client innocent — Le respect de la vie privée prime l'intérêt public à la divulgation — Si l'ordonnance demandée avait été délivrée, il aurait fallu imposer certaines restrictions afin de protéger le droit à la vie privée des défendeurs.

Il s'agit d'une requête déposée par un certain nombre de sociétés membres de l'industrie de l'enregistrement pour obtenir de certains prestataires de service Internet (les PSI) la divulgation de l'identité de certains clients qu'ils soutiennent avoir violé la législation sur les droits d'auteur en échangeant des œuvres musicales téléchargées d'Internet. Les demandeurs ne peuvent identifier les utilisateurs d'Internet en question, puisqu'ils ont adopté des pseudonymes associés au logiciel qu'ils utilisent. Les demandeurs sollicitent une ordonnance en vertu des règles 233 et 238 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Les demandeurs soutiennent que les défendeurs ont chacun téléchargé sur leur ordinateur personnel plus de 1 000 chansons. On a prétendu que les défendeurs utilisent les logiciels de partage de fichiers KaZaA et iMesh qui leur permettent de partager des fichiers avec d'autres utilisateurs reliés à un réseau d'homologues. Ils possèdent des logiciels qui leur permettent de faire une recherche dans le réservoir de fichiers partagés en utilisant un titre ou un nom d'artiste. L'ordinateur d'un utilisateur peut servir simultanément à des transferts multiples vers d'autres utilisateurs.

Toutes les parties ont convenu que les clients des PSI ont une attente d'anonymat. Cette attente du respect de leur vie privée se fonde à la fois sur leurs contrats avec les PSI et sur les articles 3 et 5 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE). Cependant, l'alinéa 7(3)c) de la LPRPDE porte que les PSI peuvent communiquer des renseignements personnels sans le consentement des intéressés lorsque ces renseignements sont exigés par ordonnance d'un tribunal.

Lorsqu'un demandeur potentiel recherche un interrogatoire préalable afin de connaître l'identité d'un défendeur, il peut avoir recours à l'interrogatoire préalable prévu en *equity*, mais pas lorsqu'une action a déjà été introduite—même si les défendeurs ne sont cités que sous les noms de John et Jane Doe—le demandeur doit s'en remettre à l'application des règles 233 et 238. Les mêmes principes devraient s'appliquer à une demande en vertu de la règle 238 et à un interrogatoire préalable en *equity*: 1) le demandeur doit démontrer qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice; 2) la personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit être plus qu'un simple spectateur;

public interests favouring disclosure must outweigh legitimate privacy concerns.

Plaintiffs also attempted to rely on rule 233, but that rule compels the disclosure of documents, not their very creation. In the instant case, there were no pre-existing documents linking an IP address to an ISP customer.

Held, the motion should be denied.

(1) As to a *prima facie* case, the content of plaintiffs' affidavits was deficient. Deposed to by the President of an online anti-privacy protection company, they were based upon information gained from his employees and accordingly consisted of largely hearsay. While hearsay is admissible under subsection 81(1) of the Rules if the grounds for the belief are set forth, these were insufficiently stated herein. There must have been other MediaSentry employees who would have been in a better position to swear the affidavits and undergo cross-examination thereon. No explanation was given for non-compliance with the best-evidence rule. Furthermore, the affiant acknowledged that he had not listened to any of the files copied from the alleged infringers and there was accordingly no evidence before the Court as to whether the files offered for uploading were infringed files of plaintiffs.

A second problem was that there was no evidence of connection between the pseudonyms and the IP addresses. Neither the affidavits nor the cross-examination thereon provided clear evidence as to how the pseudonyms of the KaZaA or iMesh users were linked to the IP addresses identified by MediaSentry. While the affidavit indicated that Geekboy@KaZaA's IP was 24.84.179.98 and that, according to the American Registry for Internet Numbers' public database, that address had been assigned to Shaw Communications (one of the ISPs from which disclosure is sought), no evidence explained how the pseudonym "Geekboy@KaZaA" was linked to the IP address 24.84.179.98 in the first place. It would be irresponsible in these circumstances for the Court to order disclosure of the name of the account holder of IP address 24.84.179.98 thereby exposing that person to litigation.

The next question was whether there was evidence that copyright had been infringed. Plaintiffs say that the alleged

3) la personne doit être la seule source pratique de renseignements; 4) la personne doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable; 5) l'intérêt public à la divulgation doit l'emporter sur l'attente légitime de respect de la vie privée.

Les demandeurs fondent aussi leur requête sur la règle 233, mais cette disposition a pour objectif d'ordonner la production de documents et non leur création. En l'espèce, il n'existe pas de documents faisant le lien entre une adresse IP et un client donné d'un PSI.

Jugement: la requête est rejetée.

1) En ce qui concerne la prétention des demandeurs qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à quelqu'un, le contenu des affidavits des demandeurs est insuffisant. Déposés par le président d'une société qui offre une protection contre le piratage en ligne, ils sont fondés sur des renseignements qu'il a obtenus de ses employés et constituent donc en grande partie du ouï-dire. En vertu du paragraphe 81(1) des Règles le ouï-dire est admissible à condition que les motifs à l'appui soient énoncés, or aucun motif n'est énoncé en l'espèce. Il devait y avoir d'autres employés de MediaSentry qui étaient mieux placés pour souscrire les affidavits en cause et pour répondre aux questions des défendeurs en contre-interrogatoire. Aucune explication n'a été donnée concernant le non-respect de la règle de la meilleure preuve. De plus, l'auteur des affidavits a témoigné qu'il n'avait écouté aucun des fichiers copiés par les violeurs présumés et, par conséquent, la Cour n'a été saisie d'aucune preuve que les fichiers rendus disponibles pour le téléchargement sont des contrefaçons des fichiers des demandeurs.

Le deuxième problème c'est qu'il n'y a aucune preuve de lien entre les pseudonymes et les adresses IP. Toutefois, ni les affidavits, ni le contre-interrogatoire n'apportent une preuve claire et détaillée de comment on a établi un lien entre les pseudonymes des utilisateurs de KaZaA ou iMesh et les adresses IP identifiées par MediaSentry. Malgré que l'affidavit mentionnait que l'adresse IP de Geekboy@KaZaA était 24.84.179.98 et que, selon la banque de données publiques de l'American Registry for Internet Numbers, l'adresse a été assignée à Shaw Communications (l'un des PSI duquel on cherche à obtenir divulgation), aucune preuve n'indique comment, au départ, le pseudonyme «Geekboy@KaZaA» a été lié à l'adresse IP 24.84.179.98. Dans ces circonstances, la Cour agirait de façon irresponsable en ordonnant la divulgation du nom du client correspondant à l'adresse IP 24.84.179.98, l'exposant ainsi à une poursuite.

La question suivante consiste à savoir s'il y a une preuve de violation du droit d'auteur. Les demandeurs affirment que les

infringers: installed the peer-to-peer application on their computers; copied files to “shared directories”; used ISP services to connect their computers to the internet; ran the peer-to-peer application while on the internet and made files in the shared directories available for copying, transmission and distribution to any one of millions of users of the peer-to-peer service. It was argued that the *Copyright Act* was thus infringed by this reproduction, authorization of reproduction and distribution of unauthorized copies of sound recordings. Further, there was the possession, for the purpose of distribution, of unauthorized copies which the infringers either knew or should have known were infringing.

Copyright law is a creature of statute and it does not assist the interpretive analysis to import tort concepts. Under Act, subsection 80(1), the downloading of a song for a person’s private use does not constitute infringement. There was here no evidence that the alleged infringers either distributed or authorized the reproduction of sound recordings. All they did was place personal copies into shared directories accessible by other computer users. The judgment of the Supreme Court of Canada in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* is authority for the proposition that the provision of facilities that allow copying does not amount to authorizing infringement. How is what was done here different from a library placing a photocopier in a room full of copyrighted material? In either case the element of authorization is missing. McLachlin C.J. wrote in her *CCH* opinion that courts “should presume that a person who authorizes an activity does not only so far as it is in accordance with the law”.

Nor is there distribution absent a positive act by the owner of the shared directory, such as sending copies or advertising the material’s availability for copying. While the exclusive right of making available is covered by the *World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty* of 1996, it remains to be implemented by Canada and so forms no part of our law of copyright. Again, secondary infringement had not been made out since knowledge on the infringer’s part, a necessary condition under subsection 27(2) of the *Copyright Act*, was not demonstrated.

(2) This requirement was met in that the internet access providers were not mere bystanders but rather the means by

violateurs présumés ont installé un logiciel de partage des fichiers entre homologues sur leurs ordinateurs, copié des fichiers sur des «répertoires partagés», utilisé les services des PSI pour relier leurs ordinateurs à Internet, fait fonctionner le logiciel de partage des fichiers entre homologues sur leurs ordinateurs alors qu’ils étaient connectés à Internet et ont rendu les fichiers des répertoires partagés disponibles pour leur copie, transmission et distribution à n’importe lequel des millions d’utilisateurs du service de partage des fichiers entre homologues. Les demandeurs prétendent que la *Loi sur le droit d’auteur* a été violée par la reproduction, l’autorisation de reproduire et la mise en circulation de copies non autorisées des enregistrements sonores. De plus, il y a la possession de copies non autorisées que les violateurs présumés savaient, ou devaient savoir, être des contrefaçons, dans le but de les mettre en circulation.

La loi concernant le droit d’auteur tire son origine de la loi et il n’est pas utile, aux fins de l’interprétation législative, d’introduire les principes de la responsabilité délictuelle. Selon le paragraphe 80(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, le fait de télécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit d’auteur. On n’a déposé aucune preuve que les violateurs présumés auraient distribué des enregistrements sonores ou autorisé leur reproduction. Ils ont simplement placé leurs propres copies dans les répertoires partagés accessibles à d’autres utilisateurs. L’arrêt de la Cour suprême du Canada *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* appuie la thèse selon laquelle le fait de mettre sur place des appareils qui permettent de faire des copies ne correspond pas à autoriser la violation du droit d’auteur. Quelle réelle différence existe-t-il entre ce qui a été fait et une bibliothèque qui place une photocopieuse dans une pièce remplie de documents visés par le droit d’auteur? Dans les deux cas il manque l’autorisation. La juge en chef McLachlin a écrit dans l’arrêt *CCH* que les tribunaux «doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l’autorise que dans les limites de la légalité».

Il n’y a pas de distribution sans un acte positif de la part du propriétaire du répertoire partagé, comme l’envoi de copies ou le fait d’annoncer qu’elles sont disponibles pour qui veut les copier. Malgré que le droit exclusif de mettre à disposition soit prévu dans le *Traité de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* de 1996, ce traité n’a pas encore été ratifié par le Canada et il ne fait donc pas partie de la législation canadienne sur le droit d’auteur. Finalement, les demandeurs soutiennent qu’il y a eu violation à une étape ultérieure, contrairement au paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*, mais ils n’ont présenté aucune preuve que le violateur en avait connaissance.

2) Cette exigence a été satisfaite en ce que les fournisseurs d’accès ne sont pas de simples spectateurs et que c’est par leur

which downloaders and uploaders access the internet and contact one another.

(3) The affidavits filed in support of this motion failed to provide the information which would allow the Court to make a determination as to whether the ISPs were the only practical source of the names behind the pseudonyms.

(4) As to reasonable compensation for expenses, it would not be easy to provide the name and address of an account holder who used a specific IP address at a given time. The point was made in an affidavit filed by Telus that, while it can identify who opened an account, it would be incapable of identifying who was using the computer at the time of the alleged infringement. For example, the account holder could be an institution or there could be a local area network having numerous users.

(5) Turning to a consideration of competing interests, the importance of privacy protection to Canadian society was underlined in the opinion of Lamer J. in the Supreme Court case *R. v. Dymont*: privacy “is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order”. In an Ontario case, *Irwin Toy Ltd. v. Doe*, Wilkins J. wrote that “it is understood that a person’s internet protocol address will not be disclosed” and added that “some degree of privacy or confidentiality” was “in keeping with what should be perceived as being good public policy”. That being said, privacy cannot be used as a shield against civil or criminal liability. Both statute and case law require the Court to balance privacy rights against the rights of other individuals and the public interest. Reference was made to a number of Canadian cases in which courts have ordered third parties to disclose documents identifying the name and address of a defendant previously identified only by an internet protocol address.

Plaintiffs have a legitimate copyright in their works and are entitled to protect it against infringement. But, prior to ordering disclosure, the Court would have to be satisfied that the information to be disclosed was reliable and any order made should include appropriate restrictions and provisions for confidentiality. The evidence herein had been gathered from October to December, 2003 but the notice of motion was filed only in February, 2004. This delay not only rendered the requested information more difficult to obtain but also decreased its reliability. There was a serious possibility that an innocent account holder might be identified. In the result, the privacy interest outweighed the public interest favouring disclosure.

entremise que les personnes qui font du télédownloadement et du téléchargement accèdent à Internet et entrent en contact.

3) Les affidavits déposés à l’appui de la présente requête ne donnent pas les renseignements qui permettraient à la Cour de déterminer si les PSI sont la seule source pratique susceptible de fournir les noms qui correspondent aux pseudonymes.

4) Pour ce qui est de la compensation raisonnable pour les débours, il n’est pas facile de trouver le nom et l’adresse du client qui a utilisé une adresse IP à un moment précis. Telus a fait remarquer, dans un affidavit qu’elle a déposé, que, bien qu’elle puisse dire qui a ouvert un compte, elle n’est pas capable de savoir quelle personne était à l’ordinateur au moment de la prétendue violation. Par exemple, le client peut être une institution ou un réseau local accessible à plusieurs utilisateurs.

5) En ce qui concerne la question des intérêts opposés, l’importance de la protection de la vie privée pour la société canadienne a été soulignée par le juge Lamer dans l’arrêt de la Cour suprême *R. c. Dymont*: la notion de vie privée «mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l’ordre public». Dans une cause ontarienne, *Irwin Toy Ltd. c. Doe*, le juge Wilkins a écrit qu’«il est entendu qu’on ne divulgue pas l’adresse IP d’un client» et a ajouté qu’«il y a une sécurité importante rattachée à une certaine garantie de confidentialité» et que «cette réalité respecte aussi ce que l’on peut concevoir comme une bonne politique d’intérêt public». Cela dit, le droit de chacun à la vie privée ne peut être invoqué par une personne pour échapper à sa responsabilité, civile ou criminelle. La loi et la jurisprudence exigent que la Cour recherche un équilibre entre le droit à la vie privée, les droits des tiers et l’intérêt public. On cite certaines décisions canadiennes dans lesquels les cours de justice ont ordonné à des tiers de communiquer des documents contenant les nom et adresse d’un défendeur dont on ne connaissait que l’adresse du protocole d’Internet.

Les demandeurs ont un droit d’auteur légitime sur leurs œuvres et ils ont le droit d’être protégés de toute violation. Toutefois, avant d’ordonner la communication, la Cour doit être convaincue de façon évidente que les renseignements qui seraient divulgués sont fiables et toute ordonnance de cette nature devrait aussi être assortie des restrictions et mesures de confidentialité appropriées. En l’espèce, la preuve a été collectée entre octobre et décembre 2003, mais l’avis de requête n’a été déposé que le 11 février 2004. Ce retard a eu pour conséquence que les renseignements en cause sont plus difficiles à obtenir et que leur fiabilité est réduite. Il existait une possibilité sérieuse que l’on communique l’identité d’un client innocent. Par conséquent, le respect de la vie privée prime l’intérêt public à la divulgation.

Had an order been granted as asked by plaintiffs, it would have been subject to restrictions in order to safeguard the privacy interests of the as yet unnamed defendants. An invasion of privacy should always be as limited as possible. It would also have provided that only the internet pseudonyms appear as defendants in the statement of claim. A confidential annex would have been added to the statement of claim relating each pseudonym to the name and address of an ISP account holder. Finally, the ISPs would not have been required to provide affidavits in support of their findings.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 27(2) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 15), 34(1) (as am. *idem*, s. 20), 37 (as am. *idem*), 80 (as am. *idem*, s. 50).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 41(1), 55, 81, 222, 232, 233, 238.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 3, 4(3), 5, 7(3)(c),(d),(e),(h.2),(i), Sch. 1.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs., [1974] A.C. 133 (H.L.); *Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439; (1998), 162 D.L.R. (4th) 433; 7 Admin. L.R. (3d) 147; 20 C.P.C. (4th) 243; 81 C.P.R. (3d) 372; 228 N.R. 164 (C.A.); *Regina v. Maligne Building Ltd. et al.* (1980), 54 C.P.R. (2d) 11; 37 N.R. 526 (F.C.A.); *R. v. A. & A. Jewellers Limited*, [1978] 1 F.C. 479; [1977] C.T.C. 428 (T.D.); *Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339; (2004), 226 D.L.R. (4th) 395; 30 C.P.R. (4th) 1; 317 N.R. 107; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 38 C.R.R. 301; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *Irwin Toy Ltd. v. Doe* (2000), 12 C.P.C. (5th) 103 (Ont. Sup. Ct.).

CONSIDERED:

MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp.2d 1029 (C.D. Cal. 2003).

REFERRED TO:

Ontario First Nations Limited Partnership v. John Doe, June 3, 2002 (Ont. Sup. Ct.); *Canadian Blood*

Si l'ordonnance demandée avait été délivrée, il aurait fallu imposer certaines restrictions afin de protéger le droit à la vie privée des défendeurs non encore identifiés. L'empiètement sur la vie privée doit être circonscrit au maximum. L'ordonnance aurait précisé que seuls les pseudonymes pouvaient être utilisés dans la déclaration. Une annexe protégée par une ordonnance de confidentialité aurait été placée avec la déclaration, donnant les noms et adresses des clients des PSI qui correspondent aux pseudonymes. Finalement, l'ordonnance n'aurait pas exigé que les PSI souscrivent un affidavit à l'appui des renseignements trouvés.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 3, 4(3), 5, 7(3)(c),(d),(e),(h.2),(i), ann. 1.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 27(2) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 15), 34(1) (mod., *idem*, art. 20), 37 (mod., *idem*), 80 (mod., *idem*, art. 50).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 41(1), 55, 81, 222, 232, 233, 238.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs., [1974] A.C. 133 (H.L.); *Glaxo Wellcome PLC c. M.N.R.*, [1998] 4 C.F. 439; (1998), 162 D.L.R. (4th) 433; 7 Admin. L.R. (3d) 147; 20 C.P.C. (4th) 243; 81 C.P.R. (3d) 372; 228 N.R. 164 (C.A.); *Regina v. Maligne Building Ltd. et al.* (1980), 54 C.P.R. (2d) 11; 37 N.R. 526 (C.A.F.); *R. c. A. & A. Jewellers Limited*, [1978] 1 C.F. 479; [1977] C.T.C. 428 (1^{re} inst.); *Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *CCH Canadian Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339; (2004), 226 D.L.R. (4th) 395; 30 C.P.R. (4th) 1; 317 N.R. 107; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 38 C.R.R. 301; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *Irwin Toy Ltd. v. Doe* (2000), 12 C.P.C. (5th) 103 (C.S. Ont.).

DÉCISION EXAMINÉE:

MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp.2d 1029 (C.D. Cal. 2003).

DÉCISIONS CITÉES:

Ontario First Nations Limited Partnership v. John Doe, 3 juin 2002 (C.S. Ont.); *Canadian Blood Services/Société*

Services/Société Canadienne du Sang v. John Doe, June 17, 2002 (Ont. Sup. Ct.); *Wa'el Chehab v. John Doe*, October 3, 2003 (Ont. Sup. Ct.); *Kibale v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 634 (T.D.) (QL); *Loblaw Companies Ltd. v. Aliant Telecom Inc.*, [2003] N.B.R. (2nd Supp.) No. 32 (Q.B.).

AUTHORS CITED

Copyright Board of Canada. *Copyright Board's Private Copying 2003-2004 Decision*, December 12, 2003.

World Intellectual Property Organization. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, Geneva, December 20, 1996.

MOTION for an order under rules 233 and 238 of the *Federal Court Rules, 1998* requiring certain internet service providers to disclose the identities of particular customers alleged to have infringed copyright by trading in recorded music downloaded from the internet. Motion denied.

APPEARANCES:

Ronald E. Dimock, Denis Sloan and Bruce Stratton for plaintiffs.

David A. van der Woerd for intervener, Electronic Frontier Canada.

Phillippa Lawson, Howard P. Knopf and Alex Cameron for intervener Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

James A. Hodgson and Kathryn Podrebarac for non-party respondent Bell Canada.

Patrick Flaherty and Laura Malloni for non-party respondent Rogers Cable Communications Inc.

Charles F. Scott and Rocco Di Pucchio for non-party respondent Shaw Communications.

Joel D. Watson for non-party respondent Telus Communications.

Robert Bafaro for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Dimock Stratton Clarizio LLP, Toronto, for plaintiffs.

Ross & McBride LLP, Hamilton, Ontario, for intervener Electronic Frontier Canada.

Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic on its own behalf.

Canadienne du Sang v. John Doe, 17 juin 2002 (C.S. Ont.); *Wa'el Chehab v. John Doe*, 3 octobre 2003 (C.S. Ont.); *Kibale c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 634 (1^{re} inst.) (QL); *Loblaw Companies Ltd. v. Aliant Telecom Inc.*, [2003] N.B.R. (2nd Supp.) n° 32 (B.R.).

DOCTRINE

Commission du droit d'auteur Canada. *Décision de la Commission du droit d'auteur pour la copie privée en 2003 et 2004*. 12 décembre, 2003.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*. Genève, 20 décembre 1996.

REQUÊTE déposée en vertu des règles 233 et 238 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* pour obtenir de certains prestataires de service Internet la divulgation de l'identité de certains clients qui auraient violé la législation sur les droits d'auteur en échangeant des œuvres musicales téléchargées d'Internet. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Ronald E. Dimock, Denis Sloan et Bruce Stratton pour les demandeurs.

David A. van der Woerd pour l'intervenant, Electronic Frontier Canada.

Phillippa Lawson, Howard P. Knopf et Alex Cameron pour l'intervenant, Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada.

James A. Hodgson et Kathryn Podrebarac pour le défendeur non-partie, Bell Canada.

Patrick Flaherty et Laura Malloni pour le défendeur non-partie, Rogers Cable Communications Inc.

Charles F. Scott et Rocco Di Pucchio pour le défendeur non-partie, Shaw Communications.

Joel D. Watson pour le défendeur non-partie, Telus Communications.

Robert Bafaro pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Dimock Stratton Clarizio LLP, Toronto, pour les demandeurs.

Ross & McBride LLP, Hamilton (Ontario), pour l'intervenant, Electronic Frontier Canada.

Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada, pour son propre compte.

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

[1] VON FINCKENSTEIN J.: The plaintiffs (collectively hereinafter called CRIA) are all members of Canada's recording industry and are bringing this motion to seek disclosure from five Canadian internet service providers, namely Shaw Communications Inc., Rogers Cable Communications Inc., Bell Sympatico, Telus Inc. and Vidéotron Ltée (hereinafter collectively called ISPs) of the identity of certain customers who, it is alleged, have infringed copyright laws by illegally trading in music downloaded from the internet.

[2] The plaintiffs are unable to determine the name, address or telephone number of the 29 internet users in question as they operate under pseudonyms associated with software which they use; e.g., Geekboy@KaZaA. However, they have conducted an investigation, through which, they submit, it was discovered that these individuals used internet protocol addresses (IP addresses) registered with the ISPs which are the respondents to this motion. The plaintiffs are now seeking an order, pursuant to rules 233 and 238 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, to compel the ISPs to disclose the names of the customers who used the 29 IP addresses at times material to these proceedings.

[3] The plaintiffs are the largest music producers in Canada. They submit that the 29 internet users have each downloaded more than 1000 songs over which the producers have rights under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, onto their home computers.

[4] The operation of the peer-to-peer (P2P) file-sharing programs Morpheus and Grokster was described in *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp.2d 1029 (C.D. Cal. 2003), at pages 1032-1033 as follows:

In both cases, the software can be transferred to the user's computer, or "downloaded," from servers operated by Defendants. Once installed, a user may elect to "share" certain files located on the user's computer, including, for instance,

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

[1] LE JUGE VON FINCKENSTEIN: Les demandeurs (ci-après CRIA) sont tous membres de l'industrie de l'enregistrement au Canada et ils présentent cette requête pour obtenir de cinq prestataires de service Internet, savoir Shaw Communications Inc., Rogers Cable Communications Inc., Bell Sympatico, Telus Inc. et Vidéotron Ltée (ci-après les PSI), la divulgation de l'identité de certains clients qu'ils soutiennent avoir violé la législation sur les droits d'auteur en échangeant illégalement des œuvres musicales téléchargées d'Internet.

[2] Les demandeurs ne peuvent déterminer les noms, adresses ou numéros de téléphone des 29 utilisateurs d'Internet en question, puisqu'ils ont adopté des pseudonymes associés au logiciel qu'ils utilisent, p. ex., Geekboy@KaZaA. Toutefois, ils ont mené une enquête qui, selon eux, leur a permis de découvrir que ces personnes ont utilisé des adresses du protocole d'Internet (adresses IP) qui sont assignées aux PSI défendeurs dans cette requête. Les demandeurs sollicitent une ordonnance en vertu des règles 233 et 238 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, pour obliger les PSI à divulguer les noms des clients qui ont utilisé les 29 adresses IP aux moments pertinents en l'espèce.

[3] Les demandeurs sont les plus grands producteurs d'œuvres musicales au Canada. Ils soutiennent que les 29 utilisateurs d'Internet ont chacun téléchargé sur leur ordinateur personnel plus de 1 000 chansons pour lesquelles les producteurs possèdent des droits d'auteur en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

[4] Le processus de partage de fichiers entre homologues en vertu des logiciels Morpheus et Grokster est décrit de la façon suivante dans *MGM Studios, Inc. c. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp.2d 1029 (C.D. Cal. 2003), aux pages 1032 et 1033:

[TRADUCTION] Dans les deux cas, le logiciel peut être «téléchargé» sur l'ordinateur de l'utilisateur à partir des serveurs des défendeurs. Après l'installation, un utilisateur peut décider de «partager» certains fichiers enregistrés dans

music files, video files, software applications, e-books and text files. When launched on the user's computer, the software automatically connects to a peer-to-peer network. . . and makes any shared files available for transfer to any other user currently connected to the same peer-to-peer network.

Both the Morpheus and Grokster software provide a range of means through which a user may search through the respective pool of shared files. For instance, a user can select to search only among audio files, and then enter a keyword, title, or artist search. Once a search commences, the software displays a list (or partial list) of users who are currently sharing files that match the search criteria, including data such as the estimated time required to transfer each file.

The user may then click on a specific listing to initiate a direct transfer from the source computer to the requesting user's computer. When the transfer is complete, the requesting user and source user have identical copies of the file, and the requesting user may also start sharing the file with others. Multiple transfers to other users ("uploads"), or from other users ("downloads"), may occur simultaneously to and from a single user's computer.

The file-sharing systems in issue in this case, KaZaA and iMesh, work basically on the same principles.

[5] The plaintiffs submit that this form of file-sharing constitutes an infringement of their rights over certain music under the *Copyright Act*. The ISPs, other than Vidéotron, raise various objections to the order.

[6] Two public interest groups, the Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC) and Electronic Frontier Canada (EFC), were granted intervenor status for the purpose of making arguments.

[7] Rules 232 and 238 and the relevant portion of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA) and the *Copyright Act* are attached as Annex A.

son ordinateur, notamment des fichiers d'œuvres musicales, des fichiers vidéo, des applications logicielles, des livres électroniques et des fichiers de textes. Dès que le logiciel est démarré sur l'ordinateur de l'utilisateur, il se relie automatiquement à un réseau d'homologues [. . .] ce qui permet de transférer les fichiers partagés disponibles à n'importe quel autre utilisateur relié au même réseau d'homologues.

Les logiciels Morpheus et Grokster offrent tous deux plusieurs moyens permettant à un utilisateur de faire une recherche dans le réservoir de fichiers partagés. Par exemple, un utilisateur peut limiter le champ aux fichiers audio et faire sa recherche en utilisant un mot clé, un titre ou un nom d'artiste. La recherche lancée, le logiciel affiche une liste (complète ou partielle) des usagers qui partagent des fichiers répondant aux critères donnés, ainsi qu'une estimation du temps requis pour le transfert de chaque fichier.

L'utilisateur demandeur peut alors cliquer sur une des options pour lancer le transfert de l'ordinateur source à son ordinateur personnel. Lorsque le transfert est terminé, le demandeur et la source ont des copies identiques du fichier. Le demandeur peut alors partager le fichier avec d'autres utilisateurs. L'ordinateur d'un utilisateur peut servir simultanément à des transferts multiples vers d'autres utilisateurs (téléchargements) ou à partir d'autres utilisateurs (téléchargements).

Les logiciels de partage de fichiers en cause ici, KaZaA et iMesh, fonctionnent essentiellement de cette façon.

[5] Les demandeurs soutiennent que cette façon de partager les fichiers constitue une violation de leurs droits à certaines œuvres musicales en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. À l'exception de Vidéotron, les PSI soulèvent diverses objections à la demande d'ordonnance.

[6] Deux groupements d'intérêt public, la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC) et La frontière électronique du Canada (EFC), ont reçu le droit d'intervenir pour présenter leurs points de vue.

[7] Les règles 232 et 238, ainsi que les articles pertinents de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (LPRPDE), et de la *Loi sur le droit d'auteur*, sont reproduits à l'annexe A.

ISSUES

[8] This motion raises three issues:

1. What legal test should this Court apply?
2. Have the plaintiffs met the test?
3. If an order is issued, what should be the scope and terms of such order?

Common ground

[9] Before addressing these issues it should be noted that all of the parties to this motion agreed on the following points:

- ISP account holders have an expectation that their identity will be kept private and confidential. This expectation of privacy is based on both the terms of their account agreements with the ISPs and sections 3 and 5 of the PIPEDA.
- The exceptions contained in PIPEDA apply in this case and an ISP by virtue of paragraph 7(3)(c) of PIPEDA may disclose personal information without consent pursuant to a court order.

Issue 1: What legal test should this Court apply?

[10] *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs.*, [1974] A.C. 133 (H.L.) and *Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439 (C.A.) have established that where a potential plaintiff seeks pre-action discovery in order to ascertain the identity of a defendant he can do so by way of an equitable bill of discovery. However, once an action has been started, as in the instant case (albeit by naming John and Jane Doe as defendants), the plaintiff has to resort to rule 233 or 238 instead of resorting to an equitable bill of discovery.

[11] The rationale for such a procedure was succinctly expressed by Lord Reid in *Norwich*, *supra*, on page 175 where he stated:

On the whole I think they favour the appellants, and I am particularly impressed by the views expressed by Lord Romilly

LES QUESTIONS EN LITIGE

[8] Cette requête soulève trois questions:

1. Quel est le critère juridique applicable?
2. Les demandeurs satisfont-ils à ce critère?
3. Si l'ordonnance est accordée, quels devraient être son libellé et sa portée?

Terrain d'entente

[9] Avant d'aborder ces questions, il y a lieu de faire remarquer que toutes les parties à cette requête sont d'accord sur les points suivants:

- Les clients des PSI ont une attente d'anonymat. Cette attente du respect de leur vie privée se fonde à la fois sur leurs contrats avec les PSI et sur les articles 3 et 5 de la LPRPDE.
- Les exceptions contenues dans la LPRPDE sont applicables en l'espèce et l'alinéa 7(3)c) de la LPRPDE porte que les PSI peuvent communiquer des renseignements personnels sans le consentement des intéressés, lorsque ces renseignements sont exigés par ordonnance d'un tribunal.

Question n° 1: Quel est le critère juridique applicable?

[10] Les arrêts *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs.*, [1974] A.C. 133 (H.L.), et *Glaxo Wellcome PLC c. M.R.N.*, [1998] 4 C.F. 439 (C.A.), ont établi que lorsqu'un demandeur potentiel recherche un interrogatoire préalable afin de connaître l'identité d'un défendeur, il peut avoir recours à l'interrogatoire préalable prévu en *equity*. Toutefois, lorsque l'action est déjà introduite (même si les défendeurs ne sont cités que sous les noms de John et Jane Doe), le demandeur doit s'en remettre à l'application des règles 233 et 238.

[11] La justification de cette procédure est exprimée succinctement par lord Reid dans l'arrêt *Norwich*, précité, à la page 175. Il déclare ceci:

[TRADUCTION] Tout bien considéré, je suis d'avis qu'ils appuient le point de vue des appelants. Je suis particulièrement

M.R. and Lord Hatherley L.C. in *Upmann v. Elkan* (1871) L.R. 12 Eq. 140; 7 Ch.App. 130. They seem to me to point to a very reasonable principle that if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers. I do not think that it matters whether he became so mixed up by voluntary action on his part or because it was his duty to do what he did. It may be that if this causes him expense the person seeking the information ought to reimburse him. But justice requires that he should co-operate in righting the wrong if he unwittingly facilitated its perpetration.

[12] In *Glaxo Wellcome PLC, supra*, which followed *Norwich, supra*, and applied it in Canada, Stone J.A. described the preconditions for granting such relief at paragraphs 24-26 where he stated:

While the bill of discovery as an equitable remedy is discretionary in nature, the House of Lords in *Norwich Pharmacal, supra*, enumerated a number of considerations which are key to determining whether to grant it. Lord Cross of Chelsea stated at page 199 that important factors include:

. . . the strength of the applicant's case against the unknown alleged wrongdoer, the relation subsisting between the alleged wrongdoer and the respondent, whether the information could be obtained from another source, and whether the giving of the information would put the respondent to trouble which could not be compensated by the payment of all expenses by the applicant.

Lord Kilbrandon echoed many of these considerations at page 205:

In my opinion, accordingly, the respondents, in consequence of the relationship in which they stand, arising out of their statutory functions, [to the appellants and their rights of property], can properly be ordered by the court to disclose to the appellants the names of persons whom the appellants bona fide believe to be infringing these rights, this being their only practicable source of information as to whom they should sue, subject to any special right of exception which the respondents may qualify in respect of their position as a department of state.

It seems to me that the requirement that the appellants have a *bona fide* claim against the alleged wrongdoers is intended to

impressionné par les déclarations de lord Romilly M.R. et de lord Hatherley L.C. dans l'arrêt *Upmann c. Elkan* (1871) L.R. 12 Eq. 140; 7 Ch. App. 130. On y trouve le principe très raisonnable voulant que si, sans que ce soit sa faute, une personne est mêlée aux actes délictuels d'autres personnes et facilite ainsi le préjudice causé, elle n'engage peut-être pas sa responsabilité personnelle, mais elle est tenue d'aider la personne lésée en lui donnant tous les renseignements et en lui divulguant l'identité de l'auteur du préjudice. Je ne crois pas qu'il importe de savoir si son implication résulte d'un acte volontaire ou d'une obligation de faire ce qu'elle a fait. Il se peut que si elle a des frais, ils doivent être remboursés par la personne qui veut obtenir les renseignements. Mais la justice exige qu'elle coopère afin de réparer le préjudice causé si, sans le vouloir, elle l'a facilité.

[12] Dans l'arrêt *Glaxo Wellcome PLC*, précité, qui applique l'arrêt *Norwich*, précité, au Canada, le juge Stone, J.C.A., décrit ainsi les conditions préalables à l'octroi d'un tel redressement, aux paragraphes 24 à 26:

L'interrogatoire préalable prévu en *equity* est de nature discrétionnaire, mais dans l'arrêt *Norwich Pharmacal*, précité, la Chambre des lords a énuméré un certain nombre de considérations essentielles. À la page 199, lord Cross of Chelsea a dit que parmi les facteurs importants, il y avait:

[TRADUCTION] [. . .] la force de la preuve présentée par la demanderesse contre le présumé contrefacteur inconnu, la relation qui existe entre le présumé contrefacteur et l'intimé, la question de savoir si le renseignement peut être obtenu d'une autre source et la question de savoir si la communication du renseignement peut causer à l'intimé un préjudice qui ne pourrait pas être indemnisé au moyen du paiement des frais par la demanderesse.

Lord Kilbrandon a réitéré une bonne partie de ces considérations, à la page 205:

[TRADUCTION] Par conséquent, à mon avis, la Cour peut à bon droit ordonner aux intimés, par suite de la relation qu'ils entretiennent avec les appelantes, du fait des fonctions qui leur sont conférées par la loi et en raison des droits de propriété des appelantes, de communiquer aux appelantes les noms des personnes qui enfreignent les droits de ces dernières, selon ce que croient vraiment les appelantes, étant donné qu'ils constituent la seule source de renseignements possible permettant aux appelantes de savoir contre qui des poursuites peuvent être engagées, sous réserve de toute immunité que les intimés peuvent invoquer en leur qualité de ministère d'État.

Il me semble que la condition relative à l'existence d'une véritable demande que l'appelante peut présenter contre les

ensure that actions for a bill of discovery are not brought frivolously or without any justification. Likewise, the criterion that the appellants must share some sort of relationship with the respondents may be conceptualized as an alternative formulation of the principle that a bill of discovery may not be issued against a mere witness or disinterested bystander to the alleged misconduct. I would therefore characterize these two considerations as threshold requirements for obtaining an equitable bill of discovery.

The above-quoted passages from the reasons of Lord Cross of Chelsea and Lord Kilbrandon also signal that a basic condition for granting a bill of discovery is that the person from whom discovery is sought must be the only practical source of information available to the appellants. Lord Reid underscored the importance of this criterion at page 174, where he made the following finding:

Here if the information in the possession of the respondents cannot be made available by discovery now, no action can ever be begun because the appellants do not know who are the wrongdoers who have infringed their patent. So the appellants can never get the information.

Last, the House of Lords took into account the public interests both in favour and against disclosure. Lord Reid maintained at page 175 that his task was to “weigh the requirements of justice to the appellants against the considerations put forward by the respondents as justifying non-disclosure”. In his view, the Commissioners were obliged to disclose the names of the importers “unless there is some consideration of public policy which prevents that.” The House of Lords approached this balancing exercise from a variety of perspectives. The Law Lords recognized that because of the statutory bar on disclosure of the importers’ names, there may be an overriding public interest in preserving the confidentiality of the information. They acknowledged that the importers may accordingly have an expectation that their names would remain confidential. The public interest in non-disclosure was also examined from the standpoint of the state and its stake in ensuring the effective administration and enforcement of the legislative scheme at issue. At the same time, the Law Lords appreciated that disclosure of the names of the importers may very well serve the public interest in the fair and efficient administration of justice. As Viscount Dilhorne stated at page 188:

Subject to the public interest in protecting the confidentiality of information given to Customs, in my

présomés auteurs du préjudice est destinée à assurer que les actions en vue d’un interrogatoire préalable ne soient pas intentées futillement ou sans justification. De même, le critère selon lequel les appelantes doivent entretenir une relation quelconque avec les intimés peut être interprété comme constituant une autre façon d’énoncer le principe selon lequel un simple témoin ou un tiers n’ayant rien à voir avec la présumée inconduite ne peut pas être assujéti à l’interrogatoire préalable. Je qualifierais donc ces considérations de conditions essentielles aux fins de l’interrogatoire préalable en *equity*.

Les passages susmentionnés des motifs de lord Cross of Chelsea et de lord Kilbrandon indiquent également que, selon une condition fondamentale, la personne devant faire l’objet de l’interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les appelantes. Lord Reid a souligné l’importance de ce critère à la page 174, où il a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Dans ce cas-ci, si les renseignements qui sont en la possession des intimés ne peuvent pas être communiqués maintenant au moyen d’un interrogatoire préalable, aucune action ne pourra être intentée parce que les appelantes ne savent pas qui sont les contrefacteurs. Les appelantes ne pourront donc jamais obtenir les renseignements.

En dernier lieu, la Chambre des lords a tenu compte de l’intérêt public tant en ce qui concerne la communication que la non-communication. À la page 175, lord Reid a maintenu que sa tâche consistait à [TRADUCTION] «établir l’équilibre entre le fait qu’il fallait rendre justice aux appelantes et les considérations avancées par les intimés à l’appui de la non-communication». À son avis, les commissaires étaient tenus de communiquer les noms des importateurs [TRADUCTION] «à moins qu’il n’existe une considération d’intérêt public les empêchant de le faire». La Chambre des lords a examiné la question sous divers angles. Les lords juristes ont reconnu qu’à cause de l’interdiction prévue par la loi en ce qui concerne la communication des noms des importateurs, l’intérêt public l’emporte peut-être sur le maintien du caractère confidentiel des renseignements. Ils ont reconnu que les importateurs peuvent donc s’attendre à ce que leurs noms demeurent confidentiels. L’intérêt public, en ce qui concerne la non-communication, a également été examiné du point de vue de l’État et compte tenu du fait que l’État a intérêt à assurer l’application et l’exécution efficaces de la législation en cause. En même temps, les lords juristes se rendaient compte que la communication des noms des importateurs peut fort bien servir l’intérêt public, lorsqu’il s’agit d’administrer la justice d’une façon équitable et efficace. Comme le vicomte Dilhorne l’a dit, à la page 188:

[TRADUCTION] Sous réserve de l’intérêt public voulant que le caractère confidentiel des renseignements fournis

opinion it is clearly in the public interest and right for the protection of patent holders, where the validity of the patent is accepted and the infringement of it not disputed, that they should be able to obtain by discovery the names and addresses of the wrongdoers from someone involved but not a party to the wrongdoing.

[13] I read the *Norwich* and *Glaxo Wellcome* cases as establishing that the test for granting an equitable bill of discovery involves the following five criteria:

(a) the applicant must establish a *prima facie* case against the unknown alleged wrongdoer;

(b) the person from whom discovery is sought must be in some way involved in the matter under dispute, he must be more than an innocent bystander;

(c) the person from whom discovery is sought must be the only practical source of information available to the applicants;

(d) the person from whom discovery is sought must be reasonably compensated for his expenses arising out of compliance with the discovery order in addition to his legal costs;

(e) the public interests in favour of disclosure must outweigh the legitimate privacy concerns.

[14] I can think of no reason why the same principles should not also apply to an application brought under rule 238 in a John Doe action. The requirement for service under subsection 238(2) of the Rules can and, of course, would be waived by a court in such an action pursuant to rule 55.

[15] The plaintiffs have also brought this motion under rule 233, however this rule presupposes the existence of specified documents. The definition of a document

aux douanes soit protégé, à mon avis, l'intérêt public et le droit que possèdent les titulaires de brevets d'être protégés, lorsque la validité du brevet est reconnue et que la contrefaçon n'est pas contestée, exigent clairement que ces derniers soient en mesure d'obtenir d'une personne concernée qui n'a pas participé à la contrefaçon, au moyen d'un interrogatoire préalable, les noms et adresses des contrefacteurs.

[13] Selon moi, les arrêts *Norwich* et *Glaxo Wellcome* établissent que le critère qui permet d'ordonner un interrogatoire préalable en *equity* comprend les cinq volets suivants:

a) le demandeur doit démontrer qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice;

b) la personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit avoir quelque chose à voir avec la question en litige—elle ne peut être un simple spectateur;

c) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs;

d) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable, en sus de ses frais de justice;

e) l'intérêt public à la divulgation doit l'emporter sur l'attente légitime de respect de la vie privée.

[14] Je ne vois pas pourquoi on n'appliquerait pas les mêmes principes lors d'une demande en vertu de la règle 238 dans le cas d'une action contre John Doe. L'exigence de signification prévue au paragraphe 238(2) des Règles pourrait alors faire l'objet d'une dispense d'observation en vertu de la règle 55, et elle le ferait sûrement.

[15] Les demandeurs fondent aussi leur requête sur la règle 233, mais cette disposition suppose l'existence de documents précis. Selon moi, la définition de document

contained in rule 222, in my view, is not broad enough to cover the creation of documents not normally held by a party nor retrievable through computer systems used by a party in its ordinary business. In this case, documents do not pre-exist which link an IP address to the customer of an ISP. Documents would, of course, be generated should an ISP be compelled to make this connection; however, this is not something contemplated by rule 233. In short, the purpose of rule 233 is to compel the disclosure, but not the very creation of documents.

Criterion a: The applicant must establish a prima facie case against the unknown alleged wrongdoer

[16] There are three deficiencies in the *prima facie* case advanced by the plaintiffs:

(i) The affidavit is deficient as to content

[17] The affidavits of Gary Millin on which the plaintiffs rely state that he was, at material times, the President of MediaSentry Inc., a company which provides online anti-privacy protection. This company was hired by the Canadian Recording Industry Association to investigate file-sharing of songs over which the plaintiffs have copyrights. In his affidavit, Mr. Millin described MediaSentry's findings with regard to the file-sharing activities of the 29 unnamed defendants. The major portions of these affidavits are based upon information which Mr. Millin gained from his employees. Accordingly, they consist largely of hearsay. Pursuant to subsection 81(1) of the Rules, hearsay and other forms of information gained on belief may be admissible provided that the grounds for the belief are stated. Beyond stating in cross-examination that, as President of MediaSentry "a company of 20 to 25 employees", he had "general oversight for the business and particular strategy" (Cross-examination of Millin, pages 6 and 8, lines 16 and 18 respectively), Mr. Millin gives no reason for his beliefs. This is insufficient. As stated by Heald J.A. in *Regina v. Maligne Building Ltd. et al.* (1980), 54 C.P.R. (2d) 11 (F.C.A.), at page 12:

que l'on trouve à la règle 222 n'a pas une portée suffisante pour englober la création de documents qu'une partie ne détient pas normalement et qu'on ne peut tirer des banques de données informatiques qu'utilise cette partie dans le cours ordinaire de ses affaires. En l'espèce, il n'existe pas de documents faisant le lien entre une adresse IP et un client donné d'un PSI. Bien sûr, si l'on obligeait un PSI à faire ce lien, de tels documents pourraient être créés. Ce n'est toutefois pas ce que prévoit la règle 233. En bref, la règle 233 a pour objectif d'ordonner la production de documents et non leur création.

Volet a: Le demandeur doit démontrer qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice

[16] Il y a trois lacunes dans la prétention des demandeurs qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à quelqu'un:

(i) Le contenu de l'affidavit est insuffisant

[17] Les affidavits de Gary Millin sur lequel les demandeurs s'appuient indiquent qu'aux époques en cause, il détenait le poste de président de MediaSentry Inc., une société qui offre une protection contre le piratage en ligne. Ses services ont été retenus par l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA) pour enquêter sur le partage de fichiers de chansons sur lesquelles les demandeurs ont un droit d'auteur. Dans son affidavit, M. Millin décrit le résultat des recherches de MediaSentry sur les activités de partage de fichiers par les 29 défendeurs non identifiés. M. Millin tient l'essentiel de ces renseignements de ses employés. Il s'agit donc en grande partie de oui-dire. En vertu du paragraphe 81(1) des Règles, le oui-dire et autres formes de renseignements fondés sur la conviction peuvent être admissibles, à condition que les motifs à l'appui soient énoncés. M. Millin ne dit pas sur quoi il fonde sa conviction, sauf à déclarer en contre-interrogatoire qu'en sa qualité que président de MediaSentry, [TRADUCTION] «une société employant de 20 à 25 personnes», il avait [TRADUCTION] «le contrôle général des affaires ainsi que des stratégies ciblées» (contre-interrogatoire Millin, pages 6 et 8, lignes 16 et 18 respectivement). C'est insuffisant. Comme le dit le

Where affidavit evidence is founded on information and belief it is essential to state the source of the information.

[18] Moreover, subsection 81(2) of the Rules provides:

81. . . .

(2) Where an affidavit is made on belief, an adverse inference may be drawn from the failure of a party to provide evidence of persons having personal knowledge of material facts.

It seems clear that there are other MediaSentry employees would have been in a better position to swear the affidavits in question and to answer the respondents' questions on cross-examination. At the very least, Mr. Millin should have identified the employees who conducted the work, stated their qualifications and explained how they conveyed the result of their investigations to him. Thurlow A.C.J. stated, in respect of rule 81, in *R. v. A. & A. Jewellers Limited*, [1978] 1 F.C. 479 (T.D.), at page 480:

The Court is entitled to the sworn statement of the person who has personal knowledge of the facts when he is available. The second part of the Rule is merely permissive and is for use only when the best evidence, that is to say the oath of the person who knows, is for some acceptable or obvious reason not readily obtainable. [Emphasis added.]

There is no such reason given in either Mr. Millin's affidavits or in his cross-examination for the contravention of the best-evidence rule.

[19] Mr. Millin also testified that his company provided a service called MediaDecoy which distributes bogus or inoperative files over the internet. People downloading these files think incorrectly that they are music files. The files are made to look like real music files, but they are inoperative. When he was asked

juge Heald dans l'arrêt *Regina c. Maligne Building Ltd. et al.* (1980), 54 C.P.R. (2d) 11 (C.A.F.), à la page 12:

Lorsqu'un affidavit mis en preuve repose sur des renseignements et sur une conviction, il importe de préciser la source des renseignements.

[18] De plus, le paragraphe 81(2) des Règles porte que:

81. [. . .]

(2) Lorsqu'un affidavit contient des déclarations fondées sur ce que croit le déclarant, le fait de ne pas offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits substantiels peut donner lieu à des conclusions défavorables.

Il semble clair que d'autres employés de MediaSentry étaient mieux placés pour souscrire les affidavits en cause et pour répondre aux questions des défendeurs en contre-interrogatoire. M. Millin aurait dû, au strict minimum, identifier les employés ayant fait le travail, énoncer leurs compétences et expliquer sous quelle forme ils lui avaient transmis les résultats de leurs enquêtes. Parlant de la règle 81, le juge en chef adjoint Thurlow déclare ceci dans l'arrêt *R. c. A. & A. Jewellers Limited*, [1978] 1 C.F. 479 (1^{re} inst.), à la page 480:

La Cour a droit à la déclaration sous serment d'une personne qui a une connaissance personnelle des faits, lorsque ladite personne peut la fournir. La deuxième partie de la Règle est purement facultative, et doit être utilisée seulement lorsque la meilleure des preuves, à savoir la déposition sous serment de la personne qui sait, ne peut pas être obtenue immédiatement, pour des raisons admissibles ou évidentes. [Non souligné dans l'original.]

On ne trouve aucune raison de cette nature dans les affidavits de M. Millin ou dans son contre-interrogatoire qui justifierait une entorse à la règle de la meilleure preuve.

[19] M. Millin a aussi témoigné que sa société fournit le service dit MediaDecoy, qui distribue des fichiers fantômes inopérants par l'entremise d'Internet. Les personnes qui les téléchargeaient croient, à tort, qu'il s'agit de fichiers d'œuvres musicales. Les fichiers sont conçus pour ressembler à des œuvres musicales, mais ils

whether he could tell whether any of the files allegedly copied from the alleged infringers were MediaDecoy files, Mr. Millin stated that he had not listened to any of the files copied from the alleged infringers and that listening to the files was not work that his firm was contracted to do or the “process that we set up with CRIA” (Millin cross-examination, QQ 107-107, 189-196). This kind of remote evidence in no way qualifies under rule 81. There is, thus, no evidence before the Court as to whether or not the files offered for uploading are infringed files of the plaintiffs.

(ii) There is no evidence of connection between the pseudonyms and the IP addresses

[20] As discussed above, the plaintiffs would like the ISPs to furnish the names of the account holders of certain IP addresses at certain times. However, neither the affidavits nor the cross-examination of Mr. Millin provide clear and comprehensive evidence as to how the pseudonyms of the KaZaA or iMesh users were linked to the IP addresses identified by MediaSentry. For example, with regards to one of the 29 pseudonyms, Mr. Millin stated in his affidavit (affidavit of Mr. Millin in motion materials related to Shaw, at paragraph 24):

MediaSentry also determined that Geekboy@KaZaA’s IP at the time of its investigation was 24.84.179.98. The American Registry for Internet Numbers (“ARIN”), a non-profit organization that assigns IP addresses to Internet Service Providers (“ISPs”), maintains a public database of IP addresses at www.arin.net. This database indicates that ARIN has assigned IP address 24.84.179.98 to Shaw Communications Inc.

There is no evidence explaining how the pseudonym “Geekboy@KaZaA” was linked to IP address 24.84.179.98 in the first place. Without any evidence at all as to how IP address 24.84.179.98 has been traced to Geekboy@KaZaA, and without being satisfied that such evidence is reliable, it would be irresponsible for the Court to order the disclosure of the name of the account

sont inopérants. À la question de savoir s’il savait si certains des fichiers présumément copiés par les violateurs présumés provenaient de MediaDecoy, M. Millin a répondu qu’il n’avait écouté aucun des fichiers copiés par les violateurs présumés et que l’écoute des fichiers n’était pas prévue dans son contrat ou dans [TRADUCTION] «le processus mis en place avec CRIA» (contre-interrogatoire Millin, QQ 107-107, 189-196). Cette preuve à distance est bien loin de satisfaire aux prescriptions de la règle 81. Par conséquent, la Cour n’a été saisie d’aucune preuve que les fichiers rendus disponibles pour le téléchargement sont des contrefaçons des fichiers des demandeurs.

(ii) Il n’y a aucune preuve établissant un lien entre les pseudonymes et les adresses IP

[20] Comme je l’ai déjà mentionné, les demandeurs veulent que les PSI leur communiquent les noms de leurs clients qui ont utilisé certaines adresses IP à des moments précis. Toutefois, les affidavits de M. Millin et son contre-interrogatoire n’apportent aucune preuve claire et détaillée de comment on a établi un lien entre les pseudonymes des utilisateurs de KaZaA ou iMesh et les adresses IP identifiées par MediaSentry. Par exemple, voici ce que déclare M. Millin dans son affidavit au sujet d’un des 29 pseudonymes (affidavit de M. Millin, documents sur Shaw déposés avec la requête, paragraphe 24):

[TRADUCTION] MediaSentry a aussi conclu que l’adresse IP de Geekboy@KaZaA au moment où elle faisait son enquête était 24.84.179.98. L’American Registry for Internet Numbers (ARIN), l’organisation à but non lucratif qui assigne les adresses IP aux prestataires de service Internet (PSI) donne un accès public à sa banque de données sur les adresses IP (www.arin.net). Cette banque de données indique que ARIN avait assigné l’adresse IP 24.84.179.98 à Shaw Communications Inc. [. . .]

Aucune preuve n’indique comment le pseudonyme «Geekboy@KaZaA» a été lié à l’adresse IP 24.84.179.98. En l’absence de toute preuve démontrant comment l’adresse IP 24.84.179.98 a mené à Geekboy@KaZaA, et sans la conviction qu’une telle preuve est fiable, la Cour agirait de façon irresponsable en ordonnant la divulgation du nom du client correspondant

holder of IP address 24.84.179.98 and expose this individual to a law suit by the plaintiffs.

(iii) no evidence of infringement of copyright

[21] The plaintiffs submit in paragraph 84 of their written representations that their evidence shows that the alleged infringers:

- a. installed the peer-to-peer application on their computers (Millin, at para. 10);
- b. copied files to “shared directories” on their computers (Millin, at para. 9);
- c. used ISP services to connect their computers to the Internet (Millin, at para.16);
- d. ran the peer-to-peer application on their computers while in the Internet (Millin, at para. 16); and
- e. made the files in the shared directories available for copying, transmission and distribution to any one of millions of users of the peer-to-peer service (Millin, at para. 22).

[22] They submit in paragraph 102 of their written representations that such activity amounts to infringement of the *Copyright Act* on the following grounds:

- a. **reproduction** of sound recordings by the alleged infringers (s. 18(1) and s. 27(1));
- b. **authorization** of the reproduction of the sound recordings (s. 18(1) and s. 27(1));
- c. **distribution** of unauthorized copies of the sound recordings to such an extent as to affect prejudicially the plaintiffs (s. 27(2)(b)), and
- d. **possession** of unauthorized copies, which the alleged infringers knew or ought to have known were infringing, for the purpose of distribution, as set out above (s. 27(2)(d)).

[23] These submissions have to be examined in light of the nature of copyright law. Copyright law can be invoked by owners only to the extent explicitly set forth in the statute. A court cannot infer or provide rights that

à l'adresse IP 24.84.179.98, l'exposant ainsi à une poursuite initiée par les demandeurs.

(iii) Il n'y a aucune preuve de violation du droit d'auteur

[21] Les demandeurs affirment, au paragraphe 84 de leurs prétentions écrites, que leur preuve démontre que les violateurs présumés ont:

[TRADUCTION]

- a. installé un logiciel de partage des fichiers entre homologues sur leurs ordinateurs (Millin, paragraphe 10);
- b. copié des fichiers sur des «répertoires partagés» sur leurs ordinateurs (Millin, paragraphe 9);
- c. utilisé les services des PSI pour relier leurs ordinateurs à Internet (Millin, paragraphe 16);
- d. fait fonctionner le logiciel de partage des fichiers entre homologues sur leurs ordinateurs alors qu'ils étaient connectés à Internet (Millin, paragraphe 16); et
- e. rendu les fichiers des répertoires partagés disponibles pour leur copie, transmission et distribution à n'importe lequel des millions d'utilisateurs du service de partage des fichiers entre homologues (Millin, paragraphe 22).

[22] Au paragraphe 102 de leurs prétentions écrites, ils soutiennent que ces activités constituent une violation de la *Loi sur le droit d'auteur* pour les motifs suivants:

[TRADUCTION]

- a. **la reproduction** d'enregistrements sonores par les violateurs présumés (paragraphe 18(1) et 27(1));
- b. **l'autorisation** de reproduire des enregistrements sonores (paragraphe 18(1) et 27(1));
- c. **la mise en circulation** de copies non autorisées des enregistrements sonores de façon à porter préjudice aux demandeurs (alinéa 27(2)b)); et
- d. **la possession** de copies non autorisées que les violateurs présumés savaient, ou devaient savoir, être des contrefaçons, dans le but de les mettre en circulation, comme il est mentionné plus tôt (alinéa 27(2)d)).

[23] Ces prétentions doivent être confrontées à la nature de la législation régissant le droit d'auteur. Le droit d'auteur ne peut être invoqué que dans les cas énoncés explicitement dans le texte législatif. Une cour

are not provided for in the statute. As Estey J. stated in *Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at pages 372-373:

. . . copyright law is neither tort law nor property law in classification, but is statutory law. It neither cuts across existing rights in property or conduct nor falls between rights and obligations heretofore existing in the common law. Copyright legislation simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute. This creature of statute has been known to the law of England at least since the days of Queen Anne when the first copyright statute was passed. It does not assist the interpretive analysis to import tort concepts. The legislation speaks for itself and the actions of the appellant must be measured according to the terms of the statute.

The Court thus must look at the plaintiffs' submissions through the lense of *Compo Co.*, *supra*.

[24] Subsection 80(1) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 50] of the *Copyright Act* provides as follows:

80. (1) Subject to subsection (2), the act of reproducing all or any substantial part of

(a) a musical work embodied in a sound recording,

. . .

onto an audio recording medium for the private use of the person who makes the copy does not constitute an infringement of the copyright in the musical work, the performer's performance or the sound recording.

[25] Thus, downloading a song for personal use does not amount to infringement. See *Copyright Board's, Private Copying 2003-2004 Decision*, 12 December, 2003, at page 20.

[26] No evidence was presented that the alleged infringers either distributed or authorized the reproduction of sound recordings. They merely placed personal copies into their shared directories which were accessible by other computer users via a P2P service.

ne peut déduire ou créer des droits non mentionnés dans le texte législatif. Comme le dit le juge Estey, dans l'arrêt *Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357, aux pages 372 et 373:

[. . .] le droit d'auteur n'est pas régi par les principes de la responsabilité délictuelle ni par le droit de propriété mais par un texte législatif. Il ne va pas à l'encontre des droits existants en matière de propriété et de conduite et il ne relève pas des droits et obligations existant autrefois en *common law*. La loi concernant le droit d'auteur crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif. En droit anglais, il en est ainsi depuis la reine Anne, sous laquelle fut promulguée la première loi relative au droit d'auteur. Il n'est pas utile, aux fins de l'interprétation législative, d'introduire les principes de la responsabilité délictuelle. La loi parle d'elle-même et c'est en fonction de ses dispositions que doivent être analysés les actes de l'appelante.

La Cour doit donc analyser les prétentions écrites des demandeurs au vu de l'arrêt *Compo Co.*, précité.

[24] Le paragraphe 80(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 50] de la *Loi sur le droit d'auteur* est rédigé comme suit:

80. (1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement sonore que l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio.

[25] Par conséquent, le fait de télécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Voir *Décision de la Commission du droit d'auteur pour la copie privée en 2003-2004*, 12 décembre 2003, à la page 20.

[26] On n'a déposé aucune preuve que les violateurs présumés auraient distribué des enregistrements sonores ou autorisé leur reproduction. Ils ont simplement placé leurs propres copies dans les répertoires partagés accessibles à d'autres utilisateurs par l'entremise d'un service de partage de fichiers entre homologues.

[27] As far as authorization is concerned, the case of *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 established that setting up the facilities that allow copying does not amount to authorizing infringement. I cannot see a real difference between a library that places a photocopy machine in a room full of copyrighted material and a computer user that places a personal copy on a shared directory linked to a P2P service. In either case the preconditions to copying and infringement are set up but the element of authorization is missing. As Chief Justice McLachlin said in *CCH*, *supra* [at page 361]:

“Authorize” means to “sanction, approve and countenance”: *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182, at p. 193; *De Tervagne v. Beloeil (Town)*, [1993] 3 F.C. 227 (F.C.T.D.). Countenance in the context of authorizing copyright infringement must be understood in its strongest dictionary meaning, namely, “give approval to, sanction, permit, favour, encourage”: see *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, at p. 526. Authorization is a question of fact that depends on the circumstances of each particular case and can be inferred from acts that are less than direct and positive, including a sufficient degree of indifference: *CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch.D.), at pp. 823-24. However, a person does not authorize infringement by authorizing the mere use of equipment that could be used to infringe copyright. Courts should presume that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law: *Muzak*, *supra*. This presumption may be rebutted if it is shown that a certain relationship or degree of control existed between the alleged authorizer and the persons who committed the copyright infringement: *Muzak*, *supra*; *De Tervagne*, *supra*: see also, J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. (looseleaf), at p. 21-104 and P. D. Hitchcock, “Home Copying and Authorization” (1983), 67 C.P.R. (2d) 17, at pp. 29-33.

[28] The mere fact of placing a copy on a shared directory in a computer where that copy can be accessed via a P2P service does not amount to distribution. Before it constitutes distribution, there must be a positive act by the owner of the shared directory, such as sending out

[27] S’agissant de l’autorisation, l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, a précisé que le fait de mettre sur place des appareils qui permettent de faire des copies ne correspond pas à autoriser la violation du droit d’auteur. Je ne peux voir quelle réelle différence pourrait exister entre une bibliothèque qui place une photocopieuse dans une pièce remplie de documents visés par le droit d’auteur et un utilisateur qui place sa propre copie dans un répertoire partagé relié à un service de partage de fichiers entre homologues. Dans les deux cas, les conditions nécessaires à la copie et à la contrefaçon sont présentes, mais il manque l’autorisation. Voici ce que déclare la juge en chef McLachlin à ce sujet dans l’arrêt *CCH*, précité [à la page 361]:

«Autoriser» signifie «sanctionner, appuyer ou soutenir» («*sanction, approve and countenance*»): *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182, p. 193; *De Tervagne c. Beloeil (Ville)*, [1993] 3 C.F. 227 (1^{re} inst.). Lorsqu’il s’agit de déterminer si une violation du droit d’auteur a été autorisée, il faut attribuer au terme «*countenance*» son sens le plus fort mentionné dans le dictionnaire, soit [TRADUCTION] «*approuver, sanctionner, permettre, favoriser, encourager*»: voir *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, p. 526. L’autorisation est néanmoins une question de fait qui dépend de la situation propre à chaque espèce et peut s’inférer d’agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d’un degré suffisamment élevé d’indifférence: *CBS Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch. D.), p. 823-824. Toutefois, ce n’est pas autoriser la violation du droit d’auteur que de permettre la simple utilisation d’un appareil susceptible d’être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l’autorise que dans les limites de la légalité: *Muzak*, précité. Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu’il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l’auteur allégué de l’autorisation et les personnes qui ont violé le droit d’auteur: *Muzak*, précité; *De Tervagne*, précité. Voir également J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-104 et P. D. Hitchcock, «Home Copying and Authorization» (1983), 67 C.P.R. (2d) 17, p. 29-33.

[28] Le simple fait de placer une copie dans un répertoire partagé où l’on peut y avoir accès par l’entremise d’un service de partage de fichiers entre homologues n’est pas de la distribution. La distribution implique un acte positif de la part du propriétaire du

the copies or advertising that they are available for copying. No such evidence was presented by the plaintiffs in this case. They merely presented evidence that the alleged infringers made copies available on their shared drives. The exclusive right to make available is included in the World Intellectual Property Organization. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, Geneva, December 20, 1996, however that treaty has not yet been implemented in Canada and therefore does not form part of Canadian copyright law.

[29] Lastly, while the plaintiffs allege that there was secondary infringement contrary to subsection 27(2) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 15] of the *Copyright Act*, they presented no evidence of knowledge on the part of the infringer. Such evidence of knowledge is a necessary condition for establishing infringement under that section.

Criterion b: The person from whom discovery is sought must be in some way involved in the matter under dispute, he must be more than an innocent bystander

[30] In the instant case the plaintiffs meet the requirements of point (d) in paragraph 22 above. As providers of access to the internet, the ISPs are definitely involved with the alleged infringers. They are not mere bystanders. They are the means by which downloaders and uploaders access the internet and get in touch with each other.

Criterion c: The person from whom discovery is sought must be the only practical source of information available to the applicants

[31] In this case, the alleged wrongdoers used software called KaZaA, KaZaA Lite or iMesh which they downloaded from websites by those names. The affidavits of Gary Millin and Kathy Yonekura do not at any point mention who operates these websites, where they are located or whether the name of the pseudonyms can be obtained from the operators of these websites. In

répertoire partagé, comme l'envoi de copies ou le fait d'annoncer qu'elles sont disponibles pour qui veut les copier. En l'espèce, aucune telle preuve n'a été présentée par les demandeurs. Ils ont simplement présenté en preuve le fait que les violateurs présumés ont mis des copies à disposition sur leurs répertoires partagés. Le droit exclusif de mettre à disposition est prévu dans Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, Genève, 20 décembre 1996. Ce traité n'a toutefois pas encore été ratifié par le Canada et il ne fait donc pas partie de la législation canadienne sur le droit d'auteur.

[29] Finalement, les demandeurs soutiennent qu'il y a eu violation à une étape ultérieure, contrairement au paragraphe 27(2) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 15] de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais ils n'ont présenté aucune preuve que le violateur en avait connaissance. La preuve de cette connaissance est une condition essentielle pour démontrer qu'il y a contrefaçon en vertu de cet article.

Volet b: La personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit avoir quelque chose à voir avec la question en litige—elle ne peut être un simple spectateur

[30] En l'espèce, les demandeurs satisfont à l'exigence énoncée à d) du paragraphe 22 ci-haut. En tant que fournisseurs d'accès Internet, les PSI ont très certainement un lien avec les violateurs présumés. Ils ne sont pas de simples spectateurs. C'est par leur entremise que les personnes qui font du téléchargement et du téléchargement accèdent à Internet et entrent en contact.

Volet c: La personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs

[31] En l'espèce, les présumés auteurs du préjudice utilisent les logiciels KaZaA, KaZaA Lite ou iMesh, qu'ils ont téléchargés des sites web du même nom. Les affidavits de Gary Millin et de Kathy Yonekura ne spécifient aucunement qui gère ces sites web et où ils sont situés, non plus qu'ils abordent la question de savoir si les personnes qui gèrent ces sites web pourraient leur

the absence of such evidence the Court cannot make a determination as to whether or not the ISPs are the only practical source of information available to the plaintiffs.

fournir les noms qui correspondent aux pseudonymes. En l'absence d'une telle preuve, la Cour ne peut déterminer si les PSI sont la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs.

Criterion d: The person from whom discovery is sought must be reasonably compensated for his expenses arising out of compliance with of the discovery order in addition to his legal costs

Volet d: La personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable, en sus de ses frais de justice

[32] The affidavits filed by Telus, Shaw, Rogers, Bell and EFC reveal that it is not an easy task to provide the name and address of the account holder who used a specific IP address at a given time.

[32] Les affidavits déposés par Telus, Shaw, Rogers, Bell et EFC démontrent qu'il n'est pas facile de trouver le nom et l'adresse du client qui a utilisé une adresse IP à un moment précis.

[33] For instance, David Shrimpton of Telus describes the process as follows:

[33] À titre d'exemple, voici comment David Shrimpton de Telus décrit le processus:

[TRADUCTION]

16. To attempt to obtain that information requested, TELUS employees will be required to conduct searches of at least three different databases and cross-reference the information found, to locate the likely account holder. This process is not done in the normal course of business and thus there are no existing lists, files, records, or documents containing the information requested. In addition, none of the TELUS staff would know the information requested as a result of their normal duties. TELUS does not monitor the content of what account holders access on the Internet.

16. Pour essayer d'obtenir les renseignements demandés, les employés de TELUS devront faire une recherche dans au moins trois banques de données et faire concorder ce qu'ils ont trouvé pour localiser le client probable. Ce processus ne faisant pas partie de notre cadre normal d'opération, il n'y a pas de listes, dossiers ou documents qui contiennent ces renseignements. De plus, aucune personne à l'emploi de TELUS ne possède ces renseignements dans le cadre de ses fonctions. TELUS ne s'intéresse pas à ce que ses clients font sur Internet.

17. The only way to locate the account that accessed the Internet using the IP address in question would be to cross-reference the IP address at the date, time, network and time zone to a database of MAC addresses and then cross-reference the MAC address with the account database, assuming that the information still exists and is recoverable. As discussed below, the more historic a search is, the less reliable the information will be, as records are kept in different ways for different systems.

17. La seule façon de savoir quel client s'est connecté à Internet via l'adresse IP en cause serait de faire concorder l'adresse IP aux dates, heures, réseaux et fuseaux horaires appropriés à une banque de données des codes d'authentification des messages (adresse MAC) et, ensuite, de faire concorder ce résultat avec la banque de données de la clientèle. Ceci suppose que ces renseignements existent toujours et qu'ils peuvent être récupérés. Comme je l'indique ci-après, plus une recherche porte sur un point éloigné dans le temps, moins les renseignements seront fiables étant donné qu'ils sont conservés de façon différente selon les systèmes utilisés.

18. TELUS provides Internet service primarily in Alberta and British Columbia but has accounts in some of the other provinces and territories as well. TELUS has 750,000 individual Internet account holders and provides Internet service to 85,000 institutions, government departments and corporations. These numbers only reflect our consumer and small business customers.

18. TELUS est prestataire de service Internet essentiellement en Alberta et en Colombie-Britannique, mais nous avons aussi des clients dans les autres provinces et territoires. Le service Internet de TELUS a 750 000 clients privés et il dessert 85 000 institutions, organisations gouvernementales et sociétés. Ce chiffre ne comprend que les clients privés et les petites entreprises.

19. TELUS has a certain number of IP addresses allocated to it by the American Registry for Internet Numbers (“ARIN”). There are, however, fewer IP addresses than accounts. This is true for all ISPs. The IP system is predicated on the assumption that all potential users will not want to access the Internet at the same time. Accordingly, most IP addresses are dynamic, which means that they are not associated consistently with any particular personal computer (“PC”) or Internet access account. Instead as a customer accesses the Internet, the hardware connection, to which the person’s PC is connected, “calls” for an IP address and one is “assigned” to it temporarily by the system. Accordingly, an IP address may not be associated with any account for very long. An IP address can be reallocated to several users in the space of a few hours. Because the frequency of visits and duration of time spent online differs from user to user, the IP addresses are not assigned to the MAC addresses sequentially. As a result of this functionality, IP addresses are not associated with any one account holder nor are they allocated in any predetermined pattern (the use of the term “IP address” is perhaps confusing in the conventional sense because it is not an address, as one understands a house to have an address). It is therefore not possible to directly identify an account holder merely from an IP address. Moreover, searching for the IP address is not straightforward.

20. To complicate matters, the PC does not itself have an address, but rather the hardware connection, *i.e.*, the router or network adaptor, through which the PC gains access to the Internet had an embedded address that was assigned to it when it accessed the Internet for the first time. This is called the MAC address and it is an address associated with the hardware connection not the PC. This distinction is important, particularly when the hardware connection provides access to multiple PCs through the use of a Local Area Network (“LAN”), as discussed below.

21. Accordingly, for TELUS to determine the account holder, we would first have to determine which MAC address was assigned the IP address in question at the particular point in time.

22. Please note that TELUS can never identify the “user”, *i.e.*, the person actually using the computer at the time of the alleged infringement. TELUS can only identify the person who opened up the TELUS account associated with the MAC address. As will be discussed below, the account holder and the user are not always the same, or even known to each other. With respect to the account holder, if the request is made within 30 days of when the Internet was accessed for the peer-to-peer sharing activity, TELUS has a good chance of identifying the account (depending on the particular TELUS Internet system the customer was using). However, for requests concerning customer activity 30 days or more before the

19. L’American Registry for Internet Numbers (ARIN) assigne un certain nombre d’adresses IP à TELUS. Il y a toutefois moins d’adresses IP que de clients. Tous les PSI sont dans cette situation. Le système d’adresses IP se fonde sur l’hypothèse que tous les utilisateurs potentiels d’Internet ne se connecteront pas au même moment. En conséquence, la plupart des adresses IP ont un caractère dynamique, ce qui veut dire qu’elles ne sont pas associées à un ordinateur personnel (PC) précis. En fait, lorsqu’un client se connecte à Internet, le matériel informatique auquel le PC en cause est relié «demande» une adresse IP et le système lui en «assigne» une pour l’occasion. Il s’ensuit que le lien entre une adresse IP et un client donné peut être très bref. En quelques heures, une adresse IP peut être assignée à plusieurs utilisateurs de façon consécutive. Étant donné que la fréquence et la durée des visites varient d’un utilisateur à l’autre, les adresses IP ne sont pas assignées aux adresses MAC de façon séquentielle. Cette fonctionnalité fait que les adresses IP ne sont associées à aucun client précis ou assignées selon une configuration prédéterminée. (Le mot «adresse IP» peut causer une certaine confusion selon le sens ordinaire, puisqu’il ne s’agit pas vraiment d’une adresse comme peut en avoir une maison.) Il n’est donc pas possible d’identifier un client à partir de la seule adresse IP. De plus, il n’est pas facile de retrouver une adresse IP.

20. Le fait que ce n’est pas le PC lui-même qui a une adresse, mais plutôt le matériel de connexion, savoir le routeur ou la carte réseau, qui permet au PC de se connecter à Internet qui a reçu une adresse permanente lors de sa première connexion à Internet, ne facilite pas non plus les choses. C’est ce qu’on appelle l’adresse MAC et elle est associée au matériel de connexion et non au PC. Cette distinction a son importance, surtout lorsque le matériel de connexion sert à plusieurs PC reliés à un réseau local (LAN), comme je l’explique ci-après.

21. Donc, pour identifier le client, TELUS doit d’abord trouver l’adresse MAC à laquelle on a assigné l’adresse IP en cause à un moment précis dans le temps.

22. Notons que TELUS ne peut jamais connaître «l’utilisateur», savoir la personne qui est à l’ordinateur au moment de la prétendue violation. TELUS peut seulement dire qui a ouvert le compte TELUS associé à une adresse MAC. Comme je l’expliquerai plus loin, le titulaire du compte et l’utilisateur ne sont pas nécessairement une seule et même personne. Ils peuvent même ne pas se connaître du tout. S’agissant du titulaire du compte, si la demande de renseignements est présentée dans les 30 jours de la connexion à Internet pour partager des fichiers, TELUS à une bonne chance de le retrouver (selon toutefois le système Internet TELUS utilisé). Toutefois, pour une demande portant sur une

request, the information becomes less reliable to the point of being non-existent.

[34] Without going into the technical details furnished by each ISP, one can draw the following overall conclusions from the evidence tendered by the ISPs with regard to such information:

- this is not information routinely kept by the ISPs but information that must be specifically retrieved from their data banks;

- the older the information is, the more difficult it will be to retrieve it. The data may be on back-up tapes or may no longer be kept depending upon the age of the information;

- the older the information, the more unreliable the result that will be produced by trying to retrieve the data;

- it may be impossible, due to the passage of time, to link some IP addresses to account holders;

- at best the ISPs will generate the name of the account holders; however, they can never generate the name of the actual computer users. An IP address, for instance, can lead to the name of an account holder, but that account holder could be an institution and/or may be linked to a local area network of many users.

[35] Clearly the process that is sought to be imposed on the ISPs would be costly and would divert their resources from other tasks. Given that the ISPs are in no way involved in any alleged infringement, they would need to be reimbursed for their reasonable costs for furnishing the names of account holders, as well as the legal costs of responding to this motion.

Criterion e: The public interests in favour of disclosure must outweigh the legitimate privacy concerns

[36] It is unquestionable but that the protection of privacy is of utmost importance to Canadian society. In the words of La Forest J. in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at page 427:

activité réalisée depuis plus de 30 jours, les renseignements deviennent si peu fiables qu'on peut dire qu'ils n'existent pas vraiment.

[34] Sans entrer dans les détails techniques fournis par chaque PSI, on peut tirer les conclusions générales suivantes de la preuve présentée par les PSI au sujet des renseignements en cause:

- ces renseignements ne sont généralement pas recueillis par les PSI, et il faut une opération spécifique pour les extraire de leurs banques de données;

- plus les renseignements datent, plus il est difficile de les extraire. Les données peuvent être sauvegardées sur bande ou même supprimées, selon leur date d'entrée;

- plus les renseignements datent, plus les résultats obtenus des tentatives d'extraction des données perdent en fiabilité;

- avec le temps, il peut devenir impossible de faire le lien entre certaines adresses IP et les clients;

- au mieux, les PSI peuvent retrouver les clients en cause, mais ils ne pourraient jamais connaître le nom du vrai utilisateur. Par exemple, une adresse IP peut permettre d'identifier un client, mais il peut s'agir d'une institution ou d'un réseau local accessible à plusieurs utilisateurs.

[35] Il est clair que le processus qu'on veut imposer aux PSI serait coûteux et qu'il les obligerait à prélever des ressources affectées à d'autres tâches. Comme les PSI ne sont aucunement responsables des violations présumées, il faudrait leur rembourser les coûts raisonnables liés à la divulgation de l'identité de leurs clients, en sus de frais associés à la présente requête.

Volet e: L'intérêt public à la divulgation doit l'emporter sur l'attente légitime de respect de la vie privée

[36] Il va sans dire que la protection de la vie privée a une importance majeure pour la société canadienne. Comme le dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la page 427:

Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order.

[37] In respect of the internet specifically, Wilkins J. in *Irwin Toy Ltd. v. Doe* (2000), 12 C.P.C. (5th) 103 (Ont. Sup. Ct.) stated, at paragraphs 10-11:

Implicit in the passage of information through the internet by utilization of an alias or pseudonym is the mutual understanding that, to some degree, the identity of the source will be concealed. Some internet service providers inform the users of their services that they will safeguard their privacy and/or conceal their identity and, apparently, they even go so far as to have their privacy policies reviewed and audited for compliance. Generally speaking, it is understood that a person's internet protocol address will not be disclosed. Apparently, some internet service providers require their customers to agree that they will not transmit messages that are defamatory or libellous in exchange for the internet service to take reasonable measures to protect the privacy of the originator of the information.

In keeping with the protocol or etiquette developed in the usage of the internet, some degree of privacy or confidentiality with respect to the identity of the internet protocol address of the originator of a message has significant safety value and is in keeping with what should be perceived as being good public policy. As far as I am aware, there is no duty or obligation upon the internet service provider to voluntarily disclose the identity of an internet protocol address, or to provide that information upon request.

[38] Parliament has also recognized the need to protect privacy by enacting PIPEDA, which has as one of its primary purposes the protection of an individual's right to control the collection, use and disclosure of personal information by private organizations (section 3).

[39] However while the law protects an individual's right to privacy, privacy cannot be used to protect a person from the application of either civil or criminal liability. Accordingly, there is no limitation in PIPEDA restricting the ability of the Court to order production of documents related to their identity. Paragraph 7(3)(c) allows disclosure without consent if such disclosure is:

Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public.

[37] S'agissant plus particulièrement d'Internet, dans *Irwin Toy Ltd. c. Doe* (2000), 12 C.P.C. (5th) 103 (C.S. Ont.), le juge Wilkins déclare ceci aux paragraphes 10 et 11:

[TRADUCTION] La circulation des renseignements via Internet sous le couvert d'un nom d'emprunt ou d'un pseudonyme s'appuie implicitement sur une compréhension partagée du fait que l'identité de la source restera jusqu'à un certain point confidentielle. Certains prestataires de service Internet informent leurs clients qu'ils respecteront leur droit à la vie privée. Certains vont même jusqu'à faire procéder à l'examen de leur politique de protection de la vie privée et à en faire vérifier l'application. En général, il est entendu qu'on ne divulgue pas l'adresse IP d'un client. Il semble que certains prestataires de service Internet exigent que leurs clients s'engagent à ne pas envoyer de messages diffamatoires, et qu'ils prennent en contrepartie des mesures raisonnables pour préserver l'anonymat de la source de renseignements.

Conformément au protocole ou à l'étiquette Internet, il y a une sécurité importante rattachée à une certaine garantie de confidentialité lorsqu'il s'agit de l'adresse IP de la source d'un message. Cette réalité respecte aussi ce que l'on peut concevoir comme une bonne politique d'intérêt public. En autant que je sache, le prestataire de service Internet n'a aucune obligation de fournir, volontairement ou sur demande, le nom de la personne associée à une adresse IP.

[38] Le législateur a aussi reconnu qu'il fallait protéger la vie privée en adoptant la LPRPDE, dont l'un des objectifs majeurs est d'assurer le droit de chacun de contrôler la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels dans le secteur privé (article 3).

[39] Toutefois, bien que la législation protège le droit de chacun à la vie privée, ce droit ne peut être invoqué par une personne pour échapper à sa responsabilité, civile ou criminelle. En conséquence, rien dans la LPRPDE ne vient limiter la compétence de la Cour d'ordonner la production de documents relatifs à l'identité des personnes. L'alinéa 7(3)c) autorise la communication sans le consentement de l'intéressé lorsque:

7. (3) . . .

(c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records. [Emphasis added.]

[40] Thus, both PIPEDA as well as the test set out in *Norwich*, *supra* and *Glaxo*, *supra*, require the Court to balance privacy rights against the rights of other individuals and the public interest.

[41] This motion is not a novel proceeding. In the past, third parties have been compelled to disclose documents identifying the name and address of a defendant previously identified solely by an internet protocol address. In no case have privacy or other concerns weighing against disclosure outweighed the interest in obtaining documents and information necessary to identify the defendants. See: *Irwin Toy v. Doe*, *supra*; *Ontario First Nations Limited Partnership v. John Doe* (3 June 2002) (Ont. Sup. Ct.); *Canadian Blood Services/Société Canadienne du Sang v. John Doe* (June 17, 2002) (Ont. Sup. Ct.); *Wa'el Chehab v. John Doe* (October 3, 2003) (Ont. Sup. Ct.); *Kibale v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 634 (T.D.) (QL); *Loblaw Companies Ltd. v. Aliant Telecom Inc.*, [2003] N.B.R. (2d Supp.) No. 32 (Q.B.).

[42] In this case, the plaintiffs have a legitimate copyright in their works and are entitled to protect it against infringement. However before making the order, the Court evidently must be satisfied that the information about to be disclosed is reliable and should restrict disclosure to the minimum required for the plaintiffs to identify an alleged defendant. Any order made should also, having in mind the privacy interests of the defendants, be accompanied by restrictions and confidentiality orders as the Court sees appropriate. All of the ISPs have indicated that they can produce the required information if requested in a timely fashion. In this case the evidence was gathered in October, November and December 2003. However, the notice of motion requesting disclosure by the ISPs was not filed until February 11, 2004. This clearly makes the information more difficult to obtain, if it can be obtained

7. (3) [. . .]

c) elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents. [Non souligné dans l'original.]

[40] Donc, tant la LPRPDE que le critère de *Norwich*, précité; et *Glaxo*, précité exigent que la Cour recherche un équilibre entre le droit à la vie privée, les droits des tiers et l'intérêt public.

[41] Cette requête n'est pas novatrice. Par le passé, des tiers se sont vu imposer l'obligation de communiquer des documents contenant les nom et adresse d'un défendeur dont on ne connaissait que l'adresse du protocole d'Internet. Il n'y a pas de jurisprudence où les préoccupations relatives à la vie privée et autres préoccupations face à une divulgation auraient pris le pas sur l'intérêt à l'obtention des documents et renseignements nécessaires à l'identification des défendeurs. Voir: *Irwin Toy v. Doe*, précité; *Ontario First Nations Limited Partnership v. John Doe* (3 juin 2002) (C.S. Ont.); *Canadian Blood Services/Société canadienne du Sang v. John Doe* (17 juin 2002) (C.S. Ont.); *Wa'el Chehab v. John Doe* (3 octobre 2003) (C.S. Ont.); *Kibale c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 634 (1^{re} inst.) (QL); *Loblaw Companies Ltd. c. Aliant Telecom Inc.* [2003] N.B.R. (2d Supp.) n° 32 (B.R.).

[42] En l'espèce, les demandeurs ont un droit d'auteur légitime sur leurs œuvres et ils ont le droit d'être protégés de toute violation. Toutefois, avant de rendre l'ordonnance appropriée, la Cour doit être convaincue de façon évidente que les renseignements qui seraient divulgués sont fiables, et elle doit limiter la divulgation à ce qui est absolument nécessaire pour que les demandeurs puissent identifier les défendeurs présumés. Toute ordonnance de cette nature devrait aussi, au vu des droits des défendeurs à la protection de leur vie privée, être assortie des restrictions et mesures de confidentialité que la Cour juge appropriées. Tous les PSI ont convenu qu'ils peuvent produire les renseignements demandés en temps utile. En l'espèce, la preuve a été collectée en octobre, novembre et décembre 2003. L'avis de requête demandant la divulgation par les PSI n'a été déposé que le 11 février 2004. Il est donc clair que les

at all, and decreases its reliability. No explanation was given by the plaintiffs as to why they did not move earlier than February 2004. Under these circumstances, given the age of the data, its unreliability and the serious possibility of an innocent account holder being identified, this Court is of the view that the privacy concerns outweigh the public interest concerns in favour of disclosure.

Issue 2: Have the plaintiffs met the test?

[43] On the basis of the foregoing, it is obvious that in my mind the plaintiffs have not:

- made out a *prima facie* case (their affidavit evidence is deficient, they have not made a causal link between P2P pseudonyms and IP addresses and they have not made out a *prima facie* case of infringement);

- established that the ISPs are the only practical source for the identity of the P2P pseudonyms; and

- established that the public interest for disclosure outweighs the privacy concerns in light of the age of the data.

Consequently, they have not met the test set out in paragraph 13 above.

Issue 3: If an order is issued, what should be the scope and terms of such order?

[44] If an order had been issued in this case, certain restrictions would have been necessary in order to protect the privacy interests of the yet unnamed defendants. First, the order would have limited the use to which the identities might be used to the within proceedings. I see no reason why the implied undertaking rule might have been waived as requested by the plaintiffs. The invasion of privacy should always be as limited as possible. As the plaintiffs asked for the defendants' names so that they could be substituted for John and Jane Doe, the names should only have been granted for that purpose.

renseignements en cause sont plus difficiles à obtenir, si même on peut le faire, et que leur fiabilité est réduite. Les demandeurs n'ont pas expliqué pourquoi ils n'ont pas procédé avant février 2004. Dans de telles circonstances, au vu de l'ancienneté des données, de leur peu de fiabilité et de la possibilité qu'on communique l'identité d'un client innocent, la Cour est d'avis que le respect de la vie privée prime l'intérêt public à la divulgation.

Question n° 2: Les demandeurs satisfont-ils à ce critère?

[43] Au vu de ce qui précède, il est clair selon moi que les demandeurs n'ont pas:

- établi qu'il existe à première vue un fondement à leurs prétentions (le contenu de leur affidavit est insuffisant; ils n'ont pas établi un lien de causalité entre les pseudonymes utilisés lors du partage de fichiers entre homologues et les adresses IP; et ils n'ont pas établi à première vue qu'il y aurait contrefaçon);

- démontré que les PSI sont la seule source pratique pour obtenir l'identité des utilisateurs de pseudonymes utilisés lors du partage de fichiers entre homologues; et

- démontré que l'intérêt public à la divulgation prime le respect de la vie privée, compte tenu de l'ancienneté des données.

Ils n'ont donc pas satisfait au critère énoncé au paragraphe 13 des présents motifs.

Question n° 3: Si l'ordonnance est accordée, quels devraient être son libellé et sa portée?

[44] Si j'avais délivré l'ordonnance demandée, il m'aurait fallu imposer certaines restrictions afin de protéger le droit à la vie privée des défendeurs non encore identifiés. Premièrement, les identités révélées n'auraient pu être utilisées que dans le cadre du présent litige. Je ne vois pas pourquoi les demandeurs auraient été exemptés de la règle de l'engagement implicite, comme ils l'ont demandé. L'empiètement sur la vie privée doit être circonscrit au maximum. Comme les demandeurs recherchaient quels noms ils pouvaient substituer à ceux de John et Jane Doe, on ne pouvait en autoriser la divulgation qu'à cette fin.

[45] Second, to further minimize the invasion of privacy of the ISP account holders, the order would have provided that only the internet pseudonyms be added as defendants in the statement of claim. An annex (subject to a confidentiality order) would have been added to the statement of claim relating each pseudonym to the name and address of an ISP account holder.

[46] Finally, the order would not have required the ISPs to provide an affidavit in support of their findings. The mere disclosure of the defendants' names and last known addresses would have been sufficient in order to allow the plaintiffs to proceed with their action.

[47] Given my finding in respect of issue 2, this motion cannot succeed.

ORDER

1. This motion is denied.
2. All respondent ISPs shall have their costs in this matter.
3. There will be no award as to costs with respect to the interveners.

[45] Deuxièmement, afin de limiter encore plus l'empiètement sur la vie privée des clients des PSI, l'ordonnance aurait précisé que seuls les pseudonymes pouvaient être utilisés dans la déclaration. Une annexe protégée par une ordonnance de confidentialité aurait été placée avec la déclaration, donnant les noms et adresses des clients des PSI qui correspondent aux pseudonymes.

[46] Finalement, l'ordonnance n'aurait pas exigé que les PSI souscrivent un affidavit à l'appui des renseignements trouvés. Pour que les demandeurs puissent procéder, il aurait suffi qu'on divulgue le nom, et la dernière adresse connue, des défendeurs.

[47] Au vu de ma conclusion sur la question n° 2, cette requête ne peut être accueillie.

ORDONNANCE

1. La requête est rejetée.
2. Tous les PSI défendeurs ont droit aux dépens.
3. Les intervenants n'ont pas droit aux dépens.

Annex A

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106

41. (1) Subject to subsection (4), on receipt of a written request, the Administrator shall issue, in Form 41, a subpoena for the attendance of a witness or the production of a document or other material in a proceeding.

...

233. (1) On motion, the Court may order the production of any document that is in the possession of a person who is not a party to the action, if the document is relevant and its production could be compelled at trial.

...

238. (1) A party to an action may bring a motion for leave to examine for discovery any person not a party to the action, other than an expert witness for a party, who might have information on an issue in the action.

...

(3) The Court may, on a motion under subsection (1), grant leave to examine a person and determine the time and manner of conducting the examination, if it is satisfied that

- (a) the person may have information on an issue in the action;
- (b) the party has been unable to obtain the information informally from the person or from another source by any other reasonable means;
- (c) it would be unfair not to allow the party an opportunity to question the person before trial; and
- (d) the questioning will not cause undue delay, inconvenience or expense to the person or to the other parties.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.

3. The purpose of this Part is to establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or

Annexe A

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

41. (1) Sous réserve du paragraphe (4), sur réception d'une demande écrite, l'administrateur délivre un *subpoena*, selon la formule 41, pour contraindre un témoin à comparaître ou à produire un document ou des éléments matériels dans une instance.

[. . .]

233. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner qu'un document en la possession d'une personne qui n'est pas une partie à l'action soit produit s'il est pertinent et si sa production pourrait être exigée lors de l'instruction.

[. . .]

238. (1) Une partie à une action peut, par voie de requête, demander l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est pas une partie, autre qu'un témoin expert d'une partie, qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action.

[. . .]

(3) Par suite de la requête visée au paragraphe (1), la Cour peut autoriser la partie à interroger une personne et fixer la date et l'heure de l'interrogatoire et la façon de procéder, si elle est convaincue, à la fois:

- a) que la personne peut posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action;
- b) que la partie n'a pu obtenir ces renseignements de la personne de façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables;
- c) qu'il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction;
- d) que l'interrogatoire n'occasionnera pas de retards, d'inconvénients ou de frais déraisonnables à la personne ou aux autres parties.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5.

3. La présente partie a pour objet de fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les

disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

...

4. . . .

(3) Every provision of this Part applies despite any provision, enacted after this subsection comes into force, of any other Act of Parliament, unless the other Act expressly declares that that provision operates despite the provision of this Part.

...

5. . . .

(3) An organization may collect, use or disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances.

...

7. . . .

(3) For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

...

(c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

...

(d) made on the initiative of the organization to an investigative body, a government institution or a part of a government institution and the organization

(i) has reasonable grounds to believe that the information relates to a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada, a province or a foreign jurisdiction that has been, is being or is about to be committed, . . .

...

(e) made to a person who needs the information because of an emergency that threatens the life, health or security of an

concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

[. . .]

4. [. . .]

(3) Toute disposition de la présente partie s'applique malgré toute disposition—éditée après l'entrée en vigueur du présent paragraphe—d'une autre loi fédérale, sauf dérogation expresse de la disposition de l'autre loi.

[. . .]

5. [. . .]

(3) L'organisation ne peut recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels qu'à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

[. . .]

7. [. . .]

(3) Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut communiquer de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé et sans son consentement que dans les cas suivants:

[. . .]

c) elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents;

[. . .]

d) elle est faite, à l'initiative de l'organisation, à un organisme d'enquête, une institution gouvernementale ou une subdivision d'une telle institution et l'organisation, selon le cas, a des motifs raisonnables de croire que le renseignement est afférent à la violation d'un accord ou à une contravention au droit fédéral, provincial ou étranger qui a été commise ou est en train ou sur le point de l'être
[. . .]

[. . .]

e) elle est faite à toute personne qui a besoin du renseignement en raison d'une situation d'urgence mettant

individual and, if the individual whom the information is about is alive, the organization informs that individual in writing without delay of the disclosure;

...

(h.2) made by an investigative body and the disclosure is reasonable for purposes related to investigating a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada or a province; ... or

(i) required by law.

PIPEDA: Schedule 1—Principles Set Out in the National Standard of Canada Entitled Model Code for the Protection of Personal Information, CAN/CSA-Q830-96

4.3 ...

The knowledge and consent of the individual are required for the collection, use, or disclosure of personal information, except where inappropriate

...

4.3.1

Consent is required for the collection of personal information and the subsequent use or disclosure of this information. Typically, an organization will seek consent for the use or disclosure of the information at the time of collection ...

...

4.3.5

In obtaining consent, the reasonable expectations of the individual are also relevant. ...

...

4.5 ...

Personal information shall not be used or disclosed for purposes other than those for which it was collected, except with the consent of the individual or as required by law. ...

en danger la vie, la santé ou la sécurité de toute personne et, dans le cas où la personne visée par le renseignement est vivante, l'organisation en informe par écrit et sans délai cette dernière;

[...]

h.2) elle est faite par un organisme d'enquête et est raisonnable à des fins liées à une enquête sur la violation d'un accord ou la contravention du droit fédéral ou provincial;

i) elle est exigée par la loi.

LPRPDE: Annexe 1—Principes énoncés dans la Norme nationale du Canada intitulée Code type sur la protection des renseignements personnels, CAN/CSA-Q830-96

4.3 [...]

Toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire.

[...]

4.3.1

Il faut obtenir le consentement de la personne concernée avant de recueillir des renseignements personnels à son sujet et d'utiliser ou de communiquer les renseignements recueillis. Généralement, une organisation obtient le consentement des personnes concernées relativement à l'utilisation et à la communication des renseignements personnels au moment de la collecte. [...]

[...]

4.3.5

Dans l'obtention du consentement, les attentes raisonnables de la personne sont aussi pertinentes. [...]

[...]

4.5 [...]

Les renseignements personnels ne doivent pas être utilisés ou communiqués à des fins autres que celles auxquelles ils ont été recueillis à moins que la personne concernée n'y consente ou que la loi ne l'exige. [...]

27. . . .

(2) It is an infringement of copyright for any person to

(a) sell or rent out,

(b) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

(c) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,

(d) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c),

. . .

34. (1) Where copyright has been infringed, the owner of the copyright is, subject to this Act, entitled to all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

. . .

37. The Federal Court has concurrent jurisdiction with provincial courts to hear and determine all proceedings, other than the prosecution of offences under section 42 and 43, for the enforcement of a provision of this Act or of the civil remedies provided by this Act.

. . .

80. (1) Subject to subsection (2), the act of reproducing all or any substantial part of

(a) a musical work embodied in a sound recording,

(b) a performer's performance of a musical work embodied in a sound recording, or

(c) a sound recording in which a musical work, or a performer's performance of a musical work, is embodied

onto an audio recording medium for the private use of the person who makes the copy does not constitute an infringement of the copyright in the musical work, the performer's performance or the sound recording.

(2) Subsection (1) does not apply if the act described in that subsection is done for the purpose of doing any of the following in relation to any of the things referred to in paragraphs (1)(a) to (c):

(a) selling or renting out, or by way of trade exposing or offering for sale or rental;

27. [. . .]

(2) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de [. . .]

a) la vente ou la location;

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;

d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c);

[. . .]

34. (1) En cas de violation d'un droit d'auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours—en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise—que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit.

[. . .]

37. La Cour fédérale, concurremment avec les tribunaux provinciaux, connaît de toute procédure liée à l'application de la présente loi, à l'exclusion des poursuites visées aux articles 42 et 43. 37.

[. . .]

80. (1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement sonore que l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la reproduction de l'intégralité ou de toute partie importante d'un enregistrement sonore, ou de l'œuvre musicale ou de la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour les usages suivants:

a) vente ou location, ou exposition commerciale;

- (b) distributing, whether or not for the purpose of trade;
- (c) communicating to the public by telecommunication; or
- (d) performing, or causing to be performed, in public.

- b) distribution dans un but commercial ou non;
- c) communication au public par télécommunication;
- d) exécution ou représentation en public.

A-170-03
2004 FCA 16

A-170-03
2004 CAF 16

Bertha L'Hirondelle, suing on her own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band (Plaintiffs) (Appellants)

Bertha L'Hirondelle, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Bande de Sawridge (demandeurs) (appelants)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant) (Respondent)

Sa Majesté la Reine (défenderesse) (intimée)

and

et

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta), Native Women's Association of Canada and Non-Status Indian Association of Alberta (Intervenors) (Respondents)

Conseil national des autochtones du Canada, Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), Association des femmes autochtones du Canada et Non-Status Indian Association of Alberta (intervenants) (intimés)

INDEXED AS: SAWRIDGE BAND v. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: BANDE DE SAWRIDGE c. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Noël and Malone JJ.A.—Calgary, December 15 and 16, 2003; Ottawa, January 19, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Noël et Malone, J.C.A.—Calgary, 15 et 16 décembre 2003; Ottawa, 19 janvier 2004.

Native Peoples — Registration — Appellants opposing requirement to enter on Sawridge Band List names of 11 individuals, to accord them rights, privileges attaching to Band membership—Bill C-31 granting certain persons whose names omitted, deleted from Indian Register prior to April 17, 1985 entitlement to status under Indian Act — Indian Act, s. 10(4), (5) must be interpreted in accordance with modern approach — Act, s. 11(1)(c) granting appellants automatic entitlement to membership in Sawridge Band — Requiring such acquired rights individuals to comply with Sawridge Band membership code in contravention of Act.

Peuples autochtones — Inscription — Les appelants ont refusé d'obéir à une ordonnance d'inscrire sur la liste de la Bande de Sawridge les noms de 11 personnes et de leur accorder tous les droits et privilèges liés à la qualité de membre d'une bande — Le projet de loi C-31 conférerait à certaines personnes dont les noms avaient été omis ou retranchés du registre des Indiens avant le 17 avril 1985 un droit au statut en vertu de la Loi sur les Indiens — L'art. 10(4), (5) doit être interprété conformément à l'approche moderne — L'art. 11(1)c) de la Loi accorde aux appelants le droit automatique d'appartenir à la Bande de Sawridge — Exiger des personnes qui ont des droits acquis qu'elles respectent le code d'appartenance à la Bande de Sawridge viole la Loi.

Administrative Law — Judicial Review — Injunctions — Trial Judge granting mandatory interlocutory injunction sought by Crown, requiring appellants to register names of 11 individuals on Sawridge Band List — Making determination of law as condition precedent to granting of interlocutory injunction — Such determination appropriate — Where substantive question of law at issue, applicable standard of review correctness — Three-part test for granting interlocutory injunction met — First part, serious issue to be tried, applies to interlocutory injunction applications whether mandatory or prohibitory.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Injonctions — Un juge de la Section de première instance a rendu une ordonnance de faire sollicitée par la Couronne en enjoignant aux appelants d'inscrire les noms de 11 personnes sur la liste de la Bande de Sawridge — Il a rendu une décision sur un point de droit comme un préalable à une injonction interlocutoire — Il était justifié de rendre une telle décision — Lorsqu'une question de droit fondamentale est en cause, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte — Les exigences du critère à trois volets pour l'obtention d'une injonction interlocutoire ont été satisfaites — Le premier volet, une question sérieuse à trancher, s'applique à une

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Appellants submitting provisions of Bill C-31 conferring entitlement to Band membership inconsistent with Constitution Act, 1982, s. 35, therefore of no force, effect — Legislation must be complied with until found to be unconstitutional — Clear public interest in seeing legislation obeyed until application stayed by Court order, legislation set aside on final judgment.

Construction of Statutes — Interpretation of Indian Act, s. 10(4), (5) — All legislation must be read in context — Trial Judge correctly interpreted s. 10(4), (5) in accordance with modern approach — Act creating automatic entitlement to membership unless acquired rights individuals subsequently lose entitlement.

Practice — Parties — Standing — Whether Crown lacked standing, has not met test for seeking interlocutory injunctive relief — Crown having standing to seek injunctions to ensure public bodies, such as Indian band council, follow law.

This was an appeal from a Trial Judge's order granting a mandatory interlocutory injunction sought by the Crown, requiring the appellants to register the names of 11 individuals on the Sawridge Band List and to accord them all the rights and privileges attaching to Band membership. In an action commenced on January 15, 1986, the appellants sought a declaration that the provisions of Bill C-31 (*An Act to amend the Indian Act*) that confer an entitlement to Band membership are inconsistent with section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and are therefore of no force and effect. Bill C-31 granted certain persons whose names were omitted or deleted from the Indian Register by the Minister of Indian and Northern Affairs prior to April 17, 1985, entitlement to status under the *Indian Act*. By notice of motion, the Crown applied for an interlocutory mandatory injunction requiring the Sawridge Band to comply with the provisions of the Act unless and until they are determined to be unconstitutional. By order dated March 27, 2003, Hugessen J. granted the requested injunction. In appealing the order of Hugessen J., the appellants raised two issues: (1) whether the Band's membership application process complied with the requirements of the Act, and (2) whether the Crown had standing and had met the test for granting interlocutory injunctive relief.

requête en injonction interlocutoire, qu'elle soit prohibitive ou une ordonnance de faire.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Les appelants ont prétendu que les dispositions du projet de loi C-31 qui confèrent le droit à la qualité de membre d'une bande ne sont pas conformes à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et sont, en conséquence, inopérantes — Une loi doit être respectée tant qu'elle n'est pas déclarée inconstitutionnelle — Il existe un intérêt public certain quant au respect d'une Loi tant que son application n'est pas suspendue par l'ordonnance d'un tribunal compétent ou que la loi en cause n'est pas annulée par un jugement définitif.

Interprétation des lois — Interprétation de l'art. 10(4), (5) de la Loi sur les Indiens — Tous les textes législatifs doivent être interprétés dans leur contexte — Le juge de la Section de première instance a correctement interprété l'art. 10(4), (5) conformément à l'approche moderne — La Loi crée un droit automatique à l'appartenance à la bande à moins que les personnes ayant un droit acquis ne perdent ce droit par la suite.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — La Couronne avait-elle qualité pour agir et répondre aux exigences du critère pour l'obtention d'une injonction interlocutoire? — La Couronne avait qualité pour solliciter des injonctions pour forcer des organismes publics, comme un conseil de bande, à respecter la loi.

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance interlocutoire de faire sollicitée par la Couronne, un juge de la Section de première instance par laquelle enjoignait aux appelants d'inscrire ou de consigner dans la liste de la Bande de Sawridge les noms de 11 personnes et de leur accorder tous les droits et privilèges liés à la qualité de membre d'une bande. Par une action introduite le 15 janvier 1986, les appelants sollicitaient un jugement déclarant que les dispositions du projet de loi C-31 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*) qui confèrent le droit à la qualité de membre d'une bande ne sont pas conformes à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et sont, en conséquence, inopérantes. Le projet de loi C-31 conférerait à certaines personnes dont les noms avaient été omis ou retranchés du registre des Indiens par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien avant le 17 avril 1985 un droit au statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Par un avis de requête, la Couronne a sollicité une ordonnance interlocutoire de faire pour exiger de la Bande qu'elle respecte les dispositions de la Loi tant qu'elles ne sont pas déclarées inconstitutionnelles. Par une ordonnance en date du 27 mars 2003, le juge Hugessen a accordé l'injonction sollicitée. En interjetant appel de l'ordonnance du juge Hugessen, les appelants ont soulevé deux questions: 1) la

Held, the appeal should be dismissed.

(1) The Crown's notice of motion for a mandatory interlocutory injunction was based on the appellants' refusal to comply with the legislation pending determination of whether the legislation was constitutional. It was agreed that the interpretation of the legislation and whether or not the appellants were in compliance with it was relevant to this litigation. Courts do not normally make determinations of law as a condition precedent to the granting of an interlocutory injunction, but that is what occurred here. It was appropriate for Hugessen J. to have made a preliminary determination of law that was final and conclusive for purposes of the action, subject to being varied on appeal.

Where a substantive question of law is at issue, even if it is decided by a case management judge, the applicable standard of review will be correctness. Hugessen J. was not satisfied that subsections 10(4) and (5) of the *Indian Act* are as clear and unambiguous as the appellants suggested. He correctly interpreted these provisions in accordance with the modern approach to statutory construction which states that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. The term "acquired rights" which appears as a marginal note beside subsection 10(4) is a convenient "shorthand" to identify those individuals who, by reason of paragraph 11(1)(c) of the Act, became entitled to automatic membership in the Indian Band with which they were connected. The instant paragraph 11(1)(c) came into force, i.e. April 17, 1985, these individuals were entitled to have their names entered on the membership list of their Band. The words "by reason only of" in subsection 10(4) could allow a band to create restrictions on continued membership for situations that arose or actions taken after the membership code came into effect. However, the code cannot operate to deny membership to those individuals who come within paragraph 11(1)(c). There is no automatic membership in a band, but there is an automatic entitlement to membership. The words "commencing on April 17, 1985" only indicate that subsection 11(1) was not retroactive to before April 17, 1985. As of that date, the individuals in question acquired an automatic entitlement to membership in the Sawridge Band. For these persons entitled to membership, a simple request to be included in the Band's membership list is all that is required. The fact that the individuals in question did not complete a Sawridge Band membership application is irrelevant. Requiring acquired rights individuals to comply with the

procédure de demande d'appartenance à la bande était-elle conforme à la Loi? 2) la Couronne avait-elle qualité pour agir et avait-t-elle répondu aux exigences du critère pour l'obtention d'une injonction interlocutoire?

Arrêt: l'appel est rejeté.

1) L'avis de requête de la Couronne visant à obtenir une ordonnance interlocutoire de faire était fondé sur le refus des appelants de respecter la Loi avant la décision sur sa constitutionnalité. Il a été convenu que l'interprétation de la Loi et la question de savoir si les appelants la respectaient ou non étaient pertinentes en l'espèce. En principe, les tribunaux ne font pas des décisions sur un point de droit un préalable à une injonction interlocutoire. Cependant, c'était le cas en l'espèce. Le juge Hugessen avait le pouvoir de le faire, et il a effectivement rendu une décision préliminaire sur un point de droit qui était définitive aux fins de l'action, sous réserve de toute modification résultant d'un appel.

Lorsqu'une question de droit fondamentale est en cause, même si elle est tranchée par un juge responsable de la gestion de l'instance, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte. Le juge Hugessen n'était pas convaincu que les paragraphes 10(4) et (5) de la *Loi sur les Indiens* sont aussi clairs et sans ambiguïté que les appelants le prétendent. C'est à bon droit que le juge Hugessen a interprété ces dispositions conformément à l'approche moderne de l'interprétation des lois selon laquelle il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. Le terme «droits acquis» qui apparaît comme une note marginale du paragraphe 10(4) est un «raccourci» commode pour identifier les personnes qui, en vertu de l'alinéa 11(1)c), ont droit à une appartenance automatique à la bande indienne à laquelle elles étaient liées. Dès que l'alinéa 11(1)c) est entré en vigueur, c'est-à-dire le 17 avril 1985, ces personnes avaient le droit d'avoir leurs noms inscrits sur la liste de leur bande. Les termes «en raison uniquement» employés au paragraphe 10(4) pourraient permettre à une bande de créer des restrictions au maintien de la qualité de membre dans des situations apparues ou des actions accomplies après l'entrée en vigueur du code d'appartenance. Cependant, le code ne peut pas avoir pour effet de refuser la qualité de membre à des personnes auxquelles s'applique l'alinéa 11(1)c). Il n'existe aucune appartenance automatique à une bande, mais il existe un droit automatique à l'appartenance. Les termes «à compter du 17 avril 1985» montrent seulement que le paragraphe 11(1) n'était pas rétroactif au-delà du 17 avril 1985. À compter de cette date, les personnes en cause dans le présent appel ont acquis un droit automatique d'appartenance à la Bande de Sawridge. Pour ces personnes qui ont un droit d'appartenance, une simple demande d'inscription sur la liste de la Bande suffit. Le

Sawridge Band membership code, in which preconditions had been created to membership, was in contravention of the Act.

(2) The Crown was seeking an injunction, not only on behalf of the individuals denied the benefits of a validly enacted legislation, but on behalf of the public interest in having the laws of Canada obeyed. It has traditionally had standing to seek injunctions to ensure that public bodies, such as an Indian band council, follow the law. Having regard to the Crown's standing at common law, statutory authority is unnecessary. Hugessen J. correctly found that the Crown had standing to seek the injunction. Moreover, the Crown was seeking essentially the same relief on the injunction application as in the main action. Further, section 44 of the *Federal Courts Act* confers a very broad jurisdiction on the Federal Court, even to granting an injunction where it is not being asked to grant final relief. That being so, the Court surely has jurisdiction to grant an injunction where it will itself make a final determination on an interconnected issue. The requested injunction was therefore sufficiently connected to the final relief claimed by the Crown.

The test for granting an interlocutory injunction, as adopted by the Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*; and *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, is threefold. First, there must be a serious question to be tried. Such test should be applied to an interlocutory injunction application, whether it is prohibitory or mandatory. The Crown's argument that Bill C-31 is constitutional was neither frivolous nor vexatious. There was, therefore, a serious question to be tried. Second, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Ordinarily the public interest would only be considered in the third branch of the test, but since the government was the applicant in this motion for interlocutory relief, the public interest had to be considered in the second stage as well. Allowing the appellants to ignore the requirements of the Act would irreparably harm the public interest in seeing that the law is obeyed. Until a law is struck down as unconstitutional or an interim constitutional exemption is granted by a court of competent jurisdiction, citizens and organizations must obey it. Further the individuals who have been denied Band membership are aging and may never benefit from amendments adopted to redress their discriminatory exclusion. The public interest in preventing discrimination by public bodies will be irreparably harmed if the requested injunction is denied and the appellants are able to continue to ignore their obligations under Bill C-31,

fait que les personnes en cause n'aient pas présenté une demande formelle d'appartenance à la Bande de Sawridge est sans pertinence. Exiger des personnes qui ont des droits acquis qu'elles respectent le code d'appartenance à la Bande de Sawridge, dans lequel des conditions préalables d'appartenance avaient été fixées, violait la Loi.

2) La Couronne sollicitait une injonction, non seulement au nom des personnes à qui les avantages que confère la Loi sont refusés mais aussi dans l'intérêt du public au respect des lois du Canada. Elle a toujours eu qualité pour solliciter des injonctions pour forcer des organismes publics, comme un conseil de bande, à respecter la loi. En ce qui concerne la qualité pour agir de la Couronne en common law, une disposition législative n'est pas nécessaire. Le juge Hugessen était justifié de conclure que la Couronne avait qualité pour solliciter l'injonction. En outre, la Couronne recherchait fondamentalement la même réparation aussi bien dans la requête en injonction que dans l'action principale. Par ailleurs, l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale la compétence voulue pour accorder une injonction dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire. Cela étant, la Cour a certainement compétence pour accorder une injonction dans les cas où elle rendra elle-même un jugement définitif sur une question connexe. L'injonction sollicitée était en conséquence suffisamment liée à la réparation finale demandée par la Couronne.

Le critère permettant d'accorder une injonction interlocutoire, adopté par la Cour suprême du Canada dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*; et *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, comporte trois volets. Premièrement, il doit y avoir une question sérieuse à juger. Ce critère devrait s'appliquer à une requête en injonction interlocutoire, qu'elle soit prohibitive ou une ordonnance de faire. L'argument de la Couronne que le projet de loi C-31 est valide n'était ni futile ni vexatoire. Il existait en conséquence une question sérieuse à trancher. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. En principe, l'intérêt public n'est pris en considération que pour le troisième volet du critère mais, lorsque comme en l'espèce, le gouvernement est demandeur dans une requête en injonction interlocutoire, l'intérêt public doit également être pris en considération à la deuxième étape. Autoriser les appelants à ne pas tenir compte des exigences de la Loi causerait un préjudice irréparable à l'intérêt public quant au respect de la Loi. Tant qu'une loi n'est pas jugée inconstitutionnelle et annulée ou que son application n'est pas suspendue par un tribunal compétent, les citoyens et les organisations doivent la respecter. Par ailleurs, les personnes à qui le droit d'appartenance à la Bande des appelants a été refusé sont des personnes âgées et pourraient ne jamais bénéficier des avantages que confèrent les modifications adoptées pour réparer leur exclusion

pending a determination of its constitutionality. The appellants argued that there could not be irreparable harm because the Crown would not have waited 16 years after the commencement of the action to seek an injunction. The question of whether delay in bringing an injunction application is fatal is a matter of discretion for the motions judge. There was no suggestion that Hugessen J. did not act judicially in the exercise of his discretion. The third branch of the test is the balance of convenience. In the *Metropolitan Stores* case, it was held that interlocutory injunctions should not be granted in public law cases, "unless, in the balance of convenience, the public interest is taken into consideration and given the weight it should carry". In this case, the public interest in seeing that laws are obeyed and that prior discrimination is remedied weighs in favour of granting the injunction requested by the Crown. There is a clear public interest in seeing that legislation is obeyed until its application is stayed by court order or the legislation is set aside on final judgment. On the other hand, the Sawridge Band will suffer little or no damage by admitting nine elderly ladies and one gentleman to membership. Therefore, the balance of convenience favoured granting the injunction.

discriminatoire. L'intérêt public pour ce qui est de prévenir la discrimination de la part des organismes publics subira un préjudice irréparable si l'injonction demandée est refusée et si les appelants peuvent continuer à ne pas respecter les obligations qu'ils ont en vertu du projet de loi C-31 tant que la décision sur sa constitutionnalité n'est pas rendue. Les appelants ont soutenu qu'il ne peut pas y avoir de préjudice irréparable parce que, s'il y en avait un, la Couronne n'aurait pas attendu 16 ans après l'introduction de l'action pour solliciter une injonction. La question de savoir si le fait de tarder à introduire une requête en injonction est fatal est une question qui relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes. Il n'y a aucune indication que le juge Hugessen n'a pas agi judicieusement en exerçant son pouvoir discrétionnaire. Le troisième volet du critère est la balance des inconvénients. Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, on a conclu que les injonctions interlocutoires ne devraient pas être rendues dans les affaires de droit public, «à moins que l'intérêt public ne soit pris en considération et ne reçoive l'importance qu'il mérite dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients». En l'espèce, l'intérêt public quant au respect de la Loi et à la réparation de la discrimination antérieure favorise l'octroi de l'injonction interlocutoire sollicitée par la Couronne. Il existe un intérêt public certain quant au respect de la loi tant que son application n'est pas suspendue par l'ordonnance d'un tribunal compétent ou que la loi en cause n'est pas annulée par un jugement définitif. Sur un autre plan, la Bande de Sawridge subira peu de préjudice ou même n'en subira aucun en acceptant comme membres neuf femmes âgées et un homme. Par conséquent, la balance des inconvénients favorise l'octroi de l'injonction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Indian Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 44 (as am. *idem*, s. 41).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 220, 369.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 6 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 10(4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*), 11(1)(c) (as am. *idem*), 12.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 14.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 14.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 44 (mod., *idem*, art. 41).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 6 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 10(4) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*), 11(1)c) (mod., *idem*), 12.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 220, 369.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241.

CONSIDERED:

Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 50 C.R.R. (2d) 189; 224 N.R. 241; *Relais Nordik Inc. v. Secunda Marine Services Ltd.* (1988), 24 F.T.R. 256 (F.C.T.D.); *Ansa International Rent-a-Car (Canada) Ltd. v. American International Rent-a-Car Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 340; 36 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Patriquen v. Canada (Correctional Services)* (2003), 238 F.T.R. 153 (F.C.).

REFERRED TO:

Sawridge Band v. Canada, [2002] 2 F.C. 346; (2001), 213 F.T.R. 57; 283 N.R. 107 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Ontario (Attorney General) v. Ontario Teachers' Federation* (1997), 36 O.R. (3d) 367; 44 O.T.C. 274 (Gen. Div.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Breen v. Farlow*, [1995] O.J. No. 2971 (Gen. Div.) (QL); 493680 *Ontario Ltd. v. Morgan*, [1996] O.J. No. 4776 (Gen. Div.) (QL); *Samoila v. Prudential of America General Insurance Co. (Canada)*, [1999] O.J. No. 2317 (Sup. Ct.) (QL); *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659; 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C.); *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 F.C. 451; (2002), 22 C.P.R. (4th) 177; 297 N.R. 135 (C.A.).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, looseleaf ed., Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1998.

APPEAL from a Trial Division decision (*Sawridge Band v. Canada*, [2003] 4 F.C. 748; [2003] 3 C.N.L.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 50 C.R.R. (2d) 189; 224 N.R. 241; *Relais Nordik Inc. c. Secunda Marine Services Ltd.* (1988), 24 F.T.R. 256 (C.F. 1^{re} inst.); *Ansa International Rent-a-Car (Canada) Ltd. c. American International Rent-a-Car Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 340; 36 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Patriquen c. Canada (Services correctionnels)* (2003), 238 F.T.R. 153 (C.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bande de Sawridge c. Canada, [2002] 2 C.F. 346; (2001), 213 F.T.R. 57; 283 N.R. 107 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Ontario (Attorney General) v. Ontario Teachers' Federation* (1997), 36 O.R. (3d) 367; 44 O.T.C. 274 (Div. gén.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Breen v. Farlow*, [1995] O.J. n° 2971 (Div. gén.) (QL); 493680 *Ontario Ltd. v. Morgan*, [1996] O.J. n° 4776 (Div. gén.) (QL); *Samoila v. Prudential of America General Insurance Co. (Canada)*, [1999] O.J. n° 2317 (C.S.) (QL); *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659; 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C.); *Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 C.F. 451; (2002), 22 C.P.R. (4th) 177; 297 N.R. 135 (C.A.).

DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, looseleaf ed., Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1998.

APPEL d'une décision rendue par la Section de première instance (*Bande de Sawridge c. Canada*,

344; (2003), 232 F.T.R. 54) granting a mandatory interlocutory injunction sought by the Crown, requiring the appellants to enter on the Sawridge Band List the names of 11 individuals and to accord them all the rights and privileges attaching to Band membership. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Martin J. Henderson and *Catherine M. Twinn* for plaintiffs (appellants).
E. James Kindrake and *Kathleen Kohlman* for defendant (respondent).
Kenneth S. Purchase for intervener Native Council of Canada.
P. Jonathan Faulds, Q.C. for intervener Native Council of Canada (Alberta).
Mary Eberts for intervener Native Women's Association of Canada.
Michael J. Donaldson for intervener Non-Status Indian Association of Alberta.

SOLICITORS OF RECORD:

Aird & Berlis LLP, Toronto and *Twinn Barristers and Solicitors*, Slave Lake, Alberta, for plaintiffs (appellants).
Deputy Attorney General of Canada for defendant (respondent).
Lang Michener LLP, Ottawa, for intervener Native Council of Canada.
Field LLP, Edmonton, for intervener Native Council of Canada (Alberta).
Eberts Symes Street Pinto & Jull, Toronto, for intervener Native Women's Association of Canada.
Burnet, Duckworth & Palmer LLP, Calgary, for intervener Non-Status Indian Association of Alberta.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: By order dated March 27, 2003 [[2003] 4 F.C. 748], Hugessen J. of the Trial Division (as it then was) granted a mandatory interlocutory

[2003] 4 C.F. 748; [2003] 3 C.N.L.R. 344; (2003), 232 F.T.R. 54) accordant une ordonnance interlocutoire de faire sollicitée par la Couronne, ordonnant aux appelants d'inscrire sur la liste de la Bande de Sawridge les noms de 11 personnes et de leur accorder tous les droits et privilèges liés à la qualité de membre d'une bande. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Martin J. Henderson et *Catherine M. Twinn* pour les demandeurs (appelants).
E. James Kindrake et *Kathleen Kohlman* pour la défenderesse (intimée).
Kenneth S. Purchase pour le Conseil national des autochtones du Canada, l'intervenant.
P. Jonathan Faulds, c.r. pour le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), l'intervenant.
Mary Eberts pour l'Association des femmes autochtones du Canada, l'intervenante.
Michael J. Donaldson pour la Non-Status Indian Association of Alberta, l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Aird & Berlis LLP, Toronto et *Twinn Barristers and Solicitors*, Slave Lake (Alberta), pour les demandeurs (appelants).
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse (intimée).
Lang Michener LLP, Ottawa, pour le Conseil national des autochtones du Canada, l'intervenant.
Field LLP, Edmonton, pour le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), l'intervenant.
Eberts Symes Street Pinto & Jull, Toronto, pour l'Association des femmes autochtones du Canada, l'intervenante.
Burnet, Duckworth & Palmer LLP, Calgary, pour la Non-Status Indian Association of Alberta, l'intervenante.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: En date du 27 mars 2003 [[2003] 4 C.F. 748], le juge Hugessen de la Section de première instance (maintenant Cour fédérale) a

injunction sought by the Crown, requiring the appellants to enter or register on the Sawridge Band List the names of 11 individuals who, he found, had acquired the right to be members of the Sawridge Band before it took control of its Band List on July 8, 1985, and to accord the 11 individuals all the rights and privileges attaching to Band membership. The appellants now appeal that order.

HISTORY

[2] The background to this appeal may be briefly stated. *An Act to amend the Indian Act*, R.S.C., 1985, (1st Supp.), c. 32 (Bill C-31), was given Royal Assent on June 28, 1985. However, the relevant provisions of Bill C-31 were made retroactive to April 17, 1985, the date on which section 15, the equality guarantee, 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]] (the Charter) came into force.

[3] Among other things, Bill C-31 granted certain persons an entitlement to status under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (the Act), and, arguably, entitlement to membership in an Indian Band. These persons included those whose names were omitted or deleted from the Indian Register by the Minister of Indian and Northern Affairs prior to April 17, 1985, in accordance with certain provisions of the Act as they read prior to that date. The disqualified persons included an Indian woman who married a man who was not registered as an Indian as well as certain other persons disqualified by provisions that Parliament considered to be discriminatory on account of gender. The former provisions read [section 12]:

12. (1) The following persons are not entitled to be registered, namely,

(a) a person who

...

prononcé une ordonnance interlocutoire de faire sollicitée par la Couronne, enjoignant aux appelants d'inscrire ou de consigner dans la liste de la Bande de Sawridge les noms de 11 personnes qui, a-t-il conclu, avaient acquis le droit d'être membres de la Bande de Sawridge avant que la Bande n'assume la responsabilité de la tenue de sa liste de Bande le 8 juillet 1985, et d'accorder aux 11 personnes en question tous les droits et tous les privilèges liés à la qualité de membre d'une bande. Les appelants interjettent maintenant appel de l'ordonnance en question.

LE CONTEXTE

[2] Le contexte du présent appel se résume comme suit. La *Loi modifiant la Loi sur les indiens*, L.R.C. (1985), (1^{er} suppl.), ch. 32 (projet de loi C-31), a été promulguée le 28 juin 1985. Cependant, les dispositions pertinentes du projet de loi C-31 étaient rétroactives au 17 avril 1985, date à laquelle l'article 15 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]] (la Charte), relatif aux droits à l'égalité, est entré en vigueur.

[3] Entre autres, le projet de loi C-31 conférait à certaines personnes un droit au statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi) et, pourrait-on dire, un droit à la qualité de membre d'une bande indienne. Les personnes en question comprenaient celles dont les noms avaient été omis ou retranchés du registre des Indiens par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien avant le 17 avril 1985 conformément à certaines dispositions de la Loi telles qu'elles étaient rédigées avant cette date. Parmi les personnes exclues figuraient une Indienne qui avait épousé un homme non inscrit comme Indien ainsi que les autres personnes exclues par des dispositions que le Parlement a considérées comme étant une discrimination fondée sur le sexe. Les anciennes dispositions étaient rédigées comme suit [article 12]:

12. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites:

a) une personne qui, selon le cas:

[...]

(iii) is enfranchised, or

(iv) is born of a marriage entered into after September 4, 1951 and has attained the age of twenty-one years, whose mother and whose father's mother are not persons described in paragraph 11(1)(a), (b) or (d) or entitled to be registered by virtue of paragraph 11(1)(e),

unless, being a woman, that person is the wife or widow of a person described in section 11; and

(b) a woman who married a person who is not an Indian, unless that woman is subsequently the wife or widow of a person described in section 11.

(2) The addition to a Band List of the name of an illegitimate child described in paragraph 11(1)(e) may be protested at any time within twelve months after the addition, and if on the protest it is decided that the father of the child was not an Indian, the child is not entitled to be registered under that paragraph.

[4] Bill C-31 repealed these disqualifications and enacted the following provisions to allow those who had been stripped of their status to regain it [sections 6 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 11 (as am. *idem*)]:

6. (1) Subject to section 7, a person is entitled to be registered if

...

(c) the name of that person was omitted or deleted from the Indian Register, or from a band list prior to September 4, 1951, under subparagraph 12(1)(a)(iv), paragraph 12(1)(b) or subsection 12(2) or under subparagraph 12(1)(a)(iii) pursuant to an order made under subsection 109(2), as each provision read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as any of those provisions;

...

11. (1) Commencing on April 17, 1985, a person is entitled to have his name entered in a Band List maintained in the Department for a band if

...

(c) that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) and ceased to be a member of that band by reason of the circumstances set out in that paragraph;

(iii) est émancipée,

(iv) est née d'un mariage célébré après le 4 septembre 1951 et a atteint l'âge de vingt et un ans, dont la mère et la grand-mère paternelle ne sont pas des personnes décrites à l'alinéa 11(1)a, b) ou d) ou admises à être inscrites en vertu de l'alinéa 11(1)e),

sauf si, étant une femme, cette personne est l'épouse ou la veuve de quelqu'un décrit à l'article 11;

b) une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquentement l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11.

(2) L'addition, à une liste de bande, du nom d'un enfant illégitime décrit à l'alinéa 11(1)e) peut faire l'objet d'une protestation dans les douze mois de l'addition; si, à la suite de la protestation, il est décidé que le père de l'enfant n'était pas un Indien, l'enfant n'a pas le droit d'être inscrit selon cet alinéa.

[4] Le projet de loi C-31 a abrogé les exclusions en cause et édicté les dispositions suivantes pour permettre aux personnes privées de leur statut de le recouvrer [articles 6 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 11 (mod., *idem*)]:

6. (1) Sous réserve de l'article 7, une personne a le droit d'être inscrite si elle remplit une des conditions suivantes:

[. . .]

c) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande, en vertu du sous-alinéa 12(1)a)(iv), de l'alinéa 12(1)b) ou du paragraphe 12(2) ou en vertu du sous-alinéa 12(1)a)(iii) conformément à une ordonnance prise en vertu du paragraphe 109(2), dans leur version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui d'une de ces dispositions;

[. . .]

11. (1) À compter du 17 avril 1985, une personne a droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande tenue pour cette dernière au ministère si elle remplit une des conditions suivantes:

[. . .]

c) elle a le droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)c) et a cessé d'être un membre de cette bande en raison des circonstances prévues à cet alinéa;

[5] By an action originally commenced on January 15, 1986, the appellants claim a declaration that the provisions of Bill C-31 that confer an entitlement to Band membership are inconsistent with section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and are, therefore, of no force and effect. The appellants say that an Indian Band's right to control its own membership is a constitutionally protected Aboriginal and treaty right and that legislation requiring a Band to admit persons to membership is therefore unconstitutional.

[6] This litigation is now in its 18th year. By notice of motion dated November 1, 2002, the Crown applied for:

. . . an interlocutory mandatory injunction, pending a final resolution of the Plaintiffs' action, requiring the Plaintiffs to enter or register on the Sawridge Band List the names of the individuals who acquired the right to be members of the Sawridge Band before it took control of its Band list, with the full rights and privileges enjoyed by all band members.

[7] The basis of the Crown's application was that until legislation is found to be unconstitutional, it must be complied with. The mandatory injunction application was brought to require the Band to comply with the provisions of the Act unless and until they are determined to be unconstitutional. By order dated March 27, 2003, Hugessen J. granted the requested injunction.

[8] This Court was advised that, in order for the Band to comply with the order of Hugessen J., the 11 individuals in question were entered on the Sawridge Band List. Nonetheless, the appellants submit that Hugessen J.'s order was made in error and should be quashed.

ISSUES

[9] In appealing the order of Hugessen J., the appellants raise the following issues:

[5] Par une action introduite le 15 janvier 1986, les appelants sollicitent un jugement déclaratoire selon lequel les dispositions du projet de loi C-31 qui confèrent le droit à la qualité de membre d'une bande ne sont pas conformes à l'article 35 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 sont, en conséquence, inopérantes. Les appelants affirment que le droit d'une bande indienne de décider des personnes admises à être membres est un droit autochtone garanti par la Constitution et les traités et que la loi qui impose à une bande de conférer la qualité de membres à certaines personnes est par conséquent inconstitutionnelle.

[6] Le litige est actuellement dans sa 18^e année. Par un avis de requête en date du 1^{er} novembre 2002, la Couronne a sollicité:

[TRADUCTION] [. . .] une ordonnance interlocutoire de faire, en attendant l'issue de l'action introduite par les demandeurs, injonction interlocutoire qui ordonnerait aux demandeurs d'inscrire ou de consigner dans la liste de la Bande de Sawridge, les noms des personnes qui ont acquis le droit d'en être membres avant que celle-ci n'assume la responsabilité de la tenue de sa liste de Bande, avec les droits et privilèges dont jouissent tous les membres de la Bande.

[7] Le fondement de la requête introduite par la Couronne était qu'une loi doit être respectée tant qu'elle n'est pas déclarée inconstitutionnelle. La requête en injonction interlocutoire a été introduite pour exiger de la Bande qu'elle respecte les dispositions de la Loi tant qu'elles ne sont pas déclarées inconstitutionnelles. Par une ordonnance en date du 27 mars 2003, le juge Hugessen a accordé l'injonction sollicitée.

[8] La Cour a été informée que, pour se conformer à l'ordonnance du juge Hugessen, la Bande de Sawridge a consigné les noms des 11 personnes en question dans sa liste de Bande. Les appelants prétendent néanmoins que l'ordonnance du juge Hugessen est erronée et qu'elle devrait être annulée.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] En interjetant appel de l'ordonnance du juge Hugessen, les appelants soulèvent les questions suivantes:

1. Does the Band's membership application process comply with the requirements of the Act?

2. Even if the Band has not complied with the Act, did Hugessen J. err in granting a mandatory interlocutory injunction because the Crown lacks standing and has not met the test for granting interlocutory injunctive relief?

APPELLANTS' SUBMISSIONS

[10] The appellants say that the Band's membership code has been in effect since July 8, 1985 and that any person who wishes to become a member of the Band must apply for membership and satisfy the requirements of the membership code. They say that the 11 individuals in question have never applied for membership. As a result, there has been no refusal to admit them. The appellants submit that the code's requirement that all applicants for membership go through the application process is in accordance with the provisions of the Act. Because the Band is complying with the Act, there is no basis for granting a mandatory interlocutory injunction.

[11] Even if the Band has not complied with the Act, the appellants say that Hugessen J. erred in granting a mandatory interlocutory injunction because the Crown has no standing to seek such an injunction. The appellants argue that there is no *lis* between the beneficiaries of the injunction and the appellants. The Crown has no interest or, at least, no sufficient legal interest in the remedy. Further, the Crown has not brought a proceeding seeking final relief of the nature sought in the mandatory interlocutory injunction application. In the absence of such a proceeding, the Court is without jurisdiction to grant a mandatory interlocutory injunction. Further, there is no statutory authority for the Crown to seek the relief in question. The appellants also argue that the Crown has not met the three-part test for the granting of an interlocutory injunction.

1. La procédure de demande d'appartenance à la Bande était-elle conforme à la Loi?

2. Même si la Bande n'avait pas respecté la Loi, le juge Hugessen avait-il commis une erreur de droit en accordant une ordonnance interlocutoire de faire, la Couronne n'ayant pas qualité pour introduire la requête et n'ayant pas répondu au critère d'obtention d'une injonction interlocutoire?

LES ARGUMENTS DES APPELANTS

[10] Les appelants soutiennent que le code d'appartenance à la Bande est en vigueur depuis le 8 juillet 1985 et que toute personne qui veut avoir la qualité de membre doit faire une demande d'appartenance et remplir les exigences du code d'appartenance. Ils disent que les 11 personnes en question n'ont jamais fait une demande d'appartenance et qu'en conséquence on n'a pas refusé de les accepter comme membres. Les appelants prétendent que l'exigence du code que tous les demandeurs fassent une demande d'appartenance est conforme aux dispositions de la Loi. Étant donné que la Bande respecte la Loi, il n'existe aucun motif pour accorder une ordonnance interlocutoire de faire.

[11] Même si la Bande n'avait pas respecté la Loi, les appelants prétendent que le juge Hugessen a commis une erreur en accordant une ordonnance interlocutoire de faire étant donné que la Couronne n'a pas qualité pour solliciter une telle injonction. Les appelants soutiennent qu'il n'existe aucun litige entre les bénéficiaires de l'injonction et eux. La Couronne n'a aucun intérêt ou, tout au moins, aucun intérêt juridique suffisant dans la réparation. En outre, la Couronne n'a pas introduit une action en vue d'obtenir une réparation définitive du genre de celle que vise la requête en injonction interlocutoire. En l'absence d'une telle action, la Cour n'a pas compétence pour accorder une ordonnance interlocutoire de faire. Par ailleurs, il n'existe aucune disposition législative permettant à la Couronne de solliciter l'injonction en question. Les appelants soutiennent également que la Couronne n'a pas satisfait au critère à trois volets qui régit la délivrance d'une injonction interlocutoire.

ARE THE APPELLANTS COMPLYING WITH THE
INDIAN ACT?

The Appropriateness of Deciding a Legal Question in
the Course of an Interlocutory Injunction Application

[12] The question of whether the Sawridge Band membership code and application process are in compliance with the Act appears to have been first raised by the appellants in response to the Crown's injunction application. Indeed, the appellants' fresh as amended statement of claim would seem to acknowledge that, at least when it was drafted, the appellants were of the view that certain individuals could be entitled to membership in an Indian Band without the consent of the Band. Paragraph 22 of the fresh as amended statement of claim states in part:

The plaintiffs state that with the enactment of the Amendments, Parliament attempted unilaterally to require the First Nations to admit certain persons to membership. The Amendments granted individual membership rights in each of the First Nations without their consent, and indeed over their objection.

[13] There is nothing in the appellants' fresh as amended statement of claim that would suggest that an issue in the litigation was whether the appellants were complying with the Act. The entire fresh as amended statement of claim appears to focus on challenging the constitutional validity of the Bill C-31 amendments to the *Indian Act*.

[14] The Crown's notice of motion for a mandatory interlocutory injunction was based on the appellants' refusal to comply with the legislation pending determination of whether the legislation was constitutional. The Crown's assumption appears to have been that there was no dispute that, barring a finding of unconstitutionality, the legislation required the appellants to admit the 11 individuals to membership.

[15] Be that as it may, the appellants say that the interpretation of the legislation and whether or not they are in compliance with it was always in contemplation in and relevant to this litigation. It was the appellants who

LES APPELANTS RESPECTAIENT-ILS LA *LOI SUR
LES INDIENS*?

Est-il approprié de trancher une question de droit
dans le cadre d'une requête en injonction
interlocutoire?

[12] Il appert que la question de savoir si le code d'appartenance à la Bande de Sawridge et la procédure de demande d'appartenance sont conformes à la Loi a été soulevée pour la première fois par les appelants en réponse à la requête en injonction présentée par la Couronne. En effet, dans leur nouvelle déclaration modifiée, les appelants semblent reconnaître, au moins lors de la préparation de la demande en question, que certaines personnes pourraient être admises à devenir membres d'une bande indienne sans le consentement de la Bande. Le paragraphe 22 de la nouvelle déclaration modifiée affirme entre autres:

[TRADUCTION] Les demandeurs déclarent qu'avec la promulgation des modifications, le Parlement a tenté, de façon unilatérale, d'exiger des Premières Nations qu'elles admettent certaines personnes comme membres. Les modifications accordent des droits d'appartenance individuels dans chacune des Premières Nations sans le consentement de celles-ci et, d'ailleurs sans égard pour leur objection.

[13] Rien dans la nouvelle déclaration modifiée des appelants ne pourrait laisser croire qu'une des questions à trancher était de savoir si les appelants respectaient la Loi. Il appert que la nouvelle déclaration modifiée ne vise qu'à contester la constitutionnalité des modifications que le projet de loi C-31 a apportées à la *Loi sur les Indiens*.

[14] L'avis de requête de la Couronne visant à obtenir une ordonnance interlocutoire de faire était fondé sur le refus des appelants de respecter la Loi avant la décision sur sa constitutionnalité. Il appert que la Couronne présumait qu'il n'y avait aucun doute que, en l'absence d'une conclusion d'inconstitutionnalité, la Loi exigeait des appelants qu'ils admettent les 11 personnes comme membres.

[15] Quoi qu'il en soit, les appelants disent que l'interprétation de la Loi et la question de savoir s'ils la respectaient ou non ont toujours été envisagées dans le cadre du présent litige et ils soutiennent la pertinence de

raised the question of whether or not they were in compliance in response to the Crown's motion for injunction. It, therefore, had to be dealt with before the injunction application itself was addressed. The Crown and the interveners do not challenge the need to deal with the question and Hugessen J. certainly accepted that it was necessary to interpret the legislation and determine if the appellants were or were not in compliance with it.

[16] Courts do not normally make determinations of law as a condition precedent to the granting of an interlocutory injunction. However, that is what occurred here. In the unusual circumstances of this case, I think it was appropriate for Hugessen J. to have made such a determination.

[17] Although rule 220 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] was not expressly invoked, I would analogize the actions of Hugessen J. to determining a preliminary question of law. Subsections 220(1) and (3) read as follows:

220. (1) A party may bring a motion before trial to request that the Court determine

(a) a question of law that may be relevant to an action;

...

(3) A determination of a question referred to in subsection (1) is final and conclusive for the purposes of the action, subject to being varied on appeal.

[18] Although the appellants did not explicitly bring a motion under rule 220, the need to determine the proper interpretation of the Act was implicit in their reply to the respondent's motion for a mandatory interlocutory injunction. It would be illogical for the appellants to raise the issue in defence to the injunction application and the Court not be able to deal with it. There is no suggestion that the question could not be decided because of disputed facts or for any other reason. It was raised by the appellants who said it was relevant to the action. Therefore, I think that Hugessen J. was able to, and did, make a preliminary determination of law that was final and conclusive for purposes of the action,

ces questions. Ce sont les appelants qui ont soulevé la question de savoir s'ils respectaient la Loi, en réponse à la requête en injonction interlocutoire présentée par la Couronne. Il importait en conséquence que la question soit examinée avant la requête en injonction interlocutoire elle-même. La Couronne et les intervenants ne contestent pas la nécessité d'examiner la question et le juge Hugessen a certainement convenu qu'il était nécessaire d'interpréter la Loi et de décider si les appelants la respectaient.

[16] En principe, les tribunaux ne font pas des décisions sur un point de droit un préalable à une injonction interlocutoire. Cependant, c'était le cas en l'espèce. Compte tenu des circonstances exceptionnelles, je pense que le juge Hugessen était justifié de rendre une telle décision.

[17] Bien que la règle 220 [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] n'ait pas été invoquée expressément, je dirai que les actes du juge Hugessen sont analogues à une décision sur une question préliminaire de droit. Les paragraphes 220(1) et (3) des Règles sont rédigés comme suit:

220. (1) Une partie peut, par voie de requête présentée avant l'instruction, demander à la Cour de statuer sur:

a) tout point de droit qui peut être pertinent dans l'action;

[...]

(3) La décision prise au sujet d'un point visé au paragraphe (1) est définitive aux fins de l'action, sous réserve de toute modification résultant d'un appel.

[18] Bien que les appelants n'aient pas expressément introduit une requête en vertu de la règle 220, la nécessité de décider de l'interprétation appropriée de la Loi était implicite dans leur réponse à la requête de la défenderesse visant à obtenir une ordonnance interlocutoire de faire. Il serait illogique que les appelants soulèvent la question en défense contre la demande d'injonction et que la Cour ne soit pas en mesure de l'examiner. Rien ne prouve qu'il ne pouvait pas y avoir une décision sur la question à cause de faits litigieux ou pour tout autre motif. La question a été soulevée par les appelants qui ont dit qu'elle était pertinente en ce qui concerne l'action. En conséquence,

subject to being varied on appeal.

Does the Band's Membership Application Process Comply with the Requirements of the *Indian Act*?

[19] I turn to the question itself. Although the determination under appeal was made by a case management judge who must be given extremely wide latitude (see *Sawridge Band v. Canada*, [2002] 2 F.C. 346 (C.A.), at paragraph 11), the determination is one of law. Where a substantive question of law is at issue, even if it is decided by a case management judge, the applicable standard of review will be correctness.

[20] The appellants say there is no automatic entitlement to membership and that the Band's membership code is a legitimate means of controlling its own membership. They rely on subsections 10(4) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] and 10(5) [as am. *idem*] of the *Indian Act* which provide:

10. . . .

(4) Membership rules established by a band under this section may not deprive any person who had the right to have his name entered in the Band List for that band, immediately prior to the time the rules were established, of the right to have his name so entered by reason only of a situation that existed or an action that was taken before the rules came into force.

(5) For greater certainty, subsection (4) applies in respect of a person who was entitled to have his name entered in the Band List under paragraph 11(1)(c) immediately before the band assumed control of the Band List if that person does not subsequently cease to be entitled to have his name entered in the Band List.

[21] The appellants say that subsections 10(4) and (5) are clear and unambiguous and Hugessen J. was bound to apply these provisions. They submit the words "by reason only of" in subsection 10(4) mean that a band may establish membership rules as long as they do not expressly contravene any provisions of the Act. They

je pense que le juge Hugessen avait le pouvoir de le faire, et il a effectivement rendu une décision préliminaire sur un point de droit qui était définitive aux fins de l'action, sous réserve de toute modification résultant d'un appel.

La procédure de demande d'appartenance à la Bande était-elle conforme à la *Loi sur les Indiens*?

[19] J'examine à présent la question elle-même. Bien que la décision portée en appel ait été rendue par un juge responsable de la gestion de l'instance à qui il faut donner une très grande latitude (voir *Bande de Sawridge c. Canada*, [2002] 2 C.F. 346 (C.A.), au paragraphe 11), la décision porte sur un point de droit. Lorsqu'une question de droit fondamentale est en cause, même si elle est tranchée par un juge responsable de la gestion de l'instance, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte.

[20] Les appelants affirment qu'il n'y a aucune appartenance automatique à la Bande et que le code d'appartenance à la Bande est un moyen légitime pour contrôler l'appartenance à la Bande. Ils se fondent sur les paragraphes 10(4) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4] et 10(5) [mod., *idem*] de la *Loi sur les Indiens* qui disposent:

10. [. . .]

(4) Les règles d'appartenance fixées par une bande en vertu du présent article ne peuvent priver quiconque avait droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande avant leur établissement du droit à ce que son nom y soit consigné en raison uniquement d'un fait ou d'une mesure antérieurs à leur prise d'effet.

(5) Il demeure entendu que le paragraphe (4) s'applique à la personne qui avait droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande en vertu de l'alinéa 11(1)c) avant que celle-ci n'assume la responsabilité de la tenue de sa liste si elle ne cesse pas ultérieurement d'avoir droit à ce que son nom y soit consigné.

[21] Les appelants disent que les paragraphes 10(4) et (5) sont clairs et sans ambiguïté et que le juge Hugessen était tenu d'appliquer les dispositions en question. Ils prétendent que les termes «en raison uniquement» employés au paragraphe 10(4) signifient qu'une bande peut établir des règles d'appartenance tant que les règles

assert that the Band's code does not do so. The code only requires that if an individual is not resident on the Reserve, an application must be made demonstrating, to the satisfaction of the Band Council, that the individual:

. . . has applied for membership in the band and, in the judgment of the Band Council, has a significant commitment to, and knowledge of, the history, customs, traditions, culture and communal life of the Band and a character and lifestyle that would not cause his or her admission to membership in the Band to be detrimental to the future welfare or advancement of the Band (paragraph 3(a)(ii)).

[22] With respect to subsection 10(5), the appellants say that the words "if that person does not subsequently cease to be entitled to have his name entered in the Band List" mean that the Band is given a discretion to establish membership rules that may disentitle an individual to membership in the Band. They submit that nothing in the Act precludes a band from establishing additional qualifications for membership.

[23] The Crown, on the other hand, says that persons in the position of the individuals in this appeal have "acquired rights." I understand this argument to be that paragraph 11(1)(c) [as am. *idem*] created an automatic entitlement for those persons to membership in the Indian Band with which they were previously connected. The Crown submits that subsection 10(4) prohibits a band from using its membership rules to create barriers to membership for such persons.

[24] Hugessen J. was not satisfied that subsections 10(4) and (5) are as clear and unambiguous as the appellants suggest. He analyzed the provisions in the context of related provisions and agreed with the Crown.

[25] The appellants seem to object to Hugessen J.'s contextual approach to statutory interpretation. However, all legislation must be read in context. Driedger's [*Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto:

en question ne violent expressément quelque disposition de la Loi. Ils affirment que le code d'appartenance à la Bande ne viole pas la Loi. Le code exige seulement que si une personne ne réside pas sur une réserve, une demande doit être présentée démontrant à la satisfaction du conseil de Bande que la personne en question:

[TRADUCTION] [. . .] a présenté une demande d'appartenance à la bande et de l'avis du conseil de bande, manifeste un intérêt réel pour l'histoire, les coutumes, les traditions, la culture et la vie communautaire de la bande, et a une connaissance approfondie, et, une personnalité et un mode de vie qui feraient que son admission parmi les membres de la bande ne serait pas préjudiciable au bien-être et au progrès de la bande (alinéa 3a)(ii)).

[22] En ce qui concerne le paragraphe 10(5), les appellants prétendent que les termes «si elle ne cesse pas ultérieurement d'avoir droit à ce que son nom y soit consigné» signifient qu'une bande a le pouvoir discrétionnaire d'établir des règles d'appartenance qui peuvent priver une personne du droit d'appartenance à la bande. Ils prétendent que rien dans la Loi n'interdit à une bande de fixer des exigences additionnelles pour avoir qualité de membre.

[23] La Couronne, pour sa part, affirme que les appelants ont, vu leur situation, des [TRADUCTION] «droits acquis». Je crois comprendre que cet argument signifie que l'alinéa 11(1)c) [mod., *idem*] a prévu pour ces personnes le droit automatique à la qualité de membres de la Bande à laquelle elles étaient auparavant liées. La Couronne prétend que le paragraphe 10(4) interdit à une bande d'utiliser ses règles d'appartenance pour créer des obstacles à l'appartenance de telles personnes.

[24] Le juge Hugessen n'était pas convaincu que les paragraphes 10(4) et 10(5) sont aussi clairs et sans ambiguïté que les appelants le prétendent. Il a analysé les dispositions dans leur contexte et il s'est dit d'accord avec la Couronne.

[25] Les appelants semblent contester l'approche contextuelle qu'a adoptée le juge Hugessen aux fins de l'interprétation de la Loi. Toutefois, tous les textes législatifs doivent être interprétés dans leur contexte.

Butterworths, 1983, at page 87] well-known statement of the modern approach to statutory construction, adopted in countless cases such as *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, reads:

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

Hugessen J. interpreted subsections 10(4) and (5) in accordance with the modern approach and he was correct to do so.

[26] I cannot improve on Hugessen J.'s statutory construction analysis and I quote the relevant portions of his reasons, which I endorse and adopt as my own [at paragraphs 24-27 and 36]:

It is unfortunate that the awkward wording of subsections 10(4) and 10(5) does not make it absolutely clear that they were intended to entitle acquired rights individuals to automatic membership, and that the Band is not permitted to create pre-conditions to membership, as it has done. The words "by reason only of" in subsection 10(4) do appear to suggest that a band might legitimately refuse membership to persons for reasons other than those contemplated by the provision. This reading of subsection 10(4), however, does not sit easily with the other provisions in the Act as well as clear statements made at the time regarding the amendments when they were enacted in 1985.

The meaning to be given to the word "entitled" as it is used by paragraph 6(1)(c) is clarified and extended by the definition of "member of a band" in section 2, which stipulates that a person who is entitled to have his name appear on a Band List is a member of the Band. Paragraph 11(1)(c) requires that, commencing on April 17, 1985, the date Bill C-31 took effect, a person was entitled to have his or her name entered in a Band List maintained by the Department of Indian Affairs for a band if, *inter alia*, that person was entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) of the 1985 Act and ceased to be a member of that band by reason of the circumstances set out in paragraph 6(1)(c).

While the Registrar is not obliged to enter the name of any person who does not apply therefor (see section 9(5)), that exemption is not extended to a band which has control of its

L'affirmation bien connue de Driedger [*Construction of Statutes*, 2^e ed. Toronto: Butterworths, 1983, à la page 87] sur l'approche moderne de l'interprétation des lois adoptée dans de nombreuses décisions telles que *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, est rédigée comme suit:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

C'est à bon droit que le juge Hugessen a interprété les paragraphes 10(4) et 10(5) conformément à l'approche moderne.

[26] Je ne peux que souscrire à l'analyse de l'interprétation de la Loi qu'a faite le juge Hugessen et je cite les passages pertinents de ses motifs que j'adopte [paragraphes 24 à 27 et 36]:

Il est dommage que la formulation maladroite des paragraphes 10(4) et 10(5) laisse des doutes sur le fait qu'ils avaient pour but de donner le droit à une appartenance automatique aux personnes ayant acquis le droit et que la Bande n'a pas la permission de créer des conditions préalables à l'appartenance comme elle l'a fait. L'expression «en raison uniquement» utilisée dans le paragraphe 10(4) semble suggérer qu'une bande pourrait légitimement refuser l'appartenance à des personnes pour des raisons autres que celles prévues par la disposition. Cependant, cette interprétation du paragraphe 10(4) se juxtapose mal aux autres dispositions de la Loi ainsi qu'aux déclarations claires effectuées à propos des modifications lors de leur promulgation en 1985.

La signification à donner à l'expression «a le droit» telle qu'elle est utilisée au paragraphe 6(1)(c) est clarifiée et étendue par la définition de «membre d'une bande» se trouvant à l'article 2 qui prévoit qu'une personne qui a le droit de faire consigner son nom dans la liste de bande est un membre de la bande. L'alinéa 11(1)(c) prévoit qu'à partir du 17 avril 1985, date d'entrée en vigueur du projet de loi C-31, une personne a droit à ce que son nom soit consigné sur une liste de bande tenue pour cette dernière au ministère des Affaires indiennes si, entre autres, elle a le droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)(c) de la Loi de 1985 et a cessé d'être un membre de cette bande en raison des circonstances prévues au dit alinéa.

Alors que le registraire n'est pas obligé de consigner le nom d'une personne qui ne présente pas de demande (voir le paragraphe 9(5)), cette exemption ne s'étend pas à une bande

list. However, the use of the imperative “shall” in section 8, makes it clear that the band is obliged to enter the names of all entitled persons on the list which it maintains. Accordingly, on July 8, 1985, the date the Sawridge Band obtained control of its List, it was obliged to enter thereon the names of the acquired rights women. When seen in this light, it becomes clear that the limitation on a band’s powers contained in subsections 10(4) and 10(5) is simply a prohibition against legislating retrospectively: a band may not create barriers to membership for those persons who are by law already deemed to be members.

Although it deals specifically with Band Lists maintained in the Department, section 11 clearly distinguishes between automatic, or unconditional, entitlement to membership and conditional entitlement to membership. Subsection 11(1) provides for automatic entitlement to certain individuals as of the date the amendments came into force. Subsection 11(2), on the other hand, potentially leaves to the band’s discretion the admission of the descendants of women who “married out.”

...

Subsection 10(5) is further evidence of my conclusion that the Act creates an automatic entitlement to membership, since it states, by reference to paragraph 11(1)(c), that nothing can deprive acquired rights individuals [sic] to their automatic entitlement to membership unless they subsequently lose that entitlement. The Band’s membership rules do not include specific provisions that describe the circumstances in which acquired rights individuals might subsequently lose their entitlement to membership. Enacting application requirements is certainly not enough to deprive acquired rights individuals of their automatic entitlement to band membership, pursuant to subsection 10(5). To put the matter another way, Parliament having spoken in terms of entitlement and acquired rights, it would take more specific provisions than what is found in section 3 of the membership rules for delegated and subordinate legislation to take away or deprive Charter protected persons of those rights.

[27] I turn to the appellants’ arguments in this Court.

[28] The appellants assert that the description “acquired rights” used by Hugessen J. reads words into the *Indian Act* that are not there. The term “acquired rights” appears as a marginal note beside subsection 10(4). As such, it is not part of the enactment, but is

qui a le contrôle de sa liste. Cependant, le libellé de l’article 8 ne laisse aucun doute quant au fait que la bande qui tient sa propre liste de bande est obligée d’y consigner le nom de toute personne y ayant droit. Par conséquent, le 8 juillet 1985, date à laquelle la Bande de Sawridge a obtenu le contrôle de sa liste, elle était obligée d’y consigner le nom des femmes ayant obtenu le droit. Lorsque la limitation des pouvoirs de la bande contenue dans les paragraphes 10(4) et 10(5) est considérée de cette façon, il est clair qu’elle constitue une simple interdiction de législation rétroactive: une bande ne peut pas créer d’obstacles à l’appartenance pour les personnes qui, de par la loi, sont déjà réputées être membres.

Bien qu’il traite particulièrement de listes de bande tenues par le Ministère, l’article 11 effectue une distinction claire entre un droit à l’appartenance automatique, soit sans réserve, et le droit conditionnel à l’appartenance. Le paragraphe 11(1) prévoit un droit à l’appartenance automatique pour certaines personnes à partir de la date d’entrée en vigueur des modifications. En revanche, le paragraphe 11(2), laisse en principe à la bande la possibilité d’admettre les descendants de femmes ayant épousé un non-Indien en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[. . .]

Le paragraphe 10(5) prouve encore ma conclusion selon laquelle la Loi crée un droit automatique à l’appartenance à la bande puisqu’elle déclare, en renvoyant à l’alinéa 11(1)(c), que rien ne peut priver les personnes ayant un droit acquis de leur droit automatique à l’appartenance à moins qu’elles ne perdent ce droit par la suite. Les règles d’appartenance à la bande ne comportent aucune disposition particulière qui décrit les circonstances dans lesquelles une personne ayant des droits acquis pourrait perdre son droit d’appartenance par la suite. La promulgation des exigences d’application ne suffit certainement pas à priver les personnes ayant un droit acquis de leur droit automatique à l’appartenance à la bande, conformément au paragraphe 10(5). En d’autres termes, le Parlement ayant parlé de droits et de droits acquis, il faudrait des dispositions plus précises que celles se trouvant dans l’article 3 des règles d’appartenance pour qu’une législation déléguée et subordonnée retire ou prive de ces droits des personnes protégées par la Charte.

[27] J’examine à présent les arguments des appelants devant la Cour.

[28] Les appelants affirment que l’expression «droits acquis» employée par le juge Hugessen introduit dans la *Loi sur les Indiens* des termes qui ne s’y trouvent pas. Le terme «droits acquis» apparaît comme une note marginale du paragraphe 10(4). Par conséquent, il ne fait

inserted for convenience of reference only (*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 14). However, the term is a convenient “shorthand” to identify those individuals who, by reason of paragraph 11(1)(c), became entitled to automatic membership in the Indian Band with which they were connected. In other words, the instant paragraph 11(1)(c) came into force, i.e. April 17, 1985, these individuals were entitled to have their names entered on the membership list of their Band.

[29] The appellants say that the words “by reason only of” in subsection 10(4) do not preclude an Indian Band from establishing a membership code, requiring persons who wish to be considered for membership to make application to the Band. I acknowledge that the words “by reason only of” could allow a band to create restrictions on continued membership for situations that arose or actions taken after the membership code came into force. However, the code cannot operate to deny membership to those individuals who come within paragraph 11(1)(c).

[30] A band may enact membership rules applicable to all of its members. Yet subsections 10(4) and (5) restrict a band from enacting membership rules targeted only at individuals who, by reason of paragraph 11(1)(c), are entitled to membership. That distinction is not permitted by the Act.

[31] The appellants raise three further objections. First, they say that their membership code is required because of “band shopping.” However, in respect of persons entitled to membership under paragraph 11(1)(c), the issue of band shopping does not arise. Under paragraph 11(1)(c), the individuals in question are only entitled to membership in the band in which they would have been a member but for the pre-April 17, 1985 provisions of the *Indian Act*. In this case, those individuals would have been members of the Sawridge Band.

pas partie de la Loi et n’y figure qu’à titre de repère ou d’information (*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 14). Cependant, le terme est un «raccourci» commode pour identifier les personnes qui, en vertu de l’alinéa 11(1)c), ont droit à une appartenance automatique à la bande indienne à laquelle elles étaient liées. Autrement dit, dès que l’alinéa 11(1)c) est entré en vigueur, c’est-à-dire le 17 avril 1985, ces personnes avaient le droit d’avoir leurs noms inscrits sur la liste de leur bande.

[29] Les appelants affirment que les termes «en raison uniquement» employés au paragraphe 10(4) n’interdisent pas à une bande indienne d’avoir un code d’appartenance qui exige des personnes désireuses d’avoir qualité de membres de la bande d’en faire la demande auprès de celle-ci. Je reconnais que le terme «en raison uniquement» pourrait permettre à une bande de créer des restrictions au maintien de la qualité de membre dans des situations apparues ou des actions accomplies après l’entrée en vigueur du code d’appartenance. Cependant, le code ne peut pas avoir pour effet de refuser la qualité de membre à des personnes auxquelles s’applique l’alinéa 11(1)c).

[30] Une bande peut adopter des règles d’appartenance applicables à tous ses membres. Cependant, les paragraphes 10(4) et 10(5) interdisent à une bande d’adopter des règles d’appartenance qui visent uniquement des personnes qui, en vertu de l’alinéa 11(1)c), ont droit à la qualité de membre. La Loi ne permet pas une telle discrimination.

[31] Les appelants ont soulevé trois autres objections. Premièrement, ils disent que leur code d’appartenance est nécessaire à cause de la «recherche de la bande la plus accommodante». Cependant, pour les personnes qui ont un droit d’appartenance en vertu de l’alinéa 11(1)c), la question de la recherche de la bande la plus accommodante ne se pose pas. En vertu de l’alinéa 11(1)c), les personnes en question n’ont droit à la qualité de membre que dans la bande à laquelle elles auraient eu qualité de membre n’eût-été les dispositions de la *Loi sur les Indiens* antérieures au 17 avril 1985. En l’espèce, les personnes dont il s’agit auraient eu qualité de membres de la Bande de Sawridge.

[32] Second, the appellants submit that the opening words of subsection 11(1), “commencing on April 17, 1985,” indicate a process and not an event, i.e. that there is no automatic membership in a band and that indeed some persons may not wish to be members; rather, the word “commencing” only means that a person may apply at any time on or after April 17, 1985. I agree that there is no automatic membership. However, there is an automatic entitlement to membership. The words “commencing on April 17, 1985” only indicate that subsection 11(1) was not retroactive to before April 17, 1985. As of that date, the individuals in question in this appeal acquired an automatic entitlement to membership in the Sawridge Band.

[33] Third, the appellants say that the individuals in question have not made application for membership. Hugessen J. dealt with this argument at paragraph 12 of his reasons:

Finally, the plaintiff argued strongly that the women in question have not applied for membership. This argument is a simple “red herring”. It is quite true that only some of them have applied in accordance with the Band’s membership rules, but that fact begs the question as to whether those rules can lawfully be used to deprive them of rights to which Parliament has declared them to be entitled. The evidence is clear that all of the women in question wanted and sought to become members of the Band and that they were refused at least implicitly because they did not or could not fulfil the rules’ onerous application requirements.

[34] The appellants submit, contrary to Hugessen J.’s finding, that there was no evidence that the individuals in question here wanted to become members of the Sawridge Band. A review of the record demonstrates ample evidence to support Hugessen J.’s finding. For example, by Sawridge Band Council Resolution of July 21, 1988, the Band Council acknowledged that “at least 164 people had expressed an interest in writing in making application for membership in the Band.” A list of such persons was attached to the Band Council Resolution. Of the 11 individuals in question here, 8

[32] Deuxièmement, les appelants prétendent que les termes par lesquels débute le paragraphe 11(1), «à compter du 17 avril 1985», sont indicatifs d’un processus et non d’un événement, c’est-à-dire qu’il n’existe aucune appartenance automatique à une bande et qu’en effet certaines personnes peuvent souhaiter ne pas être membres; plutôt, les termes «à compter de» signifient seulement qu’une personne peut demander à devenir membre à tout moment à partir du 17 avril 1985. Je conviens qu’il n’y a pas d’appartenance automatique. Cependant, il existe un droit automatique à l’appartenance. Les termes «à compter du 17 avril 1985» montrent seulement que le paragraphe 11(1) n’était pas rétroactif au-delà du 17 avril 1985. À compter de cette date, les personnes en cause dans le présent appel ont acquis un droit automatique d’appartenance à la Bande de Sawridge.

[33] Troisièmement, les appelants disent que les personnes en question n’ont pas présenté une demande d’appartenance. Le juge Hugessen a examiné cet argument au paragraphe 12 de ses motifs:

Enfin, la demanderesse soutient avec véhémence que les femmes en question n’ont pas présenté de demande pour devenir membres. Cet argument représente un simple faux-fuyant. Il est tout à fait vrai que seulement certaines d’entre elles ont présenté une demande conformément aux règles d’appartenance à la Bande, mais ce fait présume la question de savoir si ces règles peuvent légalement être utilisées pour priver ces femmes des droits auxquels elles ont droit selon la déclaration du Parlement. La preuve est claire: toutes les femmes en question souhaitaient être des membres de la Bande et ont cherché à le devenir et on le leur a refusé, du moins implicitement, parce qu’elles ne répondaient pas ou ne pouvaient pas répondre aux exigences rigoureuses d’application des règles.

[34] Contrairement à la conclusion du juge Hugessen, les appelants prétendent qu’il n’existe aucune preuve que les personnes dont il s’agit voulaient devenir membres de la Bande de Sawridge. Un examen du dossier révèle que de nombreux éléments de preuve appuient la conclusion du juge Hugessen. Par exemple, par une résolution du conseil de bande de Sawridge en date du 21 juillet 1988, le conseil de bande a reconnu que [TRADUCTION] «au moins 164 personnes avaient manifesté par écrit un intérêt à présenter une demande d’appartenance à la Bande». La liste des personnes en question était jointe en

were included on that list. In addition, the record contains applications for Indian status and membership in the Sawridge Band made by a number of the individuals.

[35] For these persons entitled to membership, a simple request to be included in the Band's membership list is all that is required. The fact that the individuals in question did not complete a Sawridge Band membership application is irrelevant. As Hugessen J. found, requiring acquired rights individuals to comply with the Sawridge Band membership code, in which preconditions had been created to membership, was in contravention of the Act.

[36] Of course, this finding has no bearing on the main issue raised by the appellants in this action, namely, whether the provisions entitling persons to membership in an Indian band are unconstitutional.

THE INJUNCTION APPLICATION

Standing

[37] I turn to the injunction application. The appellants say that there was no *lis* between the Band and the 11 persons ordered by Hugessen J. to be included in the Band's Membership List. The 11 individuals are not parties to the main action. The appellants also say that the Crown is not entitled to seek interlocutory relief when it does not seek the same final relief.

[38] I cannot accept the appellants' arguments. The Crown is the respondent in an application to have validly enacted legislation struck down on constitutional grounds. It is seeking an injunction, not only on behalf of the individuals denied the benefits of that legislation but on behalf of the public interest in having the laws of Canada obeyed. The Crown, as represented by the Attorney General, has traditionally had standing to seek injunctions to ensure that public bodies, such as an

annexe à la résolution du conseil de bande. Des 11 personnes dont il s'agit dans le présent appel, 8 ont leurs noms consignés dans cette liste. En outre, le dossier contient des demandes de statut d'Indien et d'appartenance à la Bande de Sawridge présentées par un certain nombre des personnes en cause.

[35] Pour ces personnes qui ont un droit d'appartenance, une simple demande d'inscription sur la liste de la Bande suffit. Le fait que les personnes en cause n'aient pas présenté une demande formelle d'appartenance à la Bande de Sawridge est sans pertinence. Comme l'a conclu le juge Hugessen, exiger des personnes qui ont des droits acquis qu'elles respectent le code d'appartenance à la Bande de Sawridge, dans lequel des conditions préalables d'appartenance avaient été fixées, violait la Loi.

[36] Bien évidemment, la présente conclusion ne porte pas sur la question principale soulevée par les appelants dans le présent appel, c'est-à-dire si les dispositions qui confèrent à certaines personnes le droit d'appartenance à une bande indienne sont inconstitutionnelles.

LA REQUÊTE EN INJONCTION

La qualité pour agir

[37] J'examine à présent la requête en injonction. Les appelants disent qu'il n'y avait pas de litige entre la Bande et les 11 appelants dont le juge Hugessen a ordonné l'inscription sur la liste de la Bande. Les 11 personnes en question n'ont pas qualité de parties à l'action principale. Les appelants prétendent également que la Couronne n'a pas le droit de solliciter une injonction interlocutoire si elle ne recherche pas la même réparation dans le jugement définitif.

[38] Je ne peux accepter les arguments des appelants. La Couronne est défenderesse dans une demande visant à faire annuler une loi validement adoptée au motif qu'elle est inconstitutionnelle. Elle sollicite une injonction, non seulement au nom des personnes à qui les avantages que confère la Loi sont refusés mais aussi dans l'intérêt du public au respect des lois du Canada. La Couronne, représentée par le procureur général, a toujours eu qualité pour solliciter des injonctions pour

Indian band council, follow the law (see Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1998), at paragraph 3.30; *Ontario (Attorney General) v. Ontario Teachers' Federation* (1997), 36 O.R. (3d) 367 (Gen. Div.), at pages 371-372). Having regard to the Crown's standing at common law, statutory authority, contrary to the appellants' submission, is unnecessary. Hugessen J. was thus correct to find that the Crown had standing to seek the injunction.

[39] I also cannot accept the argument that the Crown may not seek interlocutory relief because it has not sought the same final relief in this action. The Crown is defending an attack on the constitutionality of Bill C-31 and is seeking an interlocutory injunction to require compliance with it in the interim. If the Crown is successful in the main action, the result will be that the Sawridge Band will have to enter or register on its membership list the individuals who are the subject of the injunction application. The Crown therefore is seeking essentially the same relief on the injunction application as in the main action.

[40] Further, section 44 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 41] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14), confers jurisdiction on the Federal Court to grant an injunction "in all cases in which it appears to the court to be just or convenient to do so." The jurisdiction conferred by section 44 is extremely broad. In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, the Supreme Court found that the Federal Court could grant injunctive relief even though there was no action pending before the Court as to the final resolution of the claim in issue. If section 44 confers jurisdiction on the Court to grant an injunction where it is not being asked to grant final relief, the Court surely has jurisdiction to grant an injunction where it will itself make a final determination on an interconnected issue. The requested injunction is therefore sufficiently connected to the final relief claimed by the Crown.

forcer des organismes publics, comme un conseil de bande, à respecter la loi (voir Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, édition à feuilles mobiles, Aurora (Ontario), Canada Law Book, 1998, au paragraphe 3.30; *Ontario (Attorney General) v. Ontario Teachers' Federation* (1997), 36 O.R. (3d) 367 (Div. gén.), aux pages 371 et 372). En ce qui concerne la qualité pour agir de la Couronne en common law, contrairement aux prétentions des appelants, une disposition législative n'est pas nécessaire. Ainsi, le juge Hugessen était justifié de conclure que la Couronne avait qualité pour solliciter l'injonction.

[39] Je ne peux pas non plus accepter l'argument des appelants que la Couronne ne peut pas solliciter une injonction interlocutoire parce qu'elle n'a pas recherché le même résultat final dans l'action principale. La Couronne présente une défense contre la contestation de la constitutionnalité du projet de loi C-31 et elle sollicite une injonction interlocutoire pour exiger son respect en attendant le jugement définitif. Si la Couronne a gain de cause dans l'action principale, il en résultera que la Bande de Sawridge devra inscrire ou consigner dans sa liste de membres les noms des personnes visées par la requête en injonction interlocutoire. En conséquence, la Couronne recherche fondamentalement la même réparation aussi bien dans la requête en injonction que dans l'action principale.

[40] Par ailleurs, l'article 44 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 41] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14), confère à la Cour fédérale la compétence voulue pour accorder une injonction «dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire». La compétence attribuée par l'article 44 est très large. Dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, la Cour suprême du Canada a conclu que la Cour fédérale peut accorder une injonction même si elle n'est pas saisie d'une action pour laquelle elle devra rendre un jugement définitif sur la question en litige. Si l'article 44 confère à la Cour compétence pour accorder une injonction dans les cas où elle n'est pas saisie du fond du litige, la Cour a certainement compétence pour accorder une injonction dans les cas où elle rendra elle-même un jugement définitif sur une question connexe. L'injonction sollicitée est en conséquence

suffisamment liée à la réparation finale sollicitée par la Couronne.

The Test for Granting an Interlocutory Injunction

[41] The test for whether an interlocutory injunction should be granted was set out in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) and adopted by the Supreme Court in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; and *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, where, at page 334, Sopinka and Cory JJ. summarized the test as follows:

First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

[42] The appellants submit that Hugessen J. erred in applying a reverse onus to the test. Since, as will be discussed below, the Crown has satisfied the traditional test, I do not need to consider whether the onus should be reversed.

Serious Question

[43] In *RJR—MacDonald*, *supra*, at pages 337-338, the Court indicated that the threshold at the first branch is low and that the motions judge should proceed to the rest of the test unless the application is vexatious or frivolous.

[44] The appellants say that in cases where a mandatory injunction is sought, the older pre-*American Cyanamid* test of showing a strong *prima facie* case for trial should continue to apply. They rely on an Ontario case, *Breen v. Farlow*, [1995] O.J. No. 2971 (Gen. Div.) (QL), in support of this proposition. Of course, that case is not binding on this Court. Furthermore, it has been questioned by subsequent Ontario decisions in which orders in the nature of a mandatory interlocutory

Le critère permettant d'accorder une injonction interlocutoire

[41] Le critère permettant d'accorder ou de refuser une injonction interlocutoire a été énoncé dans *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) et adopté par la Cour suprême dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; et *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, à la page 334, où les juges Sopinka et Cory ont résumé le critère comme suit:

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

[42] Les appelants prétendent que le juge Hugessen a commis une erreur en inversant le fardeau de la preuve dans l'application du critère. Étant donné que, comme le montre l'analyse ci-dessous, la Couronne satisfait au critère traditionnel, je ne vois pas la nécessité d'examiner si le fardeau de la preuve devrait être inversé.

La question sérieuse

[43] Dans *RJR—MacDonald*, précité, aux pages 337 et 338, la Cour suprême a montré que les exigences minimales pour le premier volet du critère ne sont pas élevées et que le juge des requêtes devrait passer aux autres volets du critère à moins que la demande ne soit futile ou vexatoire.

[44] Les appelants prétendent que lorsqu'une ordonnance de faire est sollicitée, l'ancien critère antérieur à *American Cyanamid* exigeant une forte apparence de droit devrait continuer à s'appliquer. Ils se fondent sur une cause ontarienne *Breen v. Farlow*, [1995] O.J. n° 2971 (Div. gén.) (QL), pour appuyer cette affirmation. Bien évidemment, la décision en question ne lie pas notre Cour. En outre, elle a été remise en cause par des décisions subséquentes des tribunaux ontariens

injunction were issued (*493680 Ontario Ltd. v. Morgan*, [1996] O.J. No. 4776 (Gen. Div.) (QL); *Samoila v. Prudential of America General Insurance Co. (Canada)*, [1999] O.J. No. 2317 (Sup. Ct.) (QL)). In *Morgan*, Hockin J. stated that *RJR—MacDonald* had modified the old test, even for mandatory interlocutory injunctions (paragraph 27).

[45] The jurisprudence of the Federal Court on this issue in recent years is divided. In *Relais Nordik Inc. v. Secunda Marine Services Ltd.* (1988), 24 F.T.R. 256 (F.C.T.D.), at page 9, Pinard J. questioned the applicability of the *American Cyanamid* test to mandatory interlocutory injunctions. On the other hand, in *Ansa International Rent-a-Car (Canada) Ltd. v. American International Rent-a-Car Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 340 (F.C.T.D.), at paragraph 15, MacKay J. accepted that the *American Cyanamid* test applied to mandatory injunctions in the same way as to prohibitory ones. Both of these cases were decided before the Supreme Court reaffirmed its approval of the *American Cyanamid* test in *RJR—MacDonald*. More recently, in *Patriquen v. Canada (Correctional Services)* (2003), 238 F.T.R. 153 (F.C.), at paragraphs 9-16, Blais J. followed the *RJR—MacDonald* test and found that there was a serious issue to be tried in an application for a mandatory interlocutory injunction (which he dismissed on the basis that the applicant had not shown irreparable harm).

[46] Hugessen J. followed *Ansa International*, *supra*, and held that the *RJR—MacDonald* test should be applied to an interlocutory injunction application, whether it is prohibitory or mandatory. In light of Sopinka and Cory JJ.'s caution about the difficulties of engaging in an extensive analysis of the constitutionality of legislation at an interlocutory stage (*RJR—MacDonald*, at page 337), I think he was correct to do so. However, the fact that the Crown is asking the Court to require the appellants' to take positive action will have to be considered in assessing the balance of convenience.

dans lesquelles des ordonnances interlocutoires de faire ont été rendues (*493680 Ontario Ltd. v. Morgan*, [1996] O.J. n° 4776 (Div. gén.) (QL); *Samoila v. Prudential of America General Insurance Co. (Canada)*, [1999] O.J. n° 2317 (C.S.) (QL)). Dans *Morgan*, le juge Hockin a affirmé que *RJR—MacDonald* avait modifié l'ancien critère, même pour des ordonnances interlocutoires de faire (paragraphe 27).

[45] Au cours des dernières années, la jurisprudence de la Cour fédérale sur la question n'a pas été unanime. Dans *Relais Nordik Inc. c. Secunda Marine Services Ltd.* (1988), 24 F.T.R. 256 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 9, le juge Pinard a remis en cause l'applicabilité du critère de *American Cyanamid* aux ordonnances interlocutoires de faire. Sur un autre plan, dans *Ansa International Rent-a-Car (Canada) Ltd. c. American International Rent-a-Car Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 340 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 15, le juge MacKay a dit que le critère *American Cyanamid* s'applique aussi bien aux injonctions de faire qu'aux injonctions prohibitives. Les deux décisions en question ont été rendues avant que la Cour suprême n'ait réaffirmé son approbation du critère de *American Cyanamid* dans *RJR—MacDonald*. Plus récemment, dans *Patriquen c. Canada (Services correctionnels)* (2003), 238 F.T.R. 153 (C.F.), aux paragraphes 9 à 16, le juge Blais a appliqué le critère énoncé dans *RJR—MacDonald* et a conclu qu'il existait une question sérieuse à trancher dans la requête en ordonnance interlocutoire de faire (qu'il a rejetée au motif que la demanderesse n'avait pas prouvé un préjudice irréparable).

[46] Le juge Hugessen a suivi la décision *Ansa International*, précitée, en décidant que le critère énoncé dans *RJR—MacDonald* devrait s'appliquer à une requête en injonction interlocutoire, qu'elle soit prohibitive ou mandatoire. Vu l'invitation à la prudence faite par les juges Sopinka et Cory à propos des difficultés d'une analyse approfondie de la constitutionnalité d'une loi à un stade interlocutoire (*RJR—MacDonald*, à la page 337), je pense que le juge Hugessen a eu raison de faire ce qu'il a fait. Cependant, le fait que la Couronne demande à la Cour d'imposer aux appelants une obligation de faire devra être pris en compte dans l'examen de la balance des inconvénients.

[47] In this case, the Crown's argument that Bill C-31 is constitutional is neither frivolous nor vexatious. There is, therefore, a serious question to be tried.

Irreparable Harm

[48] Ordinarily, the public interest is considered only in the third branch of the test. However, where, as here, the government is the applicant in a motion for interlocutory relief, the public interest must also be considered in the second stage (*RJR—MacDonald, supra*, at page 349).

[49] Validly enacted legislation is assumed to be in the public interest. Courts are not to investigate whether the legislation actually has such an effect (*RJR—MacDonald*, at pages 348-349).

[50] Allowing the appellants to ignore the requirements of the Act would irreparably harm the public interest in seeing that the law is obeyed. Until a law is struck down as unconstitutional or an interim constitutional exemption is granted by a court of competent jurisdiction, citizens and organizations must obey it (*Metropolitan Stores, supra*, at page 143, quoting *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659 (H.C.), at pages 666-668).

[51] Further, the individuals who have been denied membership in the appellant Band are aging and, at the present rate of progress, some are unlikely ever to benefit from amendments that were adopted to redress their discriminatory exclusion from Band membership. The public interest in preventing discrimination by public bodies will be irreparably harmed if the requested injunction is denied and the appellants are able to continue to ignore their obligations under Bill C-31, pending a determination of its constitutionality.

[52] The appellants argue that there cannot be irreparable harm because, if there was, the Crown would

[47] En l'espèce, l'argument de la Couronne que le projet de loi C-31 est valide n'est ni futile ni vexatoire. Il existe en conséquence une question sérieuse à trancher.

Le préjudice irréparable

[48] En principe, l'intérêt public n'est pris en considération que pour le troisième volet du critère. Cependant, lorsque comme en l'espèce, le gouvernement est demandeur dans une requête en injonction interlocutoire, l'intérêt public doit également être pris en considération à la deuxième étape (*RJR—MacDonald*, précité, à la page 349).

[49] Une loi valablement adoptée est réputée être dans l'intérêt public. Les tribunaux n'ont pas à se demander si la loi a réellement cet effet (*RJR—MacDonald*, précité, aux pages 348 et 349).

[50] Autoriser les appelants à ne pas tenir compte des exigences de la Loi causerait un préjudice irréparable à l'intérêt public quant au respect de la Loi. Tant qu'une loi n'est pas jugée inconstitutionnelle et annulée ou que son application n'est pas suspendue par un tribunal compétent, les citoyens et les organisations doivent la respecter (*Metropolitan Stores*, précité, à la page 143, citant *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659 (H.C.), aux pages 666 à 668).

[51] Par ailleurs, les personnes à qui le droit d'appartenance à la Bande des appelants a été refusé sont des personnes âgées et, vu le rythme actuel d'avancement de l'action, certaines des personnes en question ne bénéficieront vraisemblablement pas des avantages que confèrent les modifications adoptées pour réparer leur exclusion discriminatoire de l'appartenance à la Bande. L'intérêt du public pour ce qui est de prévenir la discrimination de la part des organismes publics subira un préjudice irréparable si l'injonction demandée est refusée et si les appelants peuvent continuer à ne pas respecter les obligations qu'ils ont en vertu du projet de loi C-31 tant que la décision sur sa constitutionnalité n'est pas rendue.

[52] Les appelants soutiennent qu'il ne peut pas y avoir de préjudice irréparable parce que, s'il y en avait

not have waited 16 years after the commencement of the action to seek an injunction. The Crown submits that it explained to Hugessen J. the reasons for the delay and stated that the very length of the proceedings had in fact contributed to the irreparable harm as the individuals in question were growing older and, in some cases, falling ill.

[53] The question of whether delay in bringing an injunction application is fatal is a matter of discretion for the motions judge. There is no indication that Hugessen J. did not act judicially in exercising his discretion to grant the injunction despite the timing of the motion.

Balance of Convenience

[54] In *Metropolitan Stores, supra*, at page 149, Beetz J. held that interlocutory injunctions should not be granted in public law cases, “unless, in the balance of convenience, the public interest is taken into consideration and given the weight it should carry.” In this case, the public interest in seeing that laws are obeyed and that prior discrimination is remedied weighs in favour of granting the injunction requested by the Crown.

[55] As discussed above and as Hugessen J. found, there is a clear public interest in seeing that legislation is obeyed until its application is stayed by court order or the legislation is set aside on final judgment. As well, Bill C-31 was designed to remedy the historic discrimination against Indian women and other Indians previously excluded from status under the *Indian Act* and Band membership. There is therefore a public interest in seeing that the individuals in this case are able to reap the benefits of those amendments.

[56] On the other hand, the Sawridge Band will suffer little or no damage by admitting nine elderly ladies and

un, la Couronne n’aurait pas attendu 16 ans après l’introduction de l’action pour solliciter une injonction. La Couronne prétend qu’elle a présenté au juge Hugessen la justification de sa réaction tardive et elle a affirmé que la durée excessive de l’action avait en fait contribué au préjudice irréparable étant donné que les personnes en question vieillissaient et dans certains cas tombaient malades.

[53] La question de savoir si le fait de tarder à introduire une requête en injonction est fatal est une question qui relève de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes. Il n’y a aucune indication que le juge Hugessen n’a pas agi judicieusement en exerçant son pouvoir discrétionnaire de prononcer une injonction en dépit du moment où la requête avait été introduite.

Prépondérance des inconvénients

[54] Dans l’arrêt *Metropolitan Stores*, précité, à la page 149, le juge Beetz a dit que les injonctions interlocutoires ne devraient pas être rendues dans les affaires de droit public, «à moins que l’intérêt public ne soit pris en considération et ne reçoive l’importance qu’il mérite dans l’appréciation de la prépondérance des inconvénients». En l’espèce, l’intérêt public au respect de la Loi et à la réparation de la discrimination antérieure favorise l’octroi de l’injonction interlocutoire sollicitée par la Couronne.

[55] Comme je l’ai montré précédemment et comme le juge Hugessen l’a conclu, il existe un intérêt public certain quant au respect d’une Loi tant que son application n’est pas suspendue par l’ordonnance d’un tribunal compétent ou que la loi en cause n’est pas annulée par un jugement définitif. De même, le projet de loi C-31 avait pour objet de réparer la discrimination historique contre les Indiennes et les Indiens qui étaient auparavant exclus du statut en raison de la *Loi sur les Indiens* et des règles d’appartenance à une bande. Il existe dès lors un intérêt public à veiller à ce que les personnes dont il s’agit en l’espèce bénéficient des modifications en question.

[56] Sur un autre plan, la Bande de Sawridge subira peu de préjudice ou même n’en subira aucun en

one gentleman to membership (the Court was advised that one of the 11 individuals had recently died). It is true that the Band is being asked to take the positive step of adding these individuals to its Band List but it is difficult to find hardship in requiring a public body to follow a law that, pending an ultimate determination of its constitutionality, is currently in force. Even if the Band provides the individuals with financial assistance on the basis of their membership, that harm can be remedied by damages against the Crown if the appellants subsequently succeed at trial. Therefore, as Hugessen J. found, the balance of convenience favours granting the injunction.

CONCLUSION

[57] The appeal should be dismissed.

COSTS

[58] The Crown has sought costs in this Court and in the Court below. The interveners have sought costs in this Court only.

[59] In his reasons for order, Hugessen J. reserved the question of costs in favour of the Crown, indicating that the Crown should proceed by way of a motion for costs under rule 369 [*Federal Court Rules, 1998*]. He awarded no costs to the interveners. It is not apparent from the record that the Crown made a costs motion under rule 369 and in the absence of an order for costs and an appeal of that order, I would not make any award of costs in the Court below.

[60] As to costs in this Court, the Crown and interveners are to make submissions in writing, each not exceeding three pages, double-spaced, on or before seven days from the date of these reasons. The appellants shall make submissions in writing, not exceeding 10 pages, double-spaced, on or before 14 days from the date of these reasons. The Court will, if requested, consider the award of a lump sum of costs inclusive of fees,

acceptant comme membres 9 femmes âgées et 1 homme (la Cour a été informée qu'une des 11 personnes est décédée récemment). Il est vrai qu'on demande à la Bande de prendre des mesures positives en ajoutant les noms des personnes en question à sa liste de Bande, mais il est difficile de conclure à un préjudice du fait qu'on exige d'un organisme public de respecter une loi qui, jusqu'à un jugement définitif quant à sa constitutionnalité, est actuellement en vigueur. Même si la Bande fournit aux personnes en question une aide financière, en se fondant sur leur qualité de membre, ce préjudice peut être réparé par des dommages-intérêts contre la Couronne si les appelants obtiennent subséquemment gain de cause. En conséquence, comme l'a conclu le juge Hugessen, la balance des inconvénients favorise l'octroi de l'injonction.

CONCLUSION

[57] L'appel doit être rejeté.

LES DÉPENS

[58] La Couronne a sollicité des dépens devant notre Cour et devant la Cour fédérale. Les intervenants n'ont sollicité des dépens que devant notre Cour.

[59] Dans ses motifs d'ordonnance, le juge Hugessen a réservé la question des dépens au profit de la Couronne, en indiquant que la Couronne devrait, pour solliciter des dépens, suivre la procédure de requête écrite prévue à la règle 369 [*Règles de la Cour fédérale (1998)*]. Il n'a pas accordé de dépens au profit des intervenants. Il n'apparaît pas au dossier que la Couronne a sollicité des dépens conformément à la règle 369 et, en l'absence d'une ordonnance de dépens et d'un appel d'une telle ordonnance, je n'adjugerais pas de dépens en Cour fédérale.

[60] En ce qui concerne les dépens en notre Cour, la Couronne et les intervenants doivent présenter des observations écrites, aucune n'excédant trois pages en double interligne, au plus tard dans les sept jours suivant la date des présents motifs. Les appelants doivent présenter des observations écrites, qui n'excèdent pas 10 pages en double interligne, au plus tard dans les 14 jours suivant la date des présents motifs. Si une demandée est

disbursements, and in the case of the interveners, GST (see *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 F.C. 451 (C.A.)).

présentée à cet effet, la Cour examinera l'allocation d'un montant forfaitaire incluant les frais, les débours et, en ce qui concerne les intervenants, la TPS (Voir *Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 C.F. 451 (C.A.)).

[61] The judgment of the Court will be issued as soon as the matter of costs is determined.

[61] Le jugement de la Cour sera rendu aussitôt que la question des dépens est tranchée.

NOËL J.A.: I agree.

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

MALONE J.A.: I agree.

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

IMM-4621-02
2004 FC 349

IMM-4621-02
2004 CF 349

Sharone Thanaratnam (*Applicant*)

Sharone Thanaratnam (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship & Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: THANARATNAM v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

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

Federal Court, O'Reilly J.—Toronto, September 3, 2003; Ottawa, March 9, 2004.

Cour fédérale, juge O'Reilly J.—Toronto, 3 septembre 2003; Ottawa, 9 mars 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Membership in criminal organization — Board finding applicant, Sri Lankan citizen, member of Tamil gang — Whether Board erred in considering evidence apart from criminal record — Police believe applicant implicated in numerous gang-related incidents — Question before Board: were there reasonable grounds to believe applicant criminal organization member — Mere suspicion insufficient — Whether Board may consider unresolved criminal charges — Merely being charged perhaps relevant to gang membership issue — Whether Tamil gangs “organizations” within Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(a) — Word “organization” not defined in Act — Police gang membership criteria not met — No evidentiary basis for conclusion applicant “belonged” to criminal organization.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Appartenance à une organisation criminelle — La Commission a conclu que le demandeur, un citoyen du Sri Lanka, était membre d'un gang tamoul — La Commission a-t-elle commis une erreur en examinant une preuve autre que le casier judiciaire? — La police croit que le demandeur a participé à de nombreux incidents reliés à des gangs — La question dont était saisie la Commission est la suivante: y avait-il des motifs raisonnables de croire que le demandeur était membre d'une organisation criminelle? — Un simple soupçon est insuffisant — La Commission peut-elle examiner des accusations criminelles en instance? — Le simple fait d'être accusé peut être pertinent quant à la question de l'appartenance au gang — Les gangs tamouls sont-ils des «organisations» au sens de l'art. 37(1)a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés? — Le mot «organisation» n'est pas défini dans la Loi — Les critères de la police relativement à l'appartenance à des gangs n'ont pas été respectés — Il n'y a pas de fondement dans la preuve pour conclure que le demandeur «appartenait» à une organisation criminelle.

This was an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board decision that applicant, a citizen of Sri Lanka and permanent resident in Canada should be deported. The panel accepted the Minister's arguments as to both grounds for removal: (1) conviction of an offence punishable by five or more years' imprisonment and (2) membership in a criminal organization—a Toronto Tamil gang. Applicant admitted the convictions but denied the second allegation.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a conclu que le demandeur, un citoyen du Sri Lanka et résident permanent du Canada, devait être renvoyé du Canada. La formation a accepté les arguments du ministre sur les deux motifs de renvoi: 1) il a été reconnu coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement égal ou supérieur à cinq ans et 2) il est membre d'une organisation criminelle, un gang tamoul de Toronto. Le demandeur reconnaît ses condamnations, mais il nie la deuxième allégation.

Held, the application should be allowed.

Jugement: la demande doit être accueillie.

The first issue was whether the Board erred in relying on evidence apart from applicant's criminal record. The Board

La première question est de savoir si la Commission a commis une erreur en s'appuyant sur une preuve autre que le

had taken into account police reports and the testimony of police officers in concluding that applicant belonged to a criminal organization. The Board is not bound by any rules of evidence and it is entitled to rely on any evidence it considers credible and trustworthy. Still, applicant's submission was that the Board should accord little if any weight to hearsay. The Board had considered all of applicant's involvement with the police since 1985. The police believed that he had been implicated in a number of gang-related incidents. On all of the evidence, the Board concluded that applicant did belong to VVT—a Tamil gang.

The Board's role under *Immigration and Refugee Protection Act*, section 33 was to determine whether there were "reasonable grounds to believe" applicant was a member of a criminal organization—a low evidentiary threshold commonly used in the criminal law in relation to the issuance of warrants. But "reasonable grounds to believe" is more than mere suspicion and connotes a degree of probability based on credible evidence. Even so, it has been made clear that, in the immigration context, it is less than a balance of probabilities. And, in the criminal law context, it is well established that this standard can be met by hearsay evidence and other forms of proof not normally admissible at trial. Applicant argued, however, that the case law is to the effect that the Board must rely only on convictions and not consider unresolved criminal charges: decision of Rouleau J. in *Bakchiev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. A decision going the other way was that of MacGuigan J.A. in *Legault v. Canada (Secretary of State)* (holding that the Board was entitled to rely on a warrant and indictment issued in the U.S.A. in deciding whether there were reasonable grounds for believing a person had committed a crime outside Canada). The cases relied upon by the applicant and the respondent were reconciled thus: in situations where the law does not specifically require proof of a conviction, the Board may consider other credible and trustworthy evidence of involvement in criminal activities, especially where the standard of "reasonable grounds to believe" applies.

Still a balance had to be struck and the reasonable grounds standard operates as a safeguard against arbitrary or capricious actions by the state. While the Board was entitled to consider the various forms of evidence before it and to determine the weight to be assigned thereto, its conclusion that applicant belonged to a criminal organization was

casier judiciaire du demandeur. La Commission a tenu compte de rapports de police et du témoignage de policiers pour en arriver à la conclusion que le demandeur était membre d'une organisation criminelle. La Commission n'est pas liée par les règles de preuve et elle peut s'appuyer sur tous les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi. Pourtant, le demandeur soutient que la Commission ne devrait accorder que peu ou pas d'importance au oui-dire. La Commission a examiné toutes les preuves des différents contacts que le demandeur a eus avec la police depuis 1985. Les autorités policières croyaient qu'il avait participé à plusieurs incidents reliés à des gangs. Dans l'ensemble, la Commission a conclu que le demandeur était en fait membre d'un gang tamoul appelé le VVT.

En vertu de l'article 33 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le rôle de la Commission était de déterminer s'il y avait «des motifs raisonnables de croire» que le demandeur était membre d'une organisation criminelle, un seuil de preuve assez bas qui est habituellement utilisé en droit criminel en relation avec la délivrance de mandats. Mais, les «motifs raisonnables de croire» sont plus qu'un simple soupçon et ils impliquent un degré de probabilité fondé sur une preuve crédible. Cependant, il a été clairement établi que, dans le contexte de l'immigration, il s'agit d'une norme inférieure à celle de la prépondérance des probabilités. Dans le contexte criminel, il est bien établi que la norme peut être établie au moyen d'une preuve par oui-dire et d'autres formes de preuve qui ne sont habituellement pas admissibles dans un procès. Toutefois, le demandeur prétend que la jurisprudence prédominante donne clairement instruction à la Commission de ne pas s'appuyer sur des accusations en instance, mais uniquement sur des condamnations véritables: décision du juge Rouleau dans *Bakchiev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Par ailleurs, dans l'arrêt *Legault c. Canada (Secrétaire d'État)* (dans laquelle il a été statué que la Commission avait le droit de s'appuyer sur un acte d'accusation et un mandat d'arrêt délivrés aux États-Unis pour décider s'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'une personne avait commis un crime à l'extérieur du Canada), le juge MacGuigan a exprimé l'avis contraire. Les causes sur lesquelles s'appuient le demandeur et le défendeur ont été rapprochées: dans des situations où la Loi n'exige pas précisément la preuve d'une condamnation, la Commission peut examiner d'autres éléments de preuve crédibles et dignes de foi prouvant la participation à des activités criminelles, plus particulièrement lorsque la norme relative aux «motifs raisonnables de croire» s'applique.

Cependant, il y a un équilibre à respecter et la norme des motifs raisonnables assure une protection contre l'arbitraire et les mesures étatiques injustifiées. Bien qu'il ait été loisible à la Commission d'examiner les diverses formes de preuve dont elle était saisie et de leur accorder une importance correspondant à leur fiabilité, sa conclusion finale selon

unsupported by the evidence.

The next issue was whether the Tamil gangs with which applicant was said to be associated are “organizations” within *Immigration and Refugee Protection Act*, paragraph 37(1)(a). While there was before the Board evidence that these groups are involved in criminal activities, the question remained as to whether they could properly be described as “organizations”. While the *Criminal Code* defines “criminal organization” in some detail, the Act fails to define the word “organization”. Under the Code, a criminal organization does not include “a group of persons that forms randomly for the immediate commission of a single offence”. But the Code does not stipulate any particular formalities or decision-making arrangements and its use of the words “however organized” suggest that there are no minimum or mandatory attributes that the group must have. The Tamil groups at issue had some of the characteristics of an organization and the Board did not err in concluding they were caught by Act, paragraph 37(1)(a).

As to whether applicant belonged to a criminal organization, it was suggested that the Board’s finding resulted from speculation and stereotyping. Applicant claimed that the Board assumed that his association with others of the same background in combination with spontaneous criminal acts constituted proof of gang membership. On the evidence, the Board found that applicant was “in the middle of things”. But did the evidence demonstrate actual gang membership? Even the police recognized that being linked to gang-related activity is an insufficient basis for the conclusion that one is a gang member. The Board set out a list of criteria identified by the police as having to be taken into account in drawing such an inference. While the Board correctly noted that it was not bound by the police criteria, it placed great reliance on the testimony and documentary evidence tendered by police witnesses. But it did not appear that the criteria developed by the police had been here met. Most of the criteria had not been satisfied. In particular, there was nothing on the face of applicant’s criminal record indicating court findings—or even testimony—that applicant was a gang member. A detective who testified before the Board had formed the belief that applicant was “entrenched completely within a sub-culture” and participated in criminality but he did not go so far as to say that the evidence—much of it hearsay—was sufficient to sustain an inference that applicant belonged to a gang. There was accordingly no evidentiary basis for the Board’s conclusion that applicant “belonged” to an organization devoted to criminal activities.

laquelle le demandeur était membre d’une organisation criminelle n’est pas appuyée par la preuve.

La deuxième question à trancher est de savoir si les gangs tamouls avec lesquels le demandeur aurait été associé sont des «organisations» au sens de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Même si la Commission était saisie d’une preuve indiquant que ces groupes se livraient à des activités criminelles, la question à trancher était de savoir si ces groupes pouvaient être décrits comme des «organisations». Même si le *Code criminel* définit l’expression «organisation criminelle» en détail, la Loi ne définit pas le terme «organisation». Selon le Code, une organisation criminelle n’inclut pas «un groupe d’individus formé au hasard pour la perpétration immédiate d’une seule infraction». Mais le Code n’exige pas de formalités particulières ou de formalités ayant trait à la prise des décisions et son utilisation des mots «quel qu’en soit le mode d’organisation» laisse entendre qu’elle doit être organisée d’une manière quelconque, mais sans la nécessité de se doter d’un attribut minimum ou obligatoire. Les groupes tamouls en cause avaient certaines caractéristiques d’une organisation et la Commission n’a pas commis d’erreur en concluant qu’ils tombaient sous le coup de l’alinéa 37(1)a) de la Loi.

Quant à savoir si le demandeur appartenait à une organisation criminelle, on a soutenu que la conclusion de la Commission se fondait sur de la spéculation et des stéréotypes. Le demandeur prétend que la Commission a simplement présumé que son association avec d’autres personnes ayant les mêmes origines que lui, jumelée à la perpétration spontanée d’actes criminels, suffisait à faire la preuve qu’il faisait partie d’un gang. En s’appuyant sur cette preuve, la Commission a conclu que le demandeur était [TRADUCTION] «dans le feu de l’action». Mais la preuve démontrait-elle qu’il appartenait réellement à un gang? Même les témoins de la police ont reconnu que le fait d’être lié à des activités de gang ne constitue pas une preuve suffisante à partir de laquelle on peut tirer une inférence selon laquelle une personne est membre d’un gang. La Commission a énoncé une liste de critères identifiés par la police comme devant être pris en compte pour tirer cette inférence. Bien que la Commission ait noté à juste titre qu’elle n’était pas liée par les critères de la police, elle s’est appuyée considérablement sur les témoignages et la preuve documentaire donnés par les agents de police. Mais il ne semble pas que les critères élaborés par la police aient été respectés en l’espèce. La plupart des critères n’ont pas été respectés. En particulier, à première vue, il n’y avait rien dans le casier judiciaire du demandeur qui révélait qu’il y avait eu des conclusions judiciaires préalables, notamment des témoignages donnés sous serment, indiquant que le demandeur était membre d’un gang. Un détective qui a témoigné devant la Commission était convaincu que le demandeur était «complètement intégré dans une sous-culture» et qu’il avait

This matter should be referred back to the Board for redetermination, by a different panel, of the question whether applicant is a member of a criminal organization.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 467.1(1) "original organization" (as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 11; 2001, c. 32, s. 27).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (c.1) (as enacted *idem*; 1995, c. 15, s. 2), (c.2) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1996, c. 19, s. 83), 27(1)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), (a.1) (as enacted *idem*; 1995, c. 15, s. 5), (d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78), 53(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 37(1)(a), 173.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Legault v. Canada (Secretary of State)* (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192; 219 N.R. 376 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Bakchiev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000), 196 F.T.R. 306; 12 Imm. L.R. (3d) 75 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

R. v. Debot, [1989] 2 S.C.R. 1140; (1989), 52 C.C.C. (3d) 193; 73 C.R. (3d) 129; 45 C.R.R. 49; 102 N.R. 161; 37 O.A.C. 1; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 3 F.C. 349; (1996), 136 D.L.R. (4th)

participé à des activités criminelles, mais il n'est pas allé jusqu'à dire que la preuve, dont une bonne partie était du ouï-dire, permettait d'appuyer l'inférence selon laquelle le demandeur était membre d'un gang. Il n'y avait donc pas de fondement dans la preuve pour justifier la conclusion de la Commission selon laquelle le demandeur «appartenait» réellement à une organisation se livrant à des activités criminelles.

L'affaire devrait être renvoyée à la Commission pour être réexaminée par une formation différente sur la question de savoir si le demandeur est membre d'une organisation criminelle.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 467.1(1) «organisation criminelle» (édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 11; 2001, ch. 32, art. 27).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(c) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (c.1) (édicte, *idem*; 1995, ch. 15, art. 2), (c.2) (édicte, par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1996, ch. 19, art. 83), 27(1)(a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), (a.1) (édicte, *idem*; 1995, ch. 15, art. 5), (d) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78), 53(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 37(1)(a), 173.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Legault c. Canada (Secrétaire d'État)* (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192; 219 N.R. 376 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Bakchiev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (2000), 196 F.T.R. 306; 12 Imm. L.R. (3d) 75 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Debot, [1989] 2 R.C.S. 1140; (1989), 52 C.C.C. (3d) 193; 73 C.R. (3d) 129; 45 C.R.R. 49; 102 N.R. 161; 37 O.A.C. 1; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 3 C.F. 349; (1996), 136 D.L.R.

433; 37 C.R.R. (2d) 112; 114 F.T.R. 247; 34 Imm. L.R. (2d) 259 (T.D.); *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 642; (1998), 141 F.T.R. 81 (T.D.); *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.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board panel's decision that applicant should be deported on two grounds: serious criminal conviction and membership in a criminal organization. Application allowed with regard to second ground.

APPEARANCES:

Barbara Jackman for applicant.
Gregory G. George for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Barbara L. Jackman, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] O'REILLY J.: Mr. Sharone Thanaratnam is a permanent resident of Canada and a citizen of Sri Lanka. He is 26 years old. There are two grounds on which the Minister bases his efforts to remove Mr. Thanaratnam from Canada. First, the Minister alleges that Mr. Thanaratnam has been convicted of an offence punishable by five or more years of imprisonment (*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, paragraph 27(1)(d) [as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78]; relevant enactments are set out in an Annex). He also alleges that there are reasonable grounds to believe Mr. Thanaratnam is a member of a criminal organization—namely, a Toronto Tamil gang (*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, paragraphs 27(1)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16], 19(1)(c.2) [as enacted *idem*, s. 11; 1996, c. 19, s. 83]).

[2] A panel of the Immigration and Refugee Board found that the Minister had proved both allegations and

(4th) 433; 37 C.R.R. (2d) 112; 114 F.T.R. 247; 34 Imm. L.R. (2d) 259 (1^{re} inst.); *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 642; (1998), 141 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); *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.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'une formation de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié selon laquelle le demandeur devait être renvoyé du Canada pour deux motifs: il a été reconnu coupable d'activités criminelles graves et il est membre d'une organisation criminelle. La demande a été accueillie relativement au deuxième motif.

ONT COMPARU:

Barbara Jackman pour la demanderesse.
Gregory G. George pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Barbara L. Jackman, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE O'REILLY: M. Sharone Thanaratnam est un résident permanent du Canada et un citoyen du Sri Lanka. Il est âgé de 26 ans. Le ministre fonde ses efforts pour renvoyer M. Thanaratnam du Canada sur deux motifs. Tout d'abord, il allègue que M. Thanaratnam a été reconnu coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à cinq ans (*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, alinéa 27(1)d) [mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78]; les dispositions pertinentes des lois sont reproduites en annexe). Il allègue également qu'il y a des motifs raisonnables de croire que M. Thanaratnam est membre d'une organisation criminelle, savoir un gang tamoul de Toronto (*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, alinéas 27(1)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] et 19(1)c.2) [édicte, *idem*, art. 11; 1996, ch. 19, art. 83]).

[2] Une formation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le ministre avait

that Mr. Thanaratnam should therefore be deported from Canada. Mr. Thanaratnam admits that he has been convicted of offences punishable by five or more years of imprisonment and, therefore, does not contest the Board's finding on that issue. However, he does argue that the Board made a serious error when it concluded that there were reasonable grounds to believe he was a member of a criminal organization. In his application for judicial review, he asks me to overturn that part of the Board's decision and refer the matter back to another panel of the Board.

[3] For the most part, I find that the Board's analysis was proper. However, I have concluded that the Board erred in its finding that Mr. Thanaratnam was a "member" of a gang. Therefore, I will grant this application for judicial review.

[4] The *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, came into force while this matter was before the Board. For present purposes, there is no material difference between that statute and its predecessor, the *Immigration Act*. Throughout the remainder of these reasons, I will refer to the new Act, unless the context requires otherwise.

I. Issues

[5] Mr. Thanaratnam raised three issues:

1. Did the Board err when it relied, in part, on evidence other than Mr. Thanaratnam's criminal convictions?
2. Was the Board's definition of "organization" correct?
3. Was the Board wrong to conclude that Mr. Thanaratnam was a "member" of a criminal organization?

II. Analysis

A. Did the Board err when it relied, in part, on evidence other than Mr. Thanaratnam's criminal convictions?

prouvé les deux allégations et que M. Thanaratnam devait donc être renvoyé du Canada. M. Thanaratnam admet qu'il a été reconnu coupable d'infractions punissables d'un emprisonnement égal ou supérieur à cinq ans et, par conséquent, il ne conteste pas la conclusion de la Commission sur ce point. Toutefois, il soutient que la Commission a commis une erreur grave en concluant qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il était membre d'une organisation criminelle. Dans sa demande de contrôle judiciaire, il me demande d'infirmer cette partie de la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire à une autre formation de la Commission.

[3] J'estime que la majeure partie de l'analyse de la Commission est appropriée. Toutefois, je conclus que la Commission a commis une erreur en concluant que M. Thanaratnam était «membre» d'un gang. Par conséquent, j'accueillerai la présente demande de contrôle judiciaire.

[4] La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, est entrée en vigueur pendant que cette affaire se trouvait devant la Commission. Pour les fins des présentes, il n'y a pas de différence importante entre cette loi et celle qui l'a précédée, soit la *Loi sur l'immigration*. Dans le reste des présents motifs, je ferai référence à la nouvelle Loi, à moins que le contexte exige une précision différente.

I. Questions en litige

[5] M. Thanaratnam soulève trois questions:

1. La Commission a-t-elle commis une erreur quand elle s'est appuyée en partie sur une preuve autre que les condamnations au criminel de M. Thanaratnam?
2. La définition que la Commission donne du terme «organisation» est-elle exacte?
3. La Commission a-t-elle eu tort de conclure que M. Thanaratnam était «membre» d'une organisation criminelle?

II. Analyse

A. La Commission a-t-elle commis une erreur quand elle s'est appuyée en partie sur une preuve autre que les condamnations au criminel de M. Thanaratnam?

(1) The Evidence

[6] Mr. Thanaratnam argues that the Board should not have relied to any significant degree on evidence of his conduct other than the crimes of which he had actually been convicted. The Board considered various police reports and the testimony of experienced police officers in arriving at its conclusion that Mr. Thanaratnam was a member of a criminal organization. According to these sources of information, Mr. Thanaratnam was believed to have been involved in a number of criminal matters but they either did not proceed to trial or he was acquitted. Further, some reports showed he was a victim of crimes rather than the alleged perpetrator.

[7] The Board is not bound by “any legal or technical rules of evidence”. It may rely on any evidence it considers “credible or trustworthy in the circumstances” (*Immigration and Refugee Protection Act*, paragraphs 173(c),(d)). Mr. Thanaratnam acknowledges that the Board has a great deal of flexibility in terms of the evidence it may consider. However, he argues that any evidence that amounts to hearsay should be given little or no weight.

[8] The Board’s approach was to receive all the evidence it considered credible and trustworthy and then assign it weight proportionate to its relevance and reliability. Accordingly, it considered all the evidence of Mr. Thanaratnam’s various contacts with the police since 1985. That evidence reflected the belief of police authorities that he had been involved in several gang-related incidents along with other persons of Sri Lankan origin.

[9] On the whole, the Board found that the documentary evidence and the police officers’ testimony were reliable. From that evidence, it concluded that Mr. Thanaratnam was indeed a member of a Tamil gang called the VVT:

I believe the evidence places [Mr. Thanaratnam] on many occasions in the company of persons also alleged to be involved in criminal/gang activities. In my estimation a

1) La preuve

[6] M. Thanaratnam soutient que la Commission n’aurait pas dû accorder la moindre importance aux preuves de sa conduite autres que les crimes pour lesquels il a véritablement été reconnu coupable. La Commission a examiné divers rapports de police ainsi que le témoignage de policiers d’expérience pour en arriver à la conclusion selon laquelle M. Thanaratnam était membre d’une organisation criminelle. Selon ces sources d’information, M. Thanaratnam aurait participé à un certain nombre d’activités criminelles, mais celles-ci n’ont pas fait l’objet de poursuites ou alors il en a été acquitté. En outre, certains rapports indiquent qu’il était la victime de ces crimes plutôt que l’auteur allégué.

[7] La Commission n’est pas liée par «les règles légales ou techniques de présentation de la preuve». Elle peut s’appuyer sur tous les éléments qu’elle juge «crédibles ou dignes de foi en l’occurrence» (*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, alinéas 173c) et d)). M. Thanaratnam reconnaît que la Commission a beaucoup de latitude au sujet de la preuve qu’elle peut examiner. Toutefois, il soutient qu’elle ne devrait accorder que peu ou pas d’importance à toute preuve équivalant à du oui-dire.

[8] Dans sa démarche, la Commission a recueilli toute la preuve qu’elle jugeait crédible et digne de foi et ensuite, elle lui a attribué un poids proportionnel à sa pertinence et à sa fiabilité. Par conséquent, elle a examiné toutes les preuves des différents contacts que M. Thanaratnam a eus avec la police depuis 1985. Cette preuve fait ressortir que les autorités policières croyaient qu’il avait participé à plusieurs incidents reliés à des gangs en compagnie d’autres personnes d’origine sri lankaise.

[9] Dans l’ensemble, la Commission a estimé que la preuve documentaire et le témoignage des policiers étaient fiables. En s’appuyant sur cette preuve, elle a conclu que M. Thanaratnam était en fait membre d’un gang tamoul appelé le VVT:

[TRADUCTION]

Je crois que la preuve indique que [M. Thanaratnam] s’est trouvé à de nombreuses reprises en compagnie de personnes qui auraient également participé à des activités criminelles ou

reasonable person viewing all the evidence put together at this hearing would conclude he was part of this gang activity. In the final analysis of the overall evidence therefore, I am satisfied that the test of “reasonable grounds to believe” he is a member of the V.V.T. or engages in activities undertaken by this group has been met.

(b) The Board’s Role

[10] The Board had to determine whether there were “reasonable grounds to believe” that Mr. Thanaratnam was a member of a criminal organization (*Immigration and Refugee Protection Act*, section 33). That standard, combined with the freedom to consider any “credible and trustworthy evidence”, defines the role of the Board in this context.

[11] The words “reasonable grounds to believe” create a relatively low evidentiary threshold. It is a standard commonly used in the criminal law in relation to the issuance of warrants or other forms of legal process. Justice Brian Dickson [as he then was] described it as an objective standard with the following important purpose (*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pages 167-168):

The state’s interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual’s interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement.

[12] In other words, “reasonable grounds to believe” is more than mere suspicion. It connotes a degree of probability based on credible evidence. In other jurisprudence, the Supreme Court of Canada has described it as a “reasonable probability” or a “reasonable belief”: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at page 1166. However, it is certainly less than a balance of probabilities, as has been made clear in immigration cases: *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 3 F.C. 349 (T.D.); *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 642 (T.D.).

de gangs. À mon avis, une personne raisonnable qui examine l’ensemble de la preuve qui a été recueillie au cours de la présente audience en arriverait à la conclusion qu’il participait aux activités du gang. En dernière analyse, par conséquent, je suis convaincu que le critère des «motifs raisonnables de croire» est respecté et qu’il est membre du gang V.V.T. ou qu’il participe aux activités perpétrées par ce groupe.

b) Le rôle de la Commission

[10] La Commission devait déterminer s’il y avait «des motifs raisonnables de croire» que M. Thanaratnam était membre d’une organisation criminelle (*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, article 33). Cette norme, jumelée à la liberté qu’elle a d’examiner tous «les éléments de preuve crédibles et dignes de foi», définit le rôle de la Commission dans ce contexte.

[11] Les mots «motifs raisonnables de croire» fixent à un niveau assez bas le seuil de preuve. C’est une norme habituellement utilisée en droit criminel en relation avec la délivrance de mandats ou avec d’autres formes de procédures. Le juge Brian Dickson [tel était alors son titre] l’a décrit comme étant une norme objective dont le but important est le suivant (*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pages 167 et 168):

Le droit de l’État de déceler et de prévenir le crime commence à l’emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L’histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d’appliquer la loi.

[12] Autrement dit, les «motifs raisonnables de croire» sont plus qu’un simple soupçon. Ils impliquent un degré de probabilité fondé sur une preuve crédible. Dans d’autres décisions, la Cour suprême du Canada a décrit cette norme comme étant celle de la «probabilité raisonnable» ou de la «croyance raisonnable»: *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la page 1166. Toutefois, il s’agit certainement d’une norme inférieure à celle de la prépondérance des probabilités, comme il ressort clairement des causes d’immigration suivantes: *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] 3 C.F. 349 (1^{re} inst.); *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 2 C.F. 642 (1^{re} inst.).

[13] It is also well established in the criminal context that the standard of “reasonable grounds to believe” can be met by way of hearsay evidence and other forms of proof that would not normally be admissible at a trial, including evidence about a person’s reputation or criminal record: *Debot*, above; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at page 279.

[14] However, Mr. Thanaratnam argues that the prevailing case law clearly instructs the Board not to rely on outstanding charges or other information about alleged criminal conduct—it must only consider actual convictions. True, Rouleau J., for example, has held that outstanding, unresolved criminal charges must not be considered by the Board when determining whether a person represents a danger to the Canadian public (*Bakchiev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 196 F.T.R. 306 (F.C.T.D.), at paragraph 12):

It must be emphasized that unresolved criminal charges are, until proven otherwise, nothing more than mere allegations against an accused. They are not indicative of guilt and obviously therefore, are not indicative of a propensity to re-offend either, until they have been proven beyond a reasonable doubt by the Crown in a court of law. Accordingly, they are inadmissible in the determination of whether an applicant constitutes a danger to the public.

[15] On the other hand, the Federal Court of Appeal held that the Board was entitled to rely on an indictment and a warrant issued in the United States in deciding whether there were reasonable grounds to believe a person had committed a crime outside Canada: *Legault v. Canada (Secretary of State)* (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192 (F.C.A.). Justice MacGuigan stated, at paragraph 10:

As the adjudicator stated, the indictment and the warrant “identify in detail the infractions and provide a detailed description of the procedure followed for the commission of the different infractions”. He considered this evidence credible or trustworthy in the circumstances of the case, and in my opinion such a decision is entirely within his discretion.

[13] Il est également bien établi dans le contexte criminel que la norme des «motifs raisonnables de croire» peut être établie au moyen d’une preuve par ouï-dire et d’autres formes de preuve qui ne sont habituellement pas admissibles dans un procès, notamment la preuve concernant la réputation d’une personne ou son casier judiciaire: *Debot*, précité; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la page 279.

[14] Toutefois, M. Thanaratnam prétend que la jurisprudence prédominante donne clairement instruction à la Commission de ne pas s’appuyer sur des accusations en instance ou sur d’autres renseignements concernant une conduite criminelle alléguée—et d’analyser uniquement les condamnations véritables. Il est vrai que, par exemple, le juge Rouleau a statué que des accusations criminelles en instance non décidées ne pouvaient être prises en compte par la Commission pour déterminer si une personne constituait un danger pour le public canadien (*Bakchiev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 196 F.T.R. 306 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 12):

Il importe de souligner que des accusations criminelles qui n’ont pas encore été tranchées ne sont, jusqu’à la preuve du contraire, que de simples allégations contre l’accusé. Elles n’indiquent pas s’il est coupable et, de toute évidence, elles ne sauraient donc pas indiquer non plus si ce dernier aurait tendance à commettre de nouvelles infractions, jusqu’à ce que le ministère public n’en ait établi le bien-fondé hors de tout doute raisonnable devant un tribunal. En conséquence, elles ne sont pas admissibles pour déterminer si un demandeur constitue un danger pour le public.

[15] Par ailleurs, la Cour d’appel fédérale a statué que la Commission avait le droit de s’appuyer sur un acte d’accusation et un mandat d’arrêt délivrés aux États-Unis pour décider s’il y avait des motifs raisonnables de croire qu’une personne avait commis un crime à l’extérieur du Canada: *Legault c. Canada (Secrétaire d’État)* (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192 (C.A.F.). Le juge MacGuigan a déclaré ceci au paragraphe 10:

Ainsi que [l’arbitre] l’a fait remarquer, l’acte d’accusation et le mandat d’arrêt «exposent en détail les infractions reprochées et donnent une description détaillée des moyens employés pour commettre les différentes infractions». Il a conclu qu’il s’agissait là d’une preuve crédible ou digne de foi dans les circonstances de la cause et, à mon avis, cette décision relève parfaitement de son pouvoir discrétionnaire en la matière.

[16] For four reasons, I find the approach in *Legault* more apt to the circumstances of this case than the analysis in *Bakchiev*. First, in *Bakchiev*, the issue was whether the person was actually a danger to the public, not whether there were reasonable grounds for believing that was the case. As explained above, the reasonable grounds standard, in itself, usually permits consideration of a broad range of information.

[17] Second, the question whether a person constitutes a danger to the public, the issue in *Bakchiev*, was specifically connected to actual convictions under the prevailing statute. The relevant provision of the *Immigration Act*, subsection 53(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12], applied to persons who there were reasonable grounds to believe had been convicted of serious criminal offences. It expressly referred to persons described in paragraph 19(1)(c) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11], subparagraphs 19(1)(c.1)(i) [as enacted *idem*; 1995, c. 15, s. 2], 27(1)(a.1)(i) [as enacted *idem*, s. 16; 1995, c. 15, s. 5] and paragraph 27(1)(d) of the Act, all of which related to persons convicted of crimes. Accordingly, it was appropriate that a danger opinion be based solely on evidence of convictions, not mere allegations of wrongdoing, because of the clear ambit of the relevant provisions.

[18] Third, it is notable that subsection 53(1) of the former Act did not refer to subparagraph 19(1)(c.1)(ii) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2], the provision that was in issue in *Legault*. The latter provision described a person who there were reasonable grounds to believe had committed a crime. It did not require that the person be convicted. In that context, understandably, the Federal Court of Appeal held that consideration of an outstanding charge and warrant was permissible.

[19] Fourth, the issue here is whether there are grounds for believing Mr. Thanaratnam is a member of

[16] Pour quatre raisons différentes, j'estime que la démarche adoptée dans l'affaire *Legault* est plus appropriée aux circonstances de l'espèce que l'analyse faite dans la décision *Bakchiev*. Tout d'abord, dans la décision *Bakchiev*, la question était de savoir si la personne constituait réellement un danger pour le public, et non pas de déterminer s'il y avait des motifs raisonnables de croire que tel était le cas. Comme on l'a expliqué ci-dessus, la norme des motifs raisonnables, en elle-même, permet habituellement d'examiner des renseignements très variés.

[17] Deuxièmement, la question de savoir si une personne constitue un danger pour le public, qui était la question posée dans l'affaire *Bakchiev*, était précisément reliée à des condamnations effectives en vertu de la loi habilitante. La disposition pertinente de la *Loi sur l'immigration*, c'est-à-dire le paragraphe 53(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12], s'appliquait aux personnes au sujet desquelles il y avait des motifs raisonnables de croire qu'elles avaient été reconnues coupables d'infractions criminelles graves. Le paragraphe faisait expressément référence aux personnes décrites à l'alinéa 19(1)c) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11], aux sous-alinéas 19(1)c.1)(i) [édicte, *idem*; 1995, ch. 15, art. 2], 27(1)a.1)(i) [édicte, *idem*; art. 16, 1995, ch. 15, art. 5] et à l'alinéa 27(1)d) de la Loi, qui ont tous trait à des personnes reconnues coupables de crimes. Par conséquent, il était approprié qu'un avis de danger se fonde uniquement sur la preuve des condamnations, et non pas simplement sur des allégations de fautes, en raison de la portée évidente des dispositions pertinentes.

[18] Troisièmement, il convient de noter que le paragraphe 53(1) de l'ancienne Loi ne faisait pas référence au sous-alinéa 19(1)c.1)(ii) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2], qui était la disposition contestée dans l'arrêt *Legault*. Cette dernière disposition décrivait une personne au sujet de laquelle il y avait des motifs raisonnables de croire qu'elle avait commis un crime. Elle n'exigeait donc pas que la personne ait été reconnue coupable. Dans ce contexte, on peut aisément comprendre que la Cour d'appel fédérale ait statué que l'examen d'une accusation en instance et d'un mandat était autorisé.

[19] Quatrièmement, la question en litige en l'espèce est de savoir s'il existe des motifs de croire que M.

a group involved in crime. The question is not whether he was personally responsible for a particular offence. Reasonable grounds for believing that a person is a member of a group dedicated to criminal activity does not require proof beyond a reasonable doubt that his or her involvement in that activity rose to the level of actual commission of offences or even culpable participation in them as a party. In other words, the fact that a person has been charged with a crime may be relevant to the issue of membership, even where there is an absence of proof that would satisfy the criminal standard of liability.

[20] It is possible, therefore, to reconcile the cases relied on by the applicant and the respondent: In situations where the law does not specifically require proof of a conviction, the Board may consider other credible and trustworthy evidence of involvement in criminal activities, especially where the standard of “reasonable grounds to believe” applies.

[21] Still, there is an important balance to be struck. On the one hand, Parliament has established a fairly low evidentiary threshold in this area and has given the decision maker a good deal of freedom to receive any evidence it considers reliable, whether or not it would normally be admissible in a court. Clearly, Parliament wanted the Board to have a maximum amount of flexibility. Further, it did not want to impose a burdensome evidentiary threshold on the Minister. Yet, the other side of this equation must be emphasized. The reasonable grounds standard operates as a protection against arbitrary, capricious or ill-founded state action. As Dickson J. [as he then was, in *Hunter et al.*, *supra*] points out, it is this standard that must be satisfied before the state can interfere with an individual’s right to be left alone. It is an important and meaningful threshold. It requires an objective assessment and can be satisfied only where it is supported by credible evidence.

[22] Here, the Board found the evidence, both oral and documentary, relating to Mr. Thanaratnam’s various

Thanaratnam est membre d’un groupe de criminels. La question n’est pas de savoir s’il était personnellement responsable d’une infraction en particulier. Pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une personne est membre d’un groupe qui se livre à des activités criminelles, il n’est pas nécessaire d’avoir une preuve hors de tout doute raisonnable indiquant que sa participation à cette activité équivaut à la perpétration véritable des infractions ou même à une participation coupable en tant qu’intervenant. Autrement dit, le fait qu’une personne ait été accusée d’un crime peut être pertinent à la question de l’appartenance au groupe, même en l’absence d’une preuve qui puisse satisfaire à la norme de responsabilité criminelle.

[20] Par conséquent, il est possible de rapprocher les causes sur lesquelles s’appuient le demandeur et le défendeur: dans des situations où la loi n’exige pas précisément la preuve d’une condamnation, la Commission peut examiner d’autres éléments de preuve crédibles et dignes de foi prouvant la participation à des activités criminelles, plus particulièrement lorsque la norme relative aux «motifs raisonnables de croire» s’applique.

[21] Cependant, il y a un équilibre important à respecter. D’une part, le législateur a établi un seuil de preuve assez bas dans ce domaine et a laissé au décideur beaucoup de latitude pour recueillir toutes les preuves qu’il estime fiables, que celles-ci soient ou non normalement admissibles devant un tribunal. Manifestement, le législateur souhaitait laisser à la Commission le maximum de souplesse. En outre, il ne voulait pas imposer au ministre un seuil de preuve trop lourd. Pourtant, il faut insister sur le deuxième élément de cette équation. La norme des motifs raisonnables assure une protection contre l’arbitraire et les mesures étatiques injustifiées. Comme le juge Dickson [tel était alors son titre, dans *Hunter et autres*, précité] le signale, c’est cette norme qui doit être respectée avant que l’État puisse porter atteinte au droit à la vie privée d’une personne. C’est un seuil important et significatif. Il exige une évaluation objective et il ne peut être respecté que lorsqu’il est appuyé par une preuve crédible.

[22] En l’espèce, la Commission a estimé que la preuve, orale comme documentaire, ayant trait aux

interactions with the police to be credible. It also considered Mr. Thanaratnam's five actual criminal convictions. In my view, it was entitled to consider the various forms of evidence before it and assign it a weight corresponding to its reliability. However, as will be seen below, I find that the Board's ultimate conclusion that Mr. Thanaratnam was a member of a criminal organization is unsupported by that evidence.

B. Was the Board's definition of "organization" correct?

[23] The Board found that the Tamil gangs with which Mr. Thanaratnam was allegedly associated were "organizations" within the meaning of that term in paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The Board stated:

- a) The groups or "gangs" known as V.V.T. and A.K. Kannan are organizations that exist, and that operate primarily in the Toronto area.
- b) There are reasonable grounds to believe that these two groups are engaged in criminal activity including assaults, drug offences, kidnappings, weapons offences etc. This activity is contrary to either the *Criminal Code* or the *Controlled Drugs and Substances Act*.
- c) The criminal activity is planned and organized by a number of persons acting in concert—planned in particular by the group leaders primarily and put into effect by the members.

[24] The Board concluded that there were reasonable grounds for believing that two Toronto Tamil gangs called the VVT and A.K. Kannan are organizations "engaged in criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of offences under an Act of Parliament".

[25] As mentioned, the Board's conclusion on this issue derived, in part, from the oral testimony of Toronto police officers who described their working definition of a "gang" and their knowledge of the activities of certain

différentes interactions de M. Thanaratnam avec la police était crédible. Elle a également examiné les cinq condamnations criminelles de M. Thanaratnam. À mon avis, il lui était loisible d'examiner les diverses formes de preuve dont elle était saisie et de leur accorder une importance correspondant à leur fiabilité. Toutefois, comme on le verra ci-dessous, j'estime que la conclusion finale de la Commission selon laquelle M. Thanaratnam était membre d'une organisation criminelle n'est pas appuyée par la preuve.

B. La définition que donne la Commission du terme «organisation» est-elle exacte?

[23] La Commission a statué que les gangs tamouls avec lesquels M. Thanaratnam aurait été associé étaient des «organisations» au sens de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La Commission a déclaré ceci:

[TRADUCTION]

- a) Les groupes ou «gangs» connus sous les noms de V.V.T. et A.K. Kannan sont des organisations qui existent, et qui œuvrent principalement dans la région de Toronto.
- b) Il y a des motifs raisonnables de croire que ces deux groupes se livrent à des activités criminelles, notamment des agressions, des infractions liées aux drogues, des enlèvements, des infractions relatives aux armes, etc. Ces activités sont contraires soit au *Code criminel*, soit à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.
- c) Les activités criminelles sont planifiées et organisées par plusieurs personnes agissant de concert, elles sont planifiées en particulier par les chefs de groupe et exécutées par les membres.

[24] La Commission a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que deux gangs tamouls de Toronto, qui s'appellent les VVT et A.K. Kannan, sont des organisations qui [TRADUCTION] «se livrent à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale».

[25] Comme on l'a mentionné, la conclusion de la Commission sur cette question découle, en partie, du témoignage verbal des policiers de Toronto qui ont défini le sens qu'ils donnent dans le cours de leur travail

Tamil groups in Toronto. Detective Constable Fernandes, an expert on Tamil gangs, said that a gang was a group of people who “work together towards a criminal and antisocial behaviour, primarily to a defined area where they create intimidation and fear in that community”.

[26] The officers described A.K. Kannan and VVT as having a “loose hierarchical organizational structure”. There were no specific job titles within the groups, but “there are leaders and followers”. The groups had subsidiary subgroups and offshoots made up mainly of younger persons. The younger groups acted on their own and committed less serious crimes, but still took some direction from the core leadership especially in respect of more serious matters. Detective Constable Fernandes described several serious crimes which he believed to be the product of Tamil gang activity.

[27] According to paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, a person is inadmissible to Canada if he or she is a member of an organization believed on reasonable grounds to be involved in a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert. Clearly, there was evidence before the Board indicating that the two Tamil groups were involved in various criminal activities and that those activities were carried out by a number of persons together as directed by the groups’ leaders. The question that remains is whether those groups could be described as “organizations”.

[28] The Board did not analyse this issue in any detail. But it did take into account evidence that the Tamil groups had a form of leadership, had loose structural arrangements, subgroups and affiliations, and had distinct identities. As such, there were features of the two Tamil groups that supported the Board’s conclusion that they met the definition of an organization.

au terme «gang» et partagé leur connaissance des activités de certains groupes tamouls à Toronto. Le gendarme-détective Fernandes, spécialiste des gangs tamouls, a déclaré qu’un gang était un groupe de personnes qui [TRADUCTION] «s’associent en adoptant un comportement criminel et antisocial, et qui dirigent principalement leurs activités dans un secteur donné où ils font de l’intimidation et sèment la terreur dans la collectivité».

[26] Les officiers ont décrit A.K. Kannan et VVT comme ayant [TRADUCTION] «une structure organisationnelle hiérarchique très lâche». Il n’y a pas de titre d’emploi spécifique à l’intérieur des groupes, mais [TRADUCTION] «il y a des meneurs et des suiveurs». Les groupes ont des sous-groupes subsidiaires et des ramifications constitués principalement de jeunes. Les groupes les plus jeunes agissent de façon indépendante et commettent les crimes les moins graves, mais ils prennent quand même certaines directives de la direction principale, surtout pour les questions les plus sérieuses. Le gendarme-détective Fernandes a décrit plusieurs crimes graves qu’il croit être le fait des gangs tamouls.

[27] Selon l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, une personne n’est pas admissible au Canada si elle est membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert. Manifestement, la Commission était saisie d’une preuve indiquant que les deux groupes tamouls se livraient à plusieurs activités criminelles et que ces activités étaient effectuées par un certain nombre de personnes agissant ensemble selon les instructions des meneurs des groupes. La question qu’il reste à trancher est de savoir si ces groupes peuvent être décrits comme des «organisations».

[28] La Commission n’a pas analysé cette question en détail. Mais elle a tenu compte d’une preuve selon laquelle les groupes tamouls avaient une forme de leadership, des arrangements structurels lâches, des sous-groupes et des affiliations, et qu’ils avaient des identités distinctes. À ce titre, certaines caractéristiques des groupes tamouls appuyaient la conclusion de la Commission selon laquelle ils peuvent être décrits comme une organisation.

[29] No guidance is given in the *Immigration Act* or the *Immigration and Refugee Protection Act* as to what an “organization” is. By contrast, the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, subsection 467.1(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 11; 2001, c. 32, s. 27] defines a “criminal organization” in some detail. It states that a criminal organization is a group, “however organized”, that is made up of three or more persons and “has as one of its main purposes or activities” the commission of serious criminal offences that would likely yield some kind of benefit to the members of the group. Specifically, a criminal organization under the Code does not include “a group of persons that forms randomly for the immediate commission of a single offence”.

[30] The *Criminal Code*’s definition does not apply directly to the immigration setting. However, I believe it is noteworthy that the Code does not require any particular formalities or decision-making arrangements. Presumably, to meet the definition, a group must have some form of organizational structure. The words “however organized” suggest that it must be organized in some fashion, but there are no minimum or mandatory attributes that the group must have.

[31] Here, the two Tamil groups described by the police had some characteristics of an organization—identity, leadership, a loose hierarchy and a basic organizational structure—and I can therefore find no error in the Board’s conclusion that they fell within the terms of paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

C. Did the Board err on the issue of Mr. Thanaratnam’s membership in a criminal organization?

[32] The Board devoted much of its decision to the issue whether there were reasonable grounds to believe Mr. Thanaratnam was a member of an organization

[29] Ni la *Loi sur l’immigration* ni la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* ne donne d’indication sur ce qu’est une «organisation». Par ailleurs, le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, au paragraphe 467.1(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 11; 2001, ch. 32, art. 27] définit l’expression «organisation criminelle» en détail. Ce paragraphe stipule que l’organisation criminelle est un groupe, «quel qu’en soit le mode d’organisation», composé d’au moins trois personnes «dont un des objets principaux ou une des activités principales» est de commettre des infractions graves susceptibles de procurer certains avantages aux membres du groupe. Plus particulièrement, une organisation criminelle au sens du Code n’inclut pas «un groupe d’individus formé au hasard pour la perpétration immédiate d’une seule infraction».

[30] La définition du *Code criminel* ne s’applique pas directement à une situation en matière d’immigration. Toutefois, j’estime qu’il est utile de noter que le Code n’exige pas de formalités particulières ou de formalités ayant trait à la prise des décisions. Pour répondre à cette définition, il faut présumer qu’un groupe doit avoir une certaine forme de structure organisationnelle. Les mots «quel qu’en soit le mode d’organisation» laissent entendre qu’elle doit être organisée d’une manière quelconque, mais sans la nécessité de se doter d’un attribut minimum ou obligatoire.

[31] En l’espèce, les deux groupes tamouls décrits par la police ont certaines caractéristiques d’une organisation, par exemple, l’identité, le leadership, des liens hiérarchiques lâches et une structure organisationnelle de base—et je ne peux trouver aucune erreur dans la conclusion de la Commission selon laquelle ces groupes tombent sous le coup de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

C. La Commission a-t-elle eu tort de conclure que M. Thanaratnam était membre d’une organisation criminelle?

[32] La Commission a consacré une bonne partie de sa décision à la question de savoir s’il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Thanaratnam était membre

involved in criminal activities. Here again, it relied on the evidence of experienced police officers. It also considered the criteria used by the police to decide whether a person was involved in activities that could be characterized as gang-related. To repeat, in respect of Mr. Thanaratnam, the Board concluded:

I believe the evidence places him on many occasions in the company of persons also alleged to be involved in criminal/gang activities. In my estimation a reasonable person viewing all the evidence put together at this hearing would conclude he was part of this gang activity. In the final analysis of the overall evidence therefore, I am satisfied that the test of "reasonable grounds to believe" he is a member of the V.V.T. or engages in activities undertaken by this group has been met.

[33] Mr. Thanaratnam argues that the Board erred in arriving at this finding. In particular, he suggests that the Board's conclusion was the product of speculation and stereotyping. He claims there was no evidence that he was personally involved in planning any gang activity or took orders from the gang leadership. Rather, he says, the Board simply assumed that his association with other persons with the same background combined with spontaneous criminal acts amounted to proof of membership in a gang.

[34] The Board referred to the following evidence:

- Mr. Thanaratnam was a suspect in respect of numerous criminal acts.
- On those occasions, he was usually in the company of other persons of Sri Lankan origin.
- Numerous charges against him were withdrawn or not proved.
- Mr. Thanaratnam was seen in a group of arguing VVT and A.K. Kannan members.
- He was the victim of beatings or shootings on four occasions, always in the company of other persons; the

d'une organisation se livrant à des activités criminelles. Ici encore, elle s'est appuyée sur la preuve de policiers expérimentés. Elle a également examiné les critères utilisés par la police pour décider si une personne participait à des activités qui pourraient être caractérisées comme des activités liées à un gang. Au sujet de M. Thanaratnam, la Commission a conclu, et je répète:

[TRADUCTION] Je crois que la preuve indique qu'il s'est trouvé à de nombreuses reprises en compagnie de personnes qui auraient également participé à des activités criminelles ou de gangs. À mon avis, une personne raisonnable qui examine l'ensemble de la preuve qui a été recueillie au cours de la présente audience en arriverait à la conclusion qu'il participait aux activités du gang. En dernière analyse, par conséquent, je suis convaincu que le critère des «motifs raisonnables de croire» est respecté et qu'il est membre du gang V.V.T. ou qu'il participe aux activités perpétrées par ce groupe.

[33] M. Thanaratnam prétend que la Commission a commis une erreur en tirant cette conclusion. Plus particulièrement, il laisse entendre que la conclusion de la Commission se fonde sur de la spéculation et des stéréotypes. Il prétend qu'il n'y a pas de preuve qu'il a participé personnellement à la planification des activités du gang ou qu'il a reçu des ordres des meneurs du gang. À son avis, la Commission a simplement présumé que son association avec d'autres personnes ayant les mêmes origines que lui, jumelée à la perpétration spontanée d'actes criminels, suffisait à faire la preuve qu'il faisait partie d'un gang.

[34] La Commission a fait référence à la preuve suivante:

- M. Thanaratnam était un suspect à l'égard d'un certain nombre d'actes criminels;
- à ces occasions, il se trouvait habituellement en compagnie d'autres personnes d'origine sri lankaise;
- de nombreuses accusations portées contre lui ont été retirées ou n'ont pas été prouvées;
- M. Thanaratnam a été vu dans un groupe de membres des VVT et A.K. Kannan en train de discuter fermement;
- il s'est fait battre ou tirer dessus à quatre occasions, alors qu'il était toujours en compagnie d'autres

attackers were usually of Sri Lankan origin.

- Three of the attacks on him involved attempts on his life. In one of them, a companion was killed.

- After he was assaulted by members of a gang, Mr. Thanaratnam was arrested as a suspect in an attempted murder, believed by police to be retaliatory. He admitted lying to police about the original assault. Charges against him were withdrawn after forensic tests showed that his car had not been involved in the attempted murder.

- Mr. Thanaratnam had five criminal convictions: failure to comply with a recognizance, mischief, impaired driving, uttering threats, and assault causing bodily harm. On the assault charge, Mr. Thanaratnam was sentenced to five months' imprisonment.

[35] In addition, the Board did not find Mr. Thanaratnam's testimony credible. He told the Board that he was unfamiliar with Tamil gangs and did not knowingly associate with their members.

[36] Based on this evidence, the Board found that there were reasonable grounds to believe that Mr. Thanaratnam was a gang member and, therefore, a member of an organization devoted to criminal activities. I can only intervene if this finding is patently unreasonable, in the sense that it is at odds with the evidence before the Board.

[37] As the Board put it, Mr. Thanaratnam was certainly "in the middle of things". But what was the evidence showing actual membership in a gang?

[38] The Board heard evidence to the effect that Mr. Thanaratnam was linked to gang-related activity. But this is not, as the police witnesses themselves readily acknowledged before the Board, sufficient evidence

personnes; les attaquants étaient habituellement d'origine sri lankaise;

- trois des attaques dirigées contre lui avaient pour but de l'abattre. Au cours de l'une de ces attaques, un de ses compagnons a été tué;

- Après qu'il eut été agressé par les membres d'un gang, M. Thanaratnam a été arrêté comme suspect dans une tentative de meurtre qui, selon la police, était une mesure de représailles. Il a admis avoir menti à la police au sujet de la première agression. Les accusations portées contre lui ont été retirées après que des tests judiciaires eurent démontré que sa voiture n'avait pas été utilisée au cours de la tentative de meurtre;

- M. Thanaratnam a été condamné cinq fois au criminel pour les infractions suivantes: non-respect d'un engagement, méfait, conduite avec facultés affaiblies, menaces et voies de fait causant des lésions corporelles. Sur l'accusation de voies de fait, M. Thanaratnam a été condamné à une peine d'emprisonnement de cinq mois.

[35] En outre, la Commission n'a pas jugé que le témoignage de M. Thanaratnam était crédible. Il a dit à la Commission qu'il ne connaissait pas bien les gangs tamouls et qu'il ne s'associait pas intentionnellement avec ses membres.

[36] En s'appuyant sur cette preuve, la Commission a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Thanaratnam était membre d'un gang et, par conséquent, membre d'une organisation se consacrant à des activités criminelles. Je ne peux intervenir sur ce point que si cette conclusion est manifestement déraisonnable, en ce sens qu'elle va à l'encontre de la preuve dont était saisie la Commission.

[37] Comme la Commission l'a dit, M. Thanaratnam était certainement [TRADUCTION] «dans le feu de l'action». Mais où est la preuve démontrant qu'il appartenait réellement à un gang?

[38] La Commission a entendu une preuve indiquant que M. Thanaratnam était lié à des activités de gang. Mais cela ne constitue pas, comme les témoins de la police l'ont eux-mêmes reconnu d'emblée devant la

from which to draw an inference that a person is a gang member. According to criteria used by police, other factors must be taken into account before one can draw an inference that a person may be a gang member. The Board set out those criteria in its reasons:

- involvement directly or indirectly in a gang-related crime or incident;
- acknowledges gang membership or gang association;
- identified as a gang member or gang associate by physical evidence;
- identified as a gang member or gang associate by reliable source information;
- police information provided or received as the result of directly observed association with other known gang members or gang associates;
- common or symbolic gang identifier(s) or paraphernalia;
- previous court findings including, but not limited to sworn testimonials that the person is a gang member or gang associate.

[39] Police would consider a person to be a gang member only if the first of these criteria was met, along with at least two others. The Board rightly noted that it was not bound by these criteria. At the same time, however, the Board relied heavily on the testimony and documentary evidence tendered by police witnesses to conclude that there were reasonable grounds for believing Mr. Thanaratnam was a gang member. Yet, as I read the evidence, the criteria used by the police themselves did not appear to be met. As mentioned, there was some evidence that Mr. Thanaratnam was involved in gang-related events and that he was occasionally seen associating with gang members. However, I cannot find in the evidence anything that would satisfy any of the other police criteria for determining gang membership or, indeed, would otherwise indicate that Mr. Thanaratnam actually belonged to a gang.

Commission, une preuve suffisante à partir de laquelle on peut tirer une inférence selon laquelle une personne est membre d'un gang. Selon les critères utilisés par la police, d'autres facteurs doivent être pris en compte avant que l'on puisse en déduire qu'une personne est membre d'un gang. La Commission a énoncé ces critères dans ses motifs:

- participation directe ou indirecte à un crime ou à un incident qui est le fait d'un gang;
- reconnaissance de l'appartenance à un gang ou de l'association à ce gang;
- identification de la personne en tant que membre ou associé du gang par une preuve matérielle;
- identification en tant que membre ou associé du gang par une source fiable;
- renseignements fournis par la police ou reçus par suite d'une association directement observée avec d'autres membres ou associés du gang;
- attirail ou objets usuels ou symboliques permettant de le relier au gang;
- conclusions judiciaires préalables, notamment des témoignages donnés sous serment affirmant que la personne est membre du gang ou associée à celui-ci.

[39] La police estime qu'une personne est membre d'un gang uniquement si le premier de ces critères est respecté, en association avec au moins deux autres. La Commission a noté à juste titre qu'elle n'était pas liée par ces critères. En même temps, toutefois, elle s'est appuyée considérablement sur les témoignages et la preuve documentaire donnés par les agents de police pour conclure qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Thanaratnam était membre d'un gang. Et pourtant, de la façon dont je lis la preuve, les critères utilisés par la police elle-même ne semblent pas être respectés. Comme on l'a déjà mentionné, il y a certains éléments de preuve qui indiquent que M. Thanaratnam a participé à certains incidents liés à des gangs et qu'il a été vu à l'occasion avec des membres du gang. Toutefois, je ne trouve rien dans la preuve qui respecte l'un ou l'autre des critères utilisés par la police pour

[40] One of the police witnesses, Detective Constable Smith, testified that he thought a third criterion was satisfied in Mr. Thanaratnam's case; namely, "previous court findings including, but not limited to sworn testimonials that the person is a gang member or gang associate". He believed that Mr. Thanaratnam's criminal record provided that evidence. However, there is nothing on the face of Mr. Thanaratnam's criminal record that would indicate that there had been court findings or even testimony to the effect that Mr. Thanaratnam was a member of a gang. Indeed, Detective Constable Smith himself did not go that far in his testimony before the Board. He was only able to say, based on the entire package of police information on Mr. Thanaratnam, that "all incidents, criminal convictions, arrests, associations, it's all part of a belief that a person is entrenched completely within a sub-culture . . . and take part in criminality. That, I believe, is supported in this package and taking it all into consideration that finding I think is obvious". He did not say that the evidence he had compiled, much of it hearsay in any case, would sustain an inference that Mr. Thanaratnam was a member of a gang.

[41] Accordingly, in my view, the Board's conclusion on this issue was out of keeping with the evidence before it. I see no basis for its finding that there were reasonable grounds to believe that Mr. Thanaratnam was a member of an organization devoted to criminal activities in the sense that he actually "belonged" to such a group: *Chiau*, above.

III. Conclusion

[42] The Board proceeded properly by hearing and relying on evidence it found credible and trustworthy. Its finding that the gang Mr. Thanaratnam was alleged to be

déterminer l'appartenance à un gang ou, en fait, qui indiquerait par ailleurs que M. Thanaratnam appartenait véritablement à un gang.

[40] L'un des témoins de la police, le gendarme-détective Smith, a indiqué dans son témoignage qu'il croyait qu'un troisième critère était respecté dans le cas de M. Thanaratnam, à savoir [TRADUCTION] «conclusions judiciaires préalables, notamment des témoignages donnés sous serment affirmant que la personne est membre du gang ou associée à celui-ci». Il croit que le casier judiciaire de M. Thanaratnam fournit cette preuve. Toutefois, à première vue, il n'y a rien dans le casier judiciaire de M. Thanaratnam qui révèle qu'il y a eu des conclusions judiciaires ou même des témoignages indiquant que M. Thanaratnam était membre d'un gang. En fait, le gendarme-détective Smith lui-même n'est pas allé aussi loin dans son témoignage devant la Commission. En se fondant sur l'ensemble des renseignements fournis par la police sur M. Thanaratnam, il n'a pu dire que ceci [TRADUCTION] «tous les incidents, condamnations criminelles, arrestations, associations, tout cela fait partie de la conviction qu'une personne est complètement intégrée dans une sous-culture [. . .] et participe à des activités criminelles. Je crois que cela est appuyé dans ce dossier de preuve et si l'on prend tout cela en considération, à mon avis, cette conclusion est évidente». Il n'a pas dit que la preuve qu'il avait compilée, dont une bonne partie est du oui-dire, permettrait d'appuyer l'inférence selon laquelle M. Thanaratnam était membre d'un gang.

[41] Par conséquent, à mon avis, la conclusion de la Commission sur cette question n'est pas conforme à la preuve dont elle était saisie. Je ne vois aucun fondement pour justifier la conclusion selon laquelle il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Thanaratnam était membre d'une organisation se livrant à des activités criminelles au sens où il «appartenait» réellement à un tel groupe: *Chiau*, précité.

III. Conclusion

[42] La Commission a bien agi en entendant une preuve qu'elle jugeait crédible et digne de foi et en s'appuyant sur cette preuve. Sa conclusion selon laquelle

part of was an “organization” for purposes of paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* was consistent with the evidence before it. However, the Board’s conclusion that Mr. Thanaratnam was a member of a gang was not supported by the evidence. Therefore, this application for judicial review is allowed and the matter is referred back to the Board for redetermination by a different panel. Since the only matter that is in doubt is whether Mr. Thanaratnam is a member of a criminal organization, the new hearing should be confined to that issue.

[43] Counsel requested an opportunity to propose questions of general importance for certification. Any such submissions shall be served and filed within 10 business days of this judgment.

JUDGMENT

THIS COURT’S JUDGMENT IS that:

1. The application for judicial review is allowed. The issue whether Mr. Thanaratnam is a member of a criminal organization is referred back to the Board for redetermination by a different panel;
2. Request by counsel for an opportunity to propose a question of general importance for certification is granted. Submissions should be filed within 10 business days following this judgment.

Annex

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(c) persons who have been convicted in Canada of an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more;

le gang dont M. Thanaratnam serait membre était une «organisation» au sens de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* était conforme à la preuve dont elle était saisie. Toutefois, la conclusion de la Commission selon laquelle M. Thanaratnam était membre d’un gang n’était pas appuyée par la preuve. Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie et l’affaire est renvoyée à la Commission pour être réexaminée par une formation différente. Puisque la seule question qui a été mise en doute était de savoir si M. Thanaratnam est membre d’une organisation criminelle, la nouvelle audition se limitera à cette question.

[43] L’avocat a demandé la possibilité de proposer des questions graves de portée générale aux fins de la certification. Ces observations devront être signifiées et déposées dans un délai de 10 jours ouvrables à compter du prononcé du présent jugement.

JUGEMENT

LE JUGEMENT DE LA COUR EST le suivant:

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La question de savoir si M. Thanaratnam est membre d’une organisation criminelle est renvoyée à la Commission pour être examinée de nouveau par une formation différente;
2. La demande formulée par l’avocat pour avoir la possibilité de proposer une question grave de portée générale aux fins de la certification est accordée. Les observations doivent être déposées dans les 10 jours ouvrables suivant le prononcé du présent jugement.

Annexe

Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[...]

c) celles qui ont été déclarées coupables, au Canada, d’une infraction qui peut être punissable, aux termes d’une loi fédérale, d’un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans;

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more, or

(ii) have committed outside Canada an act or omission that constitutes an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,

...

(c.2) persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence under the *Criminal Code* or *Controlled Drugs and Substances Act* that may be punishable by way of indictment or in the commission outside Canada of an act or omission that, if committed in Canada, would constitute such an offence, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

...

27. (1) An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

(a) is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (k) or (l);

(a.1) outside Canada,

(i) has been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more, or

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine leur ayant été infligée pour l'infraction,

(ii) soit commis un fait—acte ou omission—qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis la commission du fait;

[. . .]

c.2) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles 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 à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction au *Code criminel* ou à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui peut être punissable par mise en accusation ou a commis à l'étranger un fait—acte ou omission—qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait une telle infraction, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

[. . .]

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

a) appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c.2), d), e), f), g), k) ou l);

a.1) est une personne qui a, à l'étranger:

(i) soit été déclarée coupable d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si la personne peut justifier auprès du ministre de sa réadaptation et du fait

qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine lui ayant été infligée pour l'infraction,

...

[...]

(d) has been convicted of an offence under any Act of Parliament, other than an offence designated as a contravention under the *Contraventions Act*, for which a term of imprisonment of more than six months has been, or five years or more may be, imposed;

d) a été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions*:

...

[...]

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not 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)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)a), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si, selon le cas:

(a) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada; or

a) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada;

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada; or

b) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada;

(c) the person is a person described in subparagraph 27(1)(a.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada; or

c) elle relève du cas visé au sous-alinéa 27(1)a.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada;

(d) the person is a person described in paragraph 27(1)(d) who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada.

d) elle relève, pour toute infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, du cas visé à l'alinéa 27(1)d) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

INADMISSIBILITY

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

...

[...]

INTERDICTIONS DE TERRITOIRE

33. Les faits—actes ou omissions—mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern;

...

173. The Immigration Division, in any proceeding before it,

...

(c) is not bound by any legal or technical rules of evidence; and

(d) may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings that it considers credible or trustworthy in the circumstances.

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants:

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

[. . .]

173. Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de l'immigration:

[. . .]

c) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;

d) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision.

IMM-5823-02
2004 FC 288

IMM-5823-02
2004 CF 288

Harjit Singh and Satinder Kaur (*Applicants*)

Harjit Singh et Satinder Kaur (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: SINGH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

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

Federal Court, Russell J.—Toronto, February 3; Ottawa, February 26, 2004.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 3 février; Ottawa, 26 février 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Application under IRPA, s. 72 for judicial review of PRRA officer's decision no risk of torture, unusual treatment if applicants returned to India — Female applicant has kidney failure, says in grave danger if returned — Dialysis available in India but applicant unable to pay price — Whether officer erred in rejecting claim as based on inadequate medical facilities within IRPA, s. 97(1)(b)(iv) exception — Correctness appropriate review standard — Matter of statutory interpretation: what was Parliament's intention? — Risk to life under s. 97 not requiring assessment whether appropriate medical care available in country in question — Whether presumption officer had jurisdiction to entertain Charter issue — PRRA officers' powers less than those of Board Divisions — Pre-removal risk assessment process inappropriate forum for resolving complex Charter issues.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'art. 72 de la LIPR contre la décision de l'agente d'ERAR selon laquelle les demandeurs ne seraient pas exposés au risque d'être soumis à la torture ou au risque de traitements inusités s'ils étaient renvoyés en Inde — La demanderesse souffre d'insuffisance rénale et affirme qu'elle serait exposée à un risque sérieux si elle était renvoyée — Des traitements de dialyse sont offerts en Inde, mais la demanderesse est incapable de payer les frais — L'agente a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a rejeté la demande en concluant qu'elle était fondée sur les ressources médicales inadéquates visées par l'exception de l'art. 97(1)b(iv) de la LIPR? — La décision correcte est la norme de contrôle appropriée — Question d'interprétation législative: quelle était l'intention du législateur? — La question d'une menace à la vie suivant l'art. 97 n'exige pas de savoir s'il existe des soins médicaux adéquats dans le pays en question — Existait-il une présomption que l'agente avait compétence pour trancher une question touchant la Charte? — Les pouvoirs attribués aux agents d'ERAR sont moindres que ceux attribués aux sections de la Commission — La procédure d'examen des risques avant renvoi n'est pas la procédure appropriée pour la résolution de questions complexes touchant la Charte.

This was an application under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), section 72 for judicial review of a decision by a pre-removal risk assessment (PRRA) officer determining that applicants would not face a risk of persecution, torture or cruel and unusual treatment if returned to India.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire, présentée suivant l'article 72 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), qui visait la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi a conclu que les demandeurs ne seraient pas exposés au risque d'être soumis à la persécution et à la torture ou au risque de traitements cruels et inusités s'ils étaient renvoyés en Inde.

The male applicant asserted that, if returned to India, he will face persecution and that his wife would be in grave danger as she suffers from kidney failure. Medical care in India was said to be inadequate. The officer concluded that the

Le demandeur a fait valoir qu'il serait exposé à de la persécution en Inde s'il y était renvoyé et que son épouse serait exposée à un risque sérieux parce qu'elle souffrait d'insuffisance rénale. Le demandeur a affirmé que les soins de

evidence failed to demonstrate that male applicant, who had been gone from India for 14 years, would be arrested and detained upon his return. She further found that female applicant would have access to dialysis but that the adequacy of medical care was outside her mandate to consider. Furthermore, she noted that a PRRA officer is not a tribunal having jurisdiction to consider a Charter argument, i.e. that under section 7 she had the power to disregard IRPA, section 97 which precludes consideration on lack of medical resources.

The issues were: whether the officer erred in rejecting the claim by finding it based on inadequate medical facilities within the IRPA subparagraph 97(1)(b)(iv) exception so that the risk was caused by inability to provide adequate medical care, and whether the officer erred in concluding she lacked jurisdiction to grant a constitutional exemption.

Since the issues involved questions of law, the applicable standard of review was correctness.

Held, the application should be denied.

The decision herein turned on a matter of statutory interpretation: were the access issues raised by applicants subsumed in the subparagraph 97(1)(b)(iv) exception? The statutory provision is somewhat ambiguous, but the clause-by-clause analysis of IRPA in Bill C-11 indicated that lack of “appropriate” health or medical care are not grounds for granting refugee protection under IRPA and that these matters are more appropriately assessed by other means under the Act. A risk to life under section 97 should not include having to assess whether there is appropriate health and medical care available in the country in question. The officer did not commit reviewable error.

In arguing for a presumption that the officer had jurisdiction to entertain the Charter issue, applicants relied upon *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, in which it was held that if the statute empowers a tribunal—explicitly or by implication—to decide questions of law, that power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision. Once this presumption has been raised, the burden

santé en Inde étaient inadéquats. L’agente a conclu que les éléments de preuve ne démontraient pas que le demandeur, qui avait été absent de l’Inde pendant 14 ans, serait arrêté et détenu à son retour en Inde. Elle a en outre conclu que la demanderesse pourrait obtenir de la dialyse, mais que la question de savoir si les soins médicaux étaient adéquats n’était pas une question qu’il lui appartenait d’examiner. En outre, elle a mentionné qu’un agent d’ERAR n’est pas un tribunal ayant compétence pour examiner un argument fondé sur la Charte, à savoir que suivant l’article 7 elle avait le pouvoir de ne pas tenir compte de l’article 97 de la LIPR qui empêche que soit examiné le manque de ressources médicales.

Les questions en litige étaient les suivantes: celle de savoir si l’agente a commis une erreur lorsqu’elle a rejeté la demande en concluant qu’elle était fondée sur les ressources médicales inadéquates visées par l’exception du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR si bien que le risque résultait de l’incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats et celle de savoir si l’agente a commis une erreur lorsqu’elle a conclu qu’elle n’avait pas compétence pour accorder une exemption constitutionnelle.

Étant donné que les questions soulevées touchent des questions de droit, la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte.

Jugement: la demande est rejetée.

La décision en l’espèce dépend d’une question d’interprétation législative, à savoir: les questions de la possibilité d’obtenir des soins soulevées par les demandeurs sont-elles comprises dans l’exception prévue au sous-alinéa 97(1)(b)(iv)? La disposition de la Loi est quelque peu ambiguë, mais l’analyse article par article de la LIPR contenue dans le projet de loi C-11 énonçait que l’absence de soins médicaux ou de santé «adéquats» ne constitue pas un motif reconnu pour accorder la protection en vertu de la Loi et qu’il est plus approprié de recourir à d’autres dispositions de la Loi pour évaluer cette question. La question d’une menace à la vie suivant l’article 97 ne devrait pas inclure l’obligation d’évaluer la question de savoir s’il existe des soins médicaux et de santé adéquats dans le pays en question. L’agente n’a pas commis une erreur susceptible de contrôle.

Les demandeurs prétendaient qu’il existait une présomption selon laquelle l’agente avait compétence pour trancher des questions à l’égard de la validité constitutionnelle en se fondant sur l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, dans lequel il a été statué que si la loi donne à un tribunal le pouvoir, expressément ou implicitement, de trancher des questions de droit, il existe une présomption que ce pouvoir inclut la

of rebuttal falls upon he who alleges that the tribunal lacks jurisdiction to apply the Charter. The respondent invited the Court to follow *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22 and to hold that the role of PRRA officers is heavily circumscribed by the IRPA and the Regulations, their powers being much less than those conferred upon Divisions of the Board under IRPA, subsection 162(1). Any legal issues are to be dealt with by them merely as part of risk assessments under sections 96 and 97. While applicants perhaps raised good reasons why PRRA officers should have been given constitutional jurisdiction, the Solicitor General's arguments on this issue were more convincing. In the absence of an express grant, it could not be concluded that Parliament intended to confer upon PRRA officers jurisdiction to decide constitutional questions such as that here at issue. The pre-removal risk assessment process is not an appropriate forum for the resolution of complex legal issues such as Charter interpretation.

compétence de déterminer la validité constitutionnelle de cette disposition. Une fois que cette présomption a été soulevée, le fardeau de la réfuter appartient à celui qui prétend que le tribunal n'a pas compétence pour appliquer la Charte. Le défendeur a invité la Cour à suivre l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, et à statuer que le rôle des agents d'ERAR est très sérieusement circonscrit par la LIPR et le Règlement, les pouvoirs qui leur sont attribués étant bien moindres que ceux attribués aux sections de la Commission suivant le paragraphe 162(1) de la LIPR. Toutes les questions de droit soumises aux agents d'ERAR doivent être traitées simplement comme des questions faisant partie de l'examen des risques devant être effectué conformément aux articles 96 et 97 de la LIPR. Bien que les demandeurs aient peut-être soulevé des motifs valables pour lesquels une compétence en matière constitutionnelle aurait dû être attribuée aux agents d'ERAR, les observations du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à l'égard de cette question sont plus convaincantes. En l'absence d'une attribution expresse, on ne pouvait pas conclure que le législateur avait l'intention de conférer aux agents d'ERAR la compétence de trancher des questions constitutionnelles de la sorte de celles en l'espèce. La procédure d'examen des risques avant renvoi n'est pas la procédure appropriée pour la résolution de questions de droit complexes comme l'interprétation de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bill C-11, *An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger*, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (1st reading, 21 February 2001).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 72, 96, 97, 162(1).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Tétreault-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.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi 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 sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 72, 96, 97, 162(1).
 Projet de loi C-11, *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Tétreault-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.

CONSIDERED:

Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 28 C.C.E.L. (3d) 1; 310 N.R. 22.

APPLICATION under *Immigration and Refugee Protection Act*, section 72 for the judicial review of the decision of a pre-removal risk assessment officer. Application denied.

APPEARANCES:

Lorne Waldman for applicants.
Amina Riaz for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Lorne Waldman, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] RUSSELL J.: This is an application pursuant to section 72 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), for judicial review of a decision of pre-removal risk assessment officer R. Klagsbrun (officer) dated October 25, 2002 (decision), wherein the officer determined that Harjit Singh (male applicant) and Satinder Kaur (female applicant) (collectively the applicants) would not be subject to a risk of persecution, torture, risk to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if returned to their country of nationality.

BACKGROUND

[2] The applicants came to Canada in 1988 and made a refugee claim. Their claim was rejected, but the claims of their three children were accepted. The applicants were granted an exemption on humanitarian and compassionate grounds in 1994. In 2000, their application for landing was rejected.

DÉCISION EXAMINÉE:

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur, [2003] 2 R.C.S. 504; (2003), 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 28 C.C.E.L. (3d) 1; 310 N.R. 22.

DEMANDE présentée suivant l'article 72 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en vue d'un contrôle judiciaire de la décision de l'agent(e) d'examen des risques avant renvoi. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Lorne Waldman pour les demandeurs.
Amina Riaz pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lorne Waldman, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE RUSSELL: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée suivant l'article 72 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), qui vise la décision rendue en date du 25 octobre 2002 (la décision) par laquelle l'agent(e) d'examen des risques avant renvoi R. Klagsbrun (l'agent(e)) a conclu que Harjit Singh (le demandeur) et Satinder Kaur (la demanderesse) (collectivement nommés les demandeurs) ne seraient pas exposés au risque d'être soumis à la persécution et à la torture, à une menace à leur vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités s'ils étaient renvoyés dans leur pays de nationalité.

LES FAITS

[2] Les demandeurs sont entrés au Canada en 1988 et ils ont revendiqué le statut de réfugié. Leur revendication a été rejetée, mais les revendications présentées par leurs trois enfants ont été accueillies. Une dispense fondée sur des raisons d'ordre humanitaire leur a été accordée en 1994. En 2000, leur demande d'établissement a été rejetée.

[3] In 2000, the male applicant received notification from the Minister of Immigration that he had been convicted of a criminal offence in India. Based on this, he was given an opportunity to make further submissions. After he made submissions, the immigration officer dealing with the matter concluded that he was inadmissible and rejected the application for landing of both applicants.

[4] An application for leave to commence an application for judicial review was brought and that application was dismissed. However, the applicants then brought forward new evidence. This new evidence showed that the male applicant had been accused of perjury as a result of testifying at a bail hearing that he had never been back to India. Based on the information in the possession of the Peel Police that the male applicant had been convicted in India of an offence, and had been in India, he was charged with perjury. The male applicant's counsel successfully defended him, and the Crown stayed the charge. At the trial, the police in India were unable to corroborate that the male applicant had been in India.

[5] The fact that the charges against the male applicant were stayed by the Crown had not been before the immigration officer who rejected the landing application and, as a result, the applicants filed a new application for consideration on humanitarian and compassionate grounds, which is still pending.

[6] The applicants were served with notification that they were going to be removed and applied for a pre-removal risk assessment. In his submission, the male applicant said he was at risk in India as a result of persecution. He also submitted that his wife was in grave danger as a result of the fact that she had kidney failure. The applicants asked the officer to consider these facts and to grant a constitutional exemption from subparagraph 97(1)(b)(iv) of IRPA that requires that the risk not be as a result of being subjected to inadequate medical facilities or medical care.

[3] En 2000, le demandeur a reçu un avis du ministre de l'Immigration l'informant qu'il avait été reconnu coupable d'une infraction criminelle en Inde. À cet égard, le demandeur a eu la possibilité de présenter des observations additionnelles. Après que le demandeur eut fait des observations, l'agent d'immigration qui traitait l'affaire a conclu que le demandeur était une personne non admissible et a rejeté la demande d'établissement présentée par les deux demandeurs.

[4] Une demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire a été déposée et cette demande a été rejetée. Toutefois, les demandeurs ont alors présenté un nouvel élément de preuve. Ce nouvel élément de preuve démontrait que le demandeur avait été accusé de parjure parce qu'il avait témoigné lors d'une enquête sur le cautionnement qu'il n'était jamais retourné en Inde. Sur le fondement de renseignements détenus par la police de Peel selon lesquels il avait été reconnu coupable d'une infraction en Inde, et qu'il était allé en Inde, le demandeur a été accusé de parjure. L'avocat du demandeur a réussi dans sa défense et la Couronne a suspendu l'accusation. Lors du procès, la police en Inde a été incapable de corroborer que le demandeur était allé en Inde.

[5] Le fait que les accusations portées contre le demandeur aient été suspendues par la Couronne n'avait pas été soumis à l'agent d'immigration qui a rejeté la demande d'établissement et, par conséquent, les demandeurs ont présenté une nouvelle demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, demande qui est toujours en instance.

[6] Un avis informant les demandeurs qu'ils seraient renvoyés du pays leur a été signifié et ils ont présenté une demande d'examen des risques avant renvoi. Dans ses prétentions, le demandeur a déclaré qu'il était exposé à des risques en Inde en raison de la persécution. Il a en outre prétendu que son épouse était exposée à un risque sérieux parce qu'elle souffrait d'insuffisance rénale. Les demandeurs ont demandé à l'agente d'examiner ces faits et de leur accorder une exemption constitutionnelle de l'application du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR qui exige que le risque ne résulte pas de ressources médicales inadéquates ou de soins de santé inadéquats.

DECISION UNDER REVIEW

[7] The officer noted that the male applicant had also indicated he would be tortured if returned to India. She also noted that he indicated that his wife would die because she required dialysis. The officer noted that the applicants' refugee claim was rejected in 1992 and there had been no previous pre-removal risk assessment. She concluded there was insufficient evidence to indicate that the male applicant was at risk because he had been out of India for 14 years, and there was insufficient persuasive evidence the applicants would be arrested and detained by the police upon their return.

[8] The officer then reached the following conclusions concerning the health issues of the female applicant:

Counsel indicated in his submissions that the female applicant has complete kidney failure and requires dialysis three times a week. Counsel indicated she would not have access to dialysis in India and does not have the money to afford dialysis and has no resources. The documentary evidence indicates that there are medical facilities to deal with dialysis. According to section 97.1(iv) [sic] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, risk to life or risk of cruel and unusual treatment must not be caused by the inability of the country of return to provide adequate medical or health care. Medical care exists in India. Therefore, not providing adequate medical or health care to deal with kidney failure is not on my mandate to consider.

Counsel considered I have the power under section 7 of the Charter to disregard section 97 that precludes consideration based on lack of medical resources. In my opinion, PRRA officers are not considered a tribunal with the jurisdiction to consider Charter arguments nor was it the intent of the legislator to provide PRRA officer with the discretion to ignore the relevant provisions of IRPA and the Regulations.

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[7] L'agente a mentionné que le demandeur avait en outre déclaré qu'il serait torturé s'il était renvoyé en Inde. Elle a de plus mentionné que le demandeur avait déclaré que son épouse mourrait parce qu'elle avait besoin de traitements de dialyse. L'agente a mentionné que la revendication du statut de réfugié présentée par les demandeurs avait été rejetée en 1992 et qu'aucune évaluation des risques avant le renvoi n'avait été effectuée. Elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve démontrant que le demandeur soit exposé à un risque, parce qu'il avait été absent de l'Inde pendant 14 ans, et qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve convaincants démontrant que les demandeurs seraient arrêtés et détenus par la police à leur retour en Inde.

[8] L'agente a alors tiré les conclusions suivantes à l'égard des questions se rapportant à la santé de la demanderesse:

[TRADUCTION] L'avocat a mentionné dans ses observations que la demanderesse souffrait d'une insuffisance rénale totale et qu'elle avait besoin de traitements de dialyse trois fois par semaine. L'avocat a mentionné qu'elle ne pourrait pas obtenir des traitements de dialyse en Inde, qu'elle n'avait pas d'argent pour payer de tels traitements et qu'elle n'avait pas de ressources. La preuve documentaire mentionne qu'il existe des ressources médicales qui offrent des traitements de dialyse. Suivant le sous-alinéa 97(1)b)(iv) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la menace à la vie ou le risque de traitements cruels et inusités ne doit pas résulter de l'incapacité du pays où retourne le demandeur de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats. Des soins médicaux sont offerts en Inde. Par conséquent, la question de savoir s'il est possible d'obtenir des soins médicaux ou de santé adéquats pour le traitement d'une insuffisance rénale n'est pas une question qu'il m'appartient d'examiner.

L'avocat était d'avis que j'avais, suivant l'article 7 de la Charte, le pouvoir de ne pas tenir compte de l'article 97 qui empêche que soit examiné le manque de ressources médicales. À mon avis, les agents d'ERAR ne sont pas assimilés à un tribunal ayant compétence pour examiner des arguments fondés sur la Charte et il n'était pas de l'intention du législateur d'attribuer à un agent d'ERAR le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte de dispositions pertinentes de la LIPR et du Règlement.

RELEVANT LEGISLATION

[9] Sections 96 and 97 of the IRPA define a Convention refugee and person in need of protection as follows:

96. A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

[10] The following sections of the Charter and the *Constitution Act, 1982* were noted by the applicants:

Canadian Charter of Rights and Freedoms [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

LA LÉGISLATION PERTINENTE

[9] Les articles 96 et 97 de la LIPR définissent comme suit un réfugié au sens de la Convention et une personne à protéger:

96. A qualité de réfugié au sens de la Convention—le réfugié—la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée:

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant:

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes—sauf celles infligées au mépris des normes internationales—et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[10] Les demandeurs ont mentionné les articles suivants de la Charte et de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

Charte canadienne des droits et libertés [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

ISSUES

[11] The applicants raise the following issues:

Did the Officer err in law in rejecting the claim by finding that it was based on inadequate medical facilities within the exception in subparagraph 97(1)(b)(iv) of IRPA so that the risk was caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care?

Did the Officer err in law in concluding that she did not have the jurisdiction to grant a constitutional exemption?

ANALYSIS

Standard of Review

[12] The issues raised in this application involve questions of law. I regard the applicable standard of review to be correctness. However, my conclusions are the same irrespective of the standard that is applied.

Adequacy and Accessibility

[13] In the decision, the officer acknowledges that “Counsel indicated she [the female applicant] would not have access to dialysis in India and does not have the money to afford dialysis and has no resources.”

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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]]

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[11] Les demandeurs soulèvent les questions suivantes:

L'agente a-t-elle commis une erreur de droit lorsqu'elle a rejeté la demande en concluant qu'elle était fondée sur les ressources médicales inadéquates visées par l'exception du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR si bien que le risque résultait de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats?

L'agente a-t-elle commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour accorder une exemption constitutionnelle?

ANALYSE

La norme de contrôle

[12] Les questions soulevées dans la présente demande touchent des questions de droit. À mon avis, la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte. Cependant, mes conclusions sont les mêmes peu importe la norme qui est appliquée.

Le caractère adéquat et la possibilité d'obtenir des soins

[13] Dans la décision, l'agente reconnaît que [TRADUCTION] «[l']avocat a mentionné qu'elle [la demanderesse] ne pourrait pas obtenir des traitements de dialyse en Inde, qu'elle n'avait pas d'argent pour payer de tels traitements et qu'elle n'avait pas de ressources».

[14] The officer dealt with these issues as follows:

The documentary evidence indicates that there are medical facilities to deal with dialysis. According to section 97(1)(b)(iv) [sic] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, risk to life, or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment must not be caused by the inability of the country of return to provide adequate health or medical care. Medical care exists in India. Therefore, not providing adequate health or medical care to deal with her kidney failure is not in my mandate to consider.

[15] The applicants do not dispute the finding that there are medical facilities in India to deal with dialysis. But their point is that the female applicant cannot access such facilities for various reasons but, primarily, impecuniosity. Hence, the applicants say that the decision fails completely to deal with the issue of access to appropriate health care and the officer has committed a reviewable error.

[16] The respondent says that the issue of access is dealt with because it falls within the health and medical care exception set out in subparagraph 97(1)(b)(iv) of IRPA:

97. (1) . . .

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

[17] The respondent argues that the officer's conclusion that availability and access to medical care in India "is not in my mandate to consider," is correct.

[18] Counsel were unable to provide me with any case directly on point. The issue before me, then, boils down to a matter of statutory interpretation. Are the access issues raised by the applicants subsumed in the exception

[14] L'agente a traité de ces questions de la façon suivante:

[TRADUCTION] La preuve documentaire mentionne qu'il existe des ressources médicales qui offrent des traitements de dialyse. Suivant le sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la menace à la vie ou le risque de traitements cruels et inusités ne doit pas résulter de l'incapacité du pays où retourne le demandeur de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats. Des soins médicaux sont offerts en Inde. Par conséquent, la question de savoir s'il est possible d'obtenir des soins médicaux ou de santé adéquats pour le traitement d'une insuffisance rénale n'est pas une question qu'il m'appartient d'examiner.

[15] Les demandeurs ne contestent pas la conclusion selon laquelle il existe en Inde des ressources médicales qui offrent des traitements de dialyse. Toutefois, le point qu'ils font valoir est que la demanderesse ne peut pas obtenir les services offerts par ces ressources pour diverses raisons, mais principalement parce qu'elle n'a pas suffisamment d'argent pour payer les traitements. Par conséquent, les demandeurs affirment que la décision ne traite aucunement de la question de la possibilité d'obtenir des soins de santé adéquats et que l'agente a commis une erreur susceptible de contrôle.

[16] Le défendeur affirme que la décision traite de la question de la possibilité d'obtenir des soins parce que cette question est comprise dans l'exception à l'égard des soins médicaux et de santé énoncée comme suit au sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR:

97. (1) [. . .]

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[17] Le défendeur prétend que la conclusion tirée par l'agente selon laquelle la question de la possibilité d'obtenir des soins de santé en Inde [TRADUCTION] «n'est pas une question qu'il m'appartient d'examiner» est une conclusion correcte.

[18] Les avocats n'ont pu me fournir aucune décision traitant directement de ce point. La question qui m'est soumise, alors, se résume à une question d'interprétation des lois. Les questions de la possibilité d'obtenir des

contained in subparagraph 97(1)(b)(iv)?

[19] The applicants argue that subparagraph 97(1)(b)(iv) only deals with adequacy; it does not deal with the ability of any particular applicant to access health and medical facilities for any reason, including impecuniosity. The provision directs the officer's attention to the "country" and not the person in need of health or medical care. A purposive interpretation of IRPA, say the applicants, supports their interpretation of the provision and if Parliament had wanted to exclude persons in the position of the female applicant from raising her health risks in a pre-removal risk assessment it would have done so specifically.

[20] The respondent points out that the officer refers at several points in the decision to the female applicant's health issues but correctly excludes them from the analysis because of subparagraph 97(1)(b)(iv). The decision relies on the concept that the female applicant's inability to access health care in India is just another way of saying that India does not provide adequate health or medical care for someone in the applicant's position. The respondent argues that "adequate" means "equal to what is required." A purposive and contextual reading of the provision must lead to the conclusion, says the respondent, that adequacy subsumes accessibility. The female applicant is asserting, in effect, that she should not be removed to India because that country does not provide the free, universal health care that she requires because of her particular ailment and her financial position. The respondent says that this is a factor that belongs in a H&C consideration under section 25 of IRPA and not in a pre-removal risk assessment.

[21] The respondent also refers the Court to the clause-by-clause analysis of IRPA contained in Bill C-11 [*An Act respecting immigration to Canada and the*

soins soulevées par les demandeurs sont-elles comprises dans l'exception prévue au sous-alinéa 97(1)(b)(iv)?

[19] Les demandeurs prétendent que le sous-alinéa 97(1)(b)(iv) ne traite que du caractère adéquat des soins et ne traite pas de la possibilité pour un demandeur en particulier d'obtenir des soins et d'utiliser les ressources médicales dans tous les cas, y compris dans celui où il n'a pas de ressources financières. La disposition dirige l'attention de l'agente vers le «pays» et non vers la personne qui a besoin de soins médicaux ou de santé. Les demandeurs affirment qu'une interprétation téléologique de la LIPR appuie leur interprétation de la disposition et que si le Parlement avait voulu empêcher les personnes qui sont dans la situation de la demanderesse de soulever la question des risques en matière de santé lors d'un examen des risques avant renvoi, il l'aurait fait expressément.

[20] Le défendeur souligne que l'agente mentionne à plusieurs reprises dans sa décision les questions de la santé de la demanderesse, mais qu'elle n'en tient pas compte, à bon droit, dans son analyse en raison du sous-alinéa 97(1)(b)(iv). La décision s'appuie sur le concept selon lequel l'incapacité de la demanderesse d'obtenir des soins de santé en Inde n'est qu'une autre façon de dire que l'Inde ne fournit pas des soins médicaux ou de santé adéquats aux personnes qui sont dans la même situation que celle de la demanderesse. Le défendeur prétend que le mot «adéquat» signifie [TRADUCTION] «égal à ce qui est nécessaire». Un examen de l'objet visé par la disposition et de son contexte doit amener à conclure, selon le défendeur, que le caractère adéquat comprend la possibilité d'obtenir des soins. La demanderesse fait valoir, en effet, qu'elle ne devrait pas être renvoyée en Inde parce que ce pays n'offre pas les soins de santé universels et gratuits dont elle a besoin compte tenu de sa maladie et de sa situation financière particulières. Le défendeur affirme qu'il s'agit d'un facteur qui doit être pris en compte dans le contexte d'une demande fondée sur des circonstances d'ordre humanitaire suivant l'article 25 de la LIPR et non dans le contexte d'un examen des risques avant renvoi.

[21] Le défendeur renvoie également la Cour à l'analyse article par article de la LIPR contenue dans le projet de loi C-11 [*Loi concernant l'immigration au*

granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger, 1st Sess., 37th Parl., 2001] which has the following to say about section 97 and health facilities:

Cases where a person faces a risk due to lack of adequate health or medical care can be more appropriately assessed through other means in the Act and are excluded from this definition. Lack of appropriate health or medical care are not grounds for granting refugee protection under the Act.

[22] The conclusions of the Court on this issue are based on the assumption that the officer did not feel the need to address the sufficiency of the female applicant's evidence regarding accessibility and concluded that such evidentiary concerns were not relevant because subparagraph 97(1)(b)(iv) precluded any consideration of health issues on these facts.

[23] I believe the honest answer to this issue is that it is not entirely clear what Parliament's intent was in this regard, and that we are left to deal with a statutory provision that, on the facts of this application, is somewhat ambiguous. The applicants' arguments would mean accepting that Parliament intended to exclude risks based upon the non-availability of adequate health care but not risks associated with a particular applicant's ability to access adequate health care. Bill C-11 tells us that lack of "appropriate" health or medical care are not grounds for granting refugee protection under IRPA and that these matters are more appropriately assessed by other means under the statute.

[24] This leads me to the conclusion that the respondent is correct on this issue. A risk to life under section 97 should not include having to assess whether there is appropriate health and medical care available in the country in question. There are various reasons why health and medical care might be "inadequate." It might not be available at all, or it might not be available to a particular applicant because he or she is not in a position

Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger, 1^{re} sess., 37^e lég. 2001] qui énonce ce qui suit à l'égard de l'article 97 et des ressources médicales:

Dans les cas où une personne serait exposée à un risque faute de soins médicaux ou de santé adéquats, il est plus approprié de recourir à d'autres dispositions de la Loi et de tels cas sont donc exclus de la définition. L'absence de soins médicaux ou de santé adéquats ne constitue pas un motif reconnu pour accorder la protection en vertu de la Loi.

[22] Les conclusions de la Cour sur cette question sont fondées sur l'hypothèse selon laquelle l'agente n'estimait pas qu'il était nécessaire de traiter de la question de savoir si les éléments de preuve présentés par la demanderesse à l'égard de la possibilité d'obtenir des soins étaient suffisants et a conclu que de telles préoccupations à l'égard de la preuve n'étaient pas pertinentes parce que le sous-alinéa 97(1)(b)(iv) l'empêchait de faire un examen des questions en matière de santé en se fondant sur ces faits.

[23] Je suis d'avis que la réponse franche à cette question est que l'intention du Parlement n'est pas tout à fait claire à cet égard et que nous devons maintenant traiter d'une disposition de la loi qui, selon les faits de la présente affaire, est quelque peu ambiguë. Si les prétentions des demandeurs étaient fondées cela signifierait que l'on accepte que le Parlement avait l'intention d'exclure les risques fondés sur l'absence de soins de santé adéquats mais non les risques associés à la possibilité pour un demandeur en particulier d'obtenir des soins de santé adéquats. Le projet de loi C-11 nous apprend que l'absence de soins médicaux ou de santé «adéquats» ne constitue pas un motif reconnu pour accorder la protection en vertu de la LIPR et qu'il est plus approprié que ces questions soient appréciées suivant d'autres dispositions de la loi.

[24] Cela m'amène à conclure que le défendeur a raison quant à cette question. La question d'une menace à la vie suivant l'article 97 ne devrait pas inclure l'obligation d'évaluer la question de savoir s'il existe des soins médicaux et de santé adéquats dans le pays en question. Il y a diverses raisons pour lesquelles les soins médicaux et de santé peuvent être «inadéquats». Il se peut que ces soins n'existent pas du tout ou qu'ils ne

to take advantage of it. If it is not within their reach, then it is not adequate to their needs.

[25] On this issue then, I believe the officer was correct and committed no reviewable error.

Jurisdiction to Consider Charter Arguments

[26] Counsel for the applicants invited the officer to disregard section 97 of IRPA on the medical issue raised by the female applicant on the basis of section 7 of the Charter. The officer concluded in the decision that PRRA officers do not have the jurisdiction to do this and refused to entertain such considerations. The applicants say this was a reviewable error.

[27] Once again, in my opinion, this matter is not entirely clear and counsel on both sides provided the Court with extremely able and persuasive arguments on this jurisdictional issue.

[28] The applicants point, amongst many factors, to the complex legal and factual determinations that fall to a PRRA officer and the life and death risks that such an officer is called upon to assess. Relying upon *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, the applicants argue that a presumption that the officer had the jurisdiction to determine questions of constitutional validity arose in the case at bar. For guidance, the applicants refer the Court to paragraphs 41 and 42 of the *Martin*, *supra*, decision:

Absent an explicit grant, it becomes necessary to consider whether the legislator intended to confer upon the tribunal implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision. Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors

soient pas offerts à un demandeur en particulier parce qu'il n'est pas dans une situation dans laquelle il peut en profiter. Lorsqu'un demandeur n'a pas la possibilité d'obtenir ces soins, alors ils ne sont pas adéquats pour lui.

[25] À l'égard de cette question, je suis donc d'avis que l'agente avait raison et qu'elle n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle.

La compétence à l'égard de l'examen des arguments fondés sur la Charte

[26] L'avocat des demandeurs a invité l'agente à ne pas tenir compte de l'article 97 de la LIPR à l'égard de la question en matière de santé soulevée par la demanderesse sur le fondement de l'article 7 de la Charte. L'agente a conclu dans la décision que les agents d'ERAR n'ont pas compétence à cet égard et elle a refusé de procéder à l'examen de telles questions. Les demandeurs affirment qu'il s'agit d'une erreur susceptible de contrôle.

[27] Une fois de plus, à mon avis, cette question n'est pas complètement claire et les avocats des deux parties ont présenté à la Cour des observations extrêmement habiles et convaincantes sur la question de la compétence.

[28] Les demandeurs soulignent, parmi de nombreux facteurs, les décisions complexes à l'égard du droit et des faits que doit rendre un agent d'ERAR et les risques quant aux menaces à la vie et quant à la mort qu'un tel agent est appelé à apprécier. En se fondant sur l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, les demandeurs prétendent qu'en l'espèce il existait une présomption selon laquelle l'agente avait compétence pour trancher des questions à l'égard de la validité constitutionnelle. À titre d'indication, les demandeurs renvoient la Cour aux paragraphes 41 et 42 de l'arrêt *Martin*, précité:

En l'absence d'une attribution expresse de pouvoir, il faut se demander si le législateur a voulu conférer au tribunal administratif le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. Pour déterminer s'il y a attribution implicite de pouvoir, il est

will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself, particularly when depriving the tribunal of the power to decide questions of law would impair its capacity to fulfill its intended mandate. As is the case for explicit jurisdiction, if the tribunal is found to have implied jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, this power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision.

Once this presumption has been raised, either by an explicit or implicit grant of authority to decide questions of law, the second question that arises is whether it has been rebutted. The burden of establishing this lies on the party who alleges that the administrative body at issue lacks jurisdiction to apply the *Charter*. In general terms, the presumption may only be rebutted by an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions or by a clear implication to the same effect, arising from the statute itself rather than from external considerations. The question to be asked is whether an examination of the statutory provisions clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter*, or more broadly, a category of questions of law encompassing the *Charter*, from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. For instance, an express conferral of jurisdiction to another administrative body to consider *Charter* issues or certain complex questions of law deemed too difficult or time-consuming for the initial decision maker, along with a procedure allowing such issues to be efficiently redirected to such body, could give rise to a clear implication that the initial decision maker was not intended to decide constitutional questions.

[29] The respondent, on the other hand, argues that PRRA officers have no such jurisdiction because there is no explicit authority granted by IRPA, no implied jurisdiction, and, in fact, there is clear indication in IRPA that Parliament intended to exclude such matters from the jurisdiction of PRRA officers. Also, relying heavily on the *Martin, supra*, decision, the respondent points out

nécessaire d'examiner la loi dans son ensemble. Parmi les facteurs à prendre en considération, il y a la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour l'accomplir efficacement, l'interaction du tribunal en cause avec les autres composantes du régime administratif, la question de savoir si ce tribunal est une instance juridictionnelle, ainsi que des considérations pratiques comme la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne peuvent cependant pas l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même, surtout lorsque priver le tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit nuirait à sa capacité d'accomplir la mission qui lui a été confiée. Comme dans le cas de la compétence conférée expressément, si on conclut que le tribunal administratif a le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé englober celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition.

Dès que cette présomption naît, que ce soit en raison d'une attribution expresse ou d'une attribution implicite du pouvoir de trancher des questions de droit, il faut se demander si elle est réfutée. L'obligation de réfuter cette présomption incombe à la partie qui allègue que l'organisme administratif en cause n'a pas compétence pour appliquer la *Charte*. En général, la présomption ne peut être réfutée que par le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel ou par ce qui ressort clairement, en ce sens, de la loi elle-même plutôt que de considérations externes. Il faut se demander si l'examen des dispositions législatives amène clairement à conclure que le législateur a voulu exclure la *Charte* ou, de manière plus générale, une catégorie de questions de droit mettant en cause la *Charte* des questions de droit pouvant être abordées par le tribunal administratif en cause. Par exemple, l'attribution expresse à un autre organisme administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la *Charte* ou certaines questions de droit complexes que le décideur initial aurait, considérerait-on, trop de mal à trancher ou auxquelles il devrait consacrer trop de temps, de concert avec l'existence d'une procédure efficace de renvoi de ces questions à un tel organisme, pourrait impliquer clairement qu'on n'a pas voulu que le décideur initial tranche des questions de droit constitutionnel.

[29] Le défendeur, d'un autre côté, prétend que les agents d'ERAR n'ont pas une telle compétence parce que la LIPR n'accorde aucun pouvoir précis à cet égard, aucune compétence implicite et, en fait, il y a une indication claire que le Parlement avait l'intention d'exclure de telles questions de la compétence des agents d'ERAR. En outre, le défendeur, en s'appuyant

that, in the case of PRRA officers, the jurisdiction granted is very different from that given to Divisions of the Board under subsection 162(1) of IRPA, where jurisdictional power are specifically mentioned. In this regard, the respondent invites the Court to apply and follow the decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22 and to conclude that the role of PRRA officers is heavily circumscribed by IRPA and the Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] and they are not in a position to deal with multi-faceted constitutional questions. Any legal issues that come before PRRA officers are merely part of the risk assessment to be done in accordance with sections 96 and 97 of IRPA.

[30] Counsel for the applicants was particularly concerned that the role of PRRA officers under the scheme embodied in IRPA should not be minimized. They make extremely important decisions and for a significant number of people the PRRA assessment may be the only assessment of risks that they receive. I regard the applicants' arguments in this regard as perhaps good reasons why PRRA officers should have been given constitutional jurisdiction. However, reviewing the facts of the case at bar against the criteria set out in *Martin, supra*, I have to conclude that the respondent's arguments are the more convincing on this issue. In the absence of an express grant, I cannot conclude that it was the intent of the legislator to confer upon PRRA officers an implied jurisdiction to decide constitutional questions of the kind urged upon the officer by the applicants. The pre-removal risk assessment process is not, in my opinion, an appropriate forum for the resolution of complex legal issues, including the interpretation and application of the Charter.

[31] On this issue, then, my conclusion is that the officer was correct to decline the applicants invitation to disregard section 97 of IRPA by way of section 7 of the

largement sur l'arrêt *Martin*, précité, souligne que dans le cas des agents d'ERAR la compétence attribuée est très différente de celle attribuée aux sections de la Commission suivant le paragraphe 162(1) de la LIPR, dans lequel la compétence est précisément mentionnée. À cet égard, le défendeur invite la Cour à appliquer et à suivre l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, et à conclure que le rôle des agents d'ERAR est très sérieusement circonscrit par la LIPR et le Règlement [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227] et que ces agents ne sont pas dans une position pour traiter des questions constitutionnelles à plusieurs volets. Toutes les questions juridiques soumises aux agents d'ERAR ne sont soumises qu'accessoirement à l'examen des risques devant être effectué conformément aux articles 96 et 97 de la LIPR.

[30] L'avocat des demandeurs était particulièrement préoccupé par le fait que le rôle des agents d'ERAR selon l'esprit de la LIPR ne devrait pas être minimisé. Les agents rendent des décisions extrêmement importantes et pour un grand nombre de personnes l'ERAR peut être le seul examen des risques qui sera effectué pour eux. À mon avis, les prétentions des demandeurs à cet égard sont peut-être des motifs valables pour lesquels une compétence en matière constitutionnelle aurait dû être attribuée aux agents d'ERAR. Cependant, en révisant les faits de la présente affaire par rapport aux critères énoncés dans l'arrêt *Martin*, précité, je dois conclure que les observations du défendeur à l'égard de cette question sont les plus convaincantes. En l'absence d'une attribution expresse, je ne peux pas conclure que le législateur avait l'intention de conférer aux agents d'ERAR une compétence implicite de trancher des questions constitutionnelles de la sorte de celles que les demandeurs présentaient à l'agente. La procédure d'examen des risques avant renvoi n'est pas, à mon avis, la procédure appropriée pour la résolution de questions complexes de droit, y compris l'interprétation et l'application de la Charte.

[31] Sur cette question, alors, je conclus que l'agente a eu raison de refuser la demande des demandeurs de ne pas tenir compte de l'article 97 de la LIPR en se fondant

Charter and there was no reviewable error in this regard.

[32] Counsel are requested to serve and file any submissions with respect to certification of a question of general importance within seven days of receipt of these reasons for order. Each party will have a further period of three days to serve and file any reply to the submission of the opposite party. Following that, an order will be issued.

sur l'article 7 de la Charte et qu'il n'y a pas eu d'erreur susceptible de contrôle à cet égard.

[32] Les avocats sont invités à signifier et à déposer leurs observations à l'égard de la certification d'une question de portée générale dans les sept jours de la réception des présents motifs de l'ordonnance. Chacune des parties aura une période additionnelle de trois jours pour signifier et déposer une réponse aux observations de la partie adverse. Par la suite, je rendrai une ordonnance.

2003 FCA 475
A-376-02

2003 CAF 475
A-376-02

Georges Dumont (*Appellant*)

Georges Dumont (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

A-377-02

A-377-02

Jean-Claude Drolet (*Appellant*)

Jean-Claude Drolet (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: DUMONT v. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: DUMONT c. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Noël J.J.A.—Québec, September 15; Ottawa, December 15, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Noël, J.C.A.—Québec, 15 septembre; Ottawa, 15 décembre 2003.

Pensions — Appellants members of Canadian Forces, assigned to peacekeeping missions abroad — Both claimed pension for physical, psychological disabilities resulting from post-traumatic stress disorder — Dumont's pension application denied, Drolet's only partially allowed — Decisions not reviewed by Veterans Review and Appeal Board — Both brought actions in damages against respondent — Trial Judge staying tort claims until pension eligibility finally determined — Whether Crown had fiduciary duty toward appellants — Damages claimed by appellants result of injury, disease, aggravation thereof under Pension Act, s. 21 — Giving rise to pension entitlement — Tort action prohibited by Crown Liability and Proceedings Act, s. 9 — Pension Act comprehensive scheme designed to ensure compensation of persons for injuries, losses incurred in public service — Actions struck out except in so far as based on Charter, s. 7 — Latter stayed pursuant to Pension Act, s. 111.

Pensions — Les appelants, membres des Forces canadiennes, avaient été assignés à des missions de paix à l'étranger — Ils ont demandé une pension pour incapacités physiques et psychologiques résultant du syndrome de stress post-traumatique — La demande de pension de Dumont a été rejetée et celle de Drolet a été accueillie seulement en partie — Les décisions n'ont pas été revues par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) — Les deux appelants ont intenté une action en dommages contre l'intimée — La juge de première instance a suspendu les actions en responsabilité jusqu'à ce que l'inexistence du droit à la pension ait été constatée en dernier recours — L'État avait-il un rôle de fiduciaire à l'égard des appelants? — Les dommages pour invalidité réclamés par les appelants étaient la conséquence d'une blessure ou maladie—ou son aggravation—suivant les termes de l'art. 21 de la Loi sur les pensions — Ils donnaient droit à une pension — Une action en responsabilité délictuelle est interdite par l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif — La Loi sur les pensions constitue un régime complet conçu pour garantir l'indemnisation des personnes ayant subi des blessures et des pertes dans l'exercice de leurs fonctions d'agents de l'État — Les actions sont radiées sauf dans la mesure où elles portent sur les portions basées sur l'art. 7 de la Charte — Ces dernières sont suspendues en application de l'art. 111 de la Loi sur les pensions.

Crown — Torts — Appellants claiming damages for physical, psychological disabilities resulting from

Couronne — Responsabilité délictuelle — Les appelants réclamaient des dommages pour incapacités physiques et

post-traumatic stress disorder — Disabilities giving rise to pension entitlement under Pension Act, s. 21(1), (2) — Decisions not reviewed by Veterans Review and Appeal Board — Whether Crown had fiduciary role — Uncertain whether fiduciary relationship at common law, but Crown-employer's duties, liability upon breach of duties exist independently of purported fiduciary relationship — Damages claimed by appellants connected to military service, gave entitlement to pension — Tort action prohibited by Crown Liability and Proceedings Act, s. 9 — For s. 9 to bar action against Crown, pension, compensation paid must have same factual basis as action — Parliament intending to prevent double recovery — Actions struck out except in so far as based on Charter breaches — Latter stayed.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Stay of Proceedings — Actions in damages in relation to post-traumatic stress disorder as result of appellants' service in peacekeeping missions as members of Canadian Forces — Motions to strike out actions, or for stay of proceedings — To be successful on motion to strike, moving party must demonstrate plain, obvious, beyond reasonable doubt action will fail — All facts pleaded in statement of claim taken as proved — Pension Act, s. 111 requiring Court to stay action until pension application made and decision no pension payable confirmed by Veterans Review and Appeal Board where action not barred by virtue of Crown Liability and Proceedings Act, s. 9 — Actions prohibited under s. 9 as loss, damage claimed giving rise to payment of pension — Must be struck as plain, obvious, beyond reasonable doubt they could not succeed — Interest of justice requiring stay of appellants' actions so far as based on Charter, s. 7, until conditions provided in Pension Act, s. 111(2) met.

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Appellants seeking damages for negligence, breach of legal and fiduciary obligations, abuse of authority and breach of Charter, s. 7 rights — Breach of Charter, s. 7 right giving rise to recourse under s. 24 — S. 24 conferring broadest discretion to craft remedies — Uncertain Crown Liability and Proceedings Act, s. 9 could exclude fair, appropriate remedy — Actions so far as based on Charter, s. 7 stayed until conditions in Pension Act, s. 111(2) met — Remainder of

psychologiques résultant du syndrome de stress post-traumatique — Ces incapacités donnent droit à une pension en vertu de l'art. 21(1), (2) de la Loi sur les pensions — Les décisions n'ont pas été revues par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) — L'État avait-il un rôle de fiduciaire?—Il n'est pas certain qu'une relation fiduciaire existe en common law, mais les obligations de l'État-employeur et la responsabilité qu'il encourt au cas de manquement à ses obligations existent indépendamment du soi-disant rapport de fiduciaire — Les dommages réclamés par les appelants étaient reliés à leur service militaire et ils donnaient droit à une pension — Une action en responsabilité délictuelle est interdite par l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif— Pour que l'art. 9 puisse faire obstacle à une action contre l'État, la pension ou l'indemnité payée doit avoir le même fondement factuel que l'action — Le législateur voulait éviter la double compensation — Les actions sont radiées sauf dans la mesure où elles portent sur les portions basées sur les manquements à la Charte — Ces dernières sont suspendues.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Suspension d'instance — Actions en dommages relatives au syndrome de stress post-traumatique résultant du service des appelants lors de missions de paix en tant que membres des Forces canadiennes — Requêtes pour radier les actions ou pour suspendre l'instance — Pour avoir gain de cause dans le cadre d'une requête en radiation, il doit être évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable que l'action est vouée à l'échec — Tous les faits allégués dans la déclaration doivent être tenus pour avérés — L'art. 111 de la Loi sur les pensions oblige la Cour à suspendre l'action jusqu'à ce qu'une demande de pension soit faite et jusqu'à ce que l'inexistence du droit à la pension ait été confirmée par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) dans les cas où il s'agit d'une action non visée par l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif — Les actions sont interdites par l'art. 9 parce que la perte ou le dommage réclamé donnait droit au paiement d'une pension — Elles devaient être rayées puisqu'il est évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable qu'elles n'avaient aucune chance de succès — Il est dans l'intérêt de la justice de suspendre les actions des appelants, mais dans la mesure seulement où elles sont basées sur l'art. 7 de la Charte, et ce, jusqu'à ce que les conditions prescrites à l'art. 111(2) de la Loi sur les pensions soient satisfaites.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Les appelants ont intenté une action en dommages pour négligence, manquement aux obligations légales et aux obligations de fiduciaires, abus d'autorité et manquement à l'art. 7 de la Charte — La violation de l'art. 7 de la Charte donne droit à un recours prévu à l'art. 24 — L'art. 24 accorde le pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible pour élaborer des réparations — Il est loin d'être certain que l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux

actions struck out as prohibited by Crown Liability and Proceedings Act.

These were appeals and cross-appeals from a Trial Judge's decisions staying the appellants' tort claims against the respondent until each of them has made a formal application for indemnity under the *Pension Act*. The appellants were members of the Canadian Forces and assigned to various peacekeeping missions abroad. They applied to the Minister of Veterans' Affairs to obtain a pension for physical and psychological disabilities resulting from post-traumatic stress disorder. The Minister acknowledged that one of the appellants, Georges Dumont, was suffering from a major depression for which he was entitled to a pension under subsection 21(2) of the *Pension Act*, but he refused the application for a disability pension related to post-traumatic stress disorder. However, the Minister acknowledged that the other appellant, Jean-Claude Drolet, was suffering from that disorder, which entitled him to a pension under subsection 21(1). These decisions were not brought for review before the Veterans Review and Appeal Board. Each of the appellants brought an action in damages against the respondent. They alleged that the respondent's employees, personnel or agents were negligent toward them, and that their superiors breached their legal obligations, abused their authority, breached their fiduciary obligations and violated section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants explained that the respondent breached its fiduciary obligations in that it did not set up any therapy or assistance service to help them adapt to their return from missions even though it knew or ought to have known that they needed that help. Thus, it failed to fulfil its obligation of loyalty and good faith toward each of them. The Trial Judge relied on the Supreme Court of Canada's decision in *Sarvanis v. Canada* to determine that the appellants' statements of claim had the same factual basis as the pension that they were receiving or could receive. In each case, the respondent presented a motion to strike out the action or for a stay of proceedings under subsection 111(2) of the *Pension Act* and paragraph 50(1)(b) of the *Federal Courts Act*. The respondent submitted that the actions brought by the appellants were claims for damages for disability caused by an injury or a disease or an aggravation thereof, incurred during or attributable to military service (section 21 of the *Pension Act*) and that disability gave rise to a pension entitlement. According to the respondent, the actions must be struck under section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which prohibits proceedings against the Crown if "a pension . . . has been paid. . . in respect of the death, injury, damage or loss". Three issues were raised on appeal: (1) whether the Crown had

administratif puisse être invoqué pour écarter une réparation convenable et juste — Les actions, dans la mesure seulement où elles sont basées sur l'art. 7 de la Charte, sont suspendues jusqu'à ce que les conditions prescrites à l'art. 111(2) de la Loi sur les pensions soient satisfaites — Les autres portions des actions sont radiées, étant interdites par la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif.

Il s'agissait d'appels et d'appels incidents de décisions par lesquelles la juge de première instance avait suspendu les actions en responsabilité intentées par les appelants contre l'intimée jusqu'à ce que l'un et l'autre fassent une demande officielle d'indemnité en vertu de la *Loi sur les pensions*. Les appelants étaient des membres des Forces canadiennes et ils ont été assignés à diverses missions de paix à l'étranger. Ils ont présenté une demande au ministre des Anciens Combattants afin de se voir adjuger une pension pour incapacités physiques et psychologiques résultant du syndrome de stress post-traumatique. Le ministre a reconnu que l'un des appelants, Georges Dumont, souffrait d'une dépression majeure donnant droit à une pension en vertu du paragraphe 21(2) de la *Loi sur les pensions*, mais il a refusé la demande d'une pension d'invalidité résultant du syndrome de stress post-traumatique. Cependant, le ministre a reconnu que l'autre appelant, Jean-Claude Drolet, souffrait de ce syndrome qui lui donnait droit à une pension en vertu du paragraphe 21(1). Ces deux décisions n'ont pas été revues par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel). L'un et l'autre des appelants ont par la suite intenté une action en dommages contre l'intimée. Ils alléguaient négligence par les employés, préposés ou mandataires de l'intimée à leur égard et ils alléguaient manquement par leurs supérieurs à leurs obligations légales, abus d'autorité de leur part, manquement à leurs obligations de fiduciaires et manquement à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants précisaient que l'intimée avait manqué à ses obligations de fiduciaire en ce qu'elle n'avait mis sur pied aucun service de thérapie ou d'assistance pour les aider à s'adapter à leur retour de mission alors qu'elle savait ou aurait dû savoir qu'ils avaient besoin de cette aide. Ainsi, l'intimée, disent-ils, a failli à ses obligations de loyauté et de bonne foi à leur égard. La juge de première instance s'est appuyée sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Sarvanis c. Canada* pour conclure que les déclarations des appelants avaient le même fondement factuel que la pension qu'ils recevaient ou qu'ils pourraient recevoir. Dans les deux cas, l'intimée a présenté une requête pour faire radier les actions ou pour faire suspendre les procédures en vertu du paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions* et de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales*. L'intimée a fait valoir que les actions intentées par les appelants visaient à réclamer des dommages pour invalidité causée par une blessure ou maladie, ou son aggravation, survenue au cours du service militaire ou attribuable à celui-ci (article 21 de la *Loi sur les pensions*) et que l'invalidité donnait droit à une pension. Selon

a fiduciary role in relation to the appellants; (2) whether the damages suffered by the appellants entitled them to a pension within the meaning of section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*; and (3) what is the nature of the recourse based on section 7 of the Charter?

Held, the appeals should be dismissed except for that part of the actions based on section 7 of the Charter; the cross-appeals should be allowed except for that part of the actions based on section 7 of the Charter.

In a motion to strike a statement of claim, it must be “plain and obvious beyond a reasonable doubt” that the action is certain to fail, assuming that all of the facts pleaded are true. If the Court has a reasonable doubt about striking out a statement of claim under *Crown Liability and Proceedings Act*, section 9, it shall be stayed until the Veterans Review and Appeal Board confirms that no pension is payable in respect of the same disability, according to *Pension Act*, subsection 111(2).

(1) The fiduciary concept is a fluid concept, developed in relationships where an individual must demonstrate the highest degree of good faith and where there often is no adequate recourse in law for the aggrieved individual. The Supreme Court of Canada has pointed out that the breach of fiduciary duty traditionally stems from a breach of trust, and that different duties may arise from the same relationship and circumstances at common law (tort of negligence) and in equity (breach of fiduciary duty). The appellants were relying as much on the common law as on equity to support their actions against the respondent.

(2) Section 36 of the *Crown Liability and Proceedings Act* deems that a member of the Canadian Forces is a servant of the Crown “for the purposes of determining liability in any proceedings by or against the Crown”. Given the broad interpretation that must be given to the words “any proceedings”, this section contemplates both tortious and contractual liability and possibly the liability of the Crown in equity, if it exists in this context. In the employer-employee context at common law, it is far from being accepted that a fiduciary relationship could exist because the “discretion” referred to by the Supreme Court of Canada in *Frame v. Smith*, if exercised in an abusive manner, gives rise in law to an actionable tort. The Crown-employer’s duties and its liability

l’intimée, les actins doivent être radiées en raison de l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* qui confère l’immunité à la Couronne lorsqu’il s’agit de «toute perte—notamment décès, blessure ou dommage—ouvrant droit au paiement d’une pension». Trois questions ont été soulevées en appel: 1) l’État avait-il un rôle de fiduciaire à l’égard des appelants? 2) les dommages subis par les appelants donnaient-ils droit à une pension au sens de l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*? et 3) quelle est la nature du recours basé sur l’article 7 de la Charte?

Arrêt: les appels doivent être rejetés sauf quant à la portion des actions basée sur l’article 7 de la Charte; les appels incidents doivent être accueillis sauf en ce qui a trait à la portion des actions basée sur l’article 7 de la Charte.

Dans une requête en radiation d’une déclaration, il doit être «évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable» que l’action est vouée à l’échec, étant entendu que tous les faits allégués sont vrais. Si la Cour entretient un doute raisonnable quant à la radiation d’une déclaration en vertu de l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, elle doit suspendre l’action jusqu’à ce que l’inexistence du droit à la pension à l’égard de la même incapacité ait été constatée par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) suivant le paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions*.

1) Le concept fiduciaire est un concept de caractère fluide, élaboré dans des rapports où une personne doit faire preuve de la plus haute bonne foi et là où il n’y a souvent pas de recours adéquat en droit pour la personne lésée. La Cour suprême du Canada a signalé que le manquement à une obligation fiduciaire tient traditionnellement à l’abus de confiance et que la même relation et les mêmes circonstances peuvent engendrer diverses obligations en common law (délict de négligence) et en equity (manquement à une obligation fiduciaire). Les appelants appuyaient leurs poursuites contre l’intimée autant en common law qu’en equity.

2) L’article 36 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* assimile le membre des Forces canadiennes à un préposé de l’État «pour la détermination des questions de responsabilité dans toute action ou autre procédure engagée par ou contre l’État». Vu l’interprétation large qu’il faut donner aux mots «toute action ou autre procédure», cet article vise autant la responsabilité délictuelle que contractuelle et possiblement la responsabilité en equity de l’État, si celle-ci existe dans le présent contexte. Dans le cadre employeur-employé en common law, il est loin d’être acquis qu’une relation fiduciaire puisse exister car la «discretion» dont parle la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Frame c. Smith*, si elle est exercée de façon abusive, donne lieu

upon breach of its duties exist independently of the purported fiduciary relationship. The damages claimed by the appellants in their allegations bearing upon the fiduciary relationship were all connected to their military service. They were all the result of “an injury or disease or an aggravation thereof”. They all gave entitlement to a pension and could all be the subject of a tort action absent the prohibition provided by section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. This provision was the subject of a detailed examination by the Supreme Court of Canada in *Sarvanis*. The specific issue in that case was whether a disability pension paid under the *Canada Pension Plan* was paid “in respect of . . . death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made”. The Court interpreted the words “in respect of” in light of the context of section 9 of the Act and concluded that “the loss the recovery of which is barred by the statute must be the same loss that creates an entitlement to the relevant pension”. It added that, for section 9 of the Act to bar an action against the Crown, the pension or compensation paid or payable must have the same factual basis as the action. Parliament’s intention was to prevent double recovery. A broad meaning of the words “in respect of” was necessary in order to ensure that there was no Crown liability under the ancillary heads of damages for an event already compensated. Contrary to the *Canada Pension Plan*, the *Pension Act* contains a specific provision barring a tort action; thus, it is a comprehensive scheme designed to ensure the efficacious compensation of persons for their injuries and losses incurred in the public service. Section 111 of the *Pension Act* now requires the Court, in all cases dealing with an action not barred by virtue of section 9 of the Act, to stay the action until a pension application has been made. If it is an action barred by section 9, the tort action is prohibited. Even if the appellants relied on the fiduciary relationship of the Crown, their actions were essentially tort actions. These actions are prohibited under section 9 of the Act because any loss or damage claimed gives entitlement to payment of a pension. They must be struck because it is “plain and obvious beyond a reasonable doubt” that they could not succeed.

(3) The breach of an obligation under section 7 of the Charter gives rise to a recourse under subsection 24(1). In a recent majority judgment, the Supreme Court of Canada explained that subsection 24(1) of the Charter commands a broad and purposive interpretation and that the language of this provision appears to confer the widest possible discretion

en droit à une action en responsabilité délictuelle. Les obligations de l’État-employeur et la responsabilité qu’il encourt en cas de manquement à ses obligations existent indépendamment du soi-disant rapport de fiduciaire. Les dommages que réclament les appelants dans leurs allégations ayant trait au rapport de fiduciaire sont tous reliés à leur service militaire. Ils sont tous la conséquence de «blessure ou maladie—ou son aggravation». Ils donnent tous droit à une pension et ils pourraient tous faire l’objet d’une action en responsabilité délictuelle en l’absence de l’interdiction prévue à l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*. Cette disposition a fait l’objet d’une étude approfondie par la Cour suprême du Canada dans *Sarvanis*. La question précise de cet arrêt était de savoir si une pension d’invalidité versée en vertu du Régime de pensions du Canada était une pension versée «in respect of . . . death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made». La Cour a interprété les mots «in respect of» à la lumière du contexte de l’article 9 de la Loi et a conclu que «la perte dont l’indemnisation est écartée par la loi doit être la même que celle qui crée le droit à la pension». La Cour a ajouté que, pour que l’article 9 de la Loi fasse obstacle à une action contre l’État, la pension ou l’indemnité payée ou payable devait avoir le même fondement factuel que l’action. Le désir du législateur était d’éviter la double compensation. Une portée large des termes «in respect of» était nécessaire afin d’éviter que l’État ne soit tenu responsable, sous des chefs accessoires de dommages-intérêts, de l’événement pour lequel une indemnité avait déjà été versée. Contrairement au Régime de pensions du Canada, la *Loi sur les pensions* contient une disposition explicite faisant obstacle à une action en responsabilité civile délictuelle; elle constitue ainsi un régime complet conçu pour garantir l’indemnisation efficace des personnes ayant subi des blessures et des pertes dans l’exercice de leurs fonctions d’agents de l’État. L’article 111 de la *Loi sur les pensions* oblige maintenant la Cour, dans tous les cas où il s’agit d’une action non visée par l’article 9 de la Loi, à suspendre l’action jusqu’à ce qu’une demande de pension soit faite. S’il s’agit d’une action visée par l’article 9, l’action en responsabilité civile délictuelle est interdite. Même si les appelants invoquaient la relation fiduciaire de l’État, leurs actions étaient essentiellement des actions en responsabilité civile délictuelle. Ces actions sont interdites par l’article 9 de la Loi parce que toute perte ou tout dommage réclamé ouvre droit au paiement d’une pension. Ces actions doivent être rayées puisqu’il est «évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable» qu’elles n’ont aucune chance de succès.

3) La violation d’une obligation prévue à l’article 7 de la Charte donne droit à un recours sous le régime du paragraphe 24(1). Dans un jugement majoritaire récent, la Cour suprême du Canada a expliqué que le paragraphe 24(1) de la Charte commande une interprétation large et téléologique et que le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal un vaste

on a court to craft remedies for violations of Charter rights. The appellants did not explain how section 7 of the Charter has been infringed. In the event that the respondent has breached the appellants' rights that are guaranteed by this section, it is far from certain that section 9 of the Act could be relied upon to exclude a fair and appropriate remedy in keeping with the circumstances. It was in the interest of justice to stay the appellants' actions but only in so far as they were based on section 7 of the Charter and until the conditions provided in subsection 111(2) of the *Pension Act* have been met.

puvoir discrétionnaire pour élaborer des réparations en cas de violation des dispositions de la Charte. Les appelants n'ont aucunement précisé en quoi l'article 7 de la Charte a été violé. Dans l'éventualité où l'intimée aurait violé les droits des appelants garantis par cet article, il est loin d'être certain que l'article 9 de la Loi puisse être invoqué pour écarter une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Il était dans l'intérêt de la justice de suspendre les actions des appelants, mais dans la mesure seulement où elles sont basées sur l'article 7 de la Charte, et ce, jusqu'à ce que les conditions prescrites au paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions* soient satisfaites.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15, 24(1).
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 2 "liability" (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 34), 3 (as am. *idem*, s. 36), 9, 36 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 32).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50(1)(b) (as am. *idem*, s. 46).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a), (f).
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5.
Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 21(1) (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8; 1995, c. 18, s. 75; 2000, c. 12, s. 212; c. 34, s. 21), (2) (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8; 2000, c. 12, s. 212; c. 34, s. 21), (3) (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8), 111 (as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 42).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sarvanis v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 921; (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263.

CONSIDERED:

Hunt v. Carey Canada Inc., [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15, 24(1).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 2 «responsabilité» (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 34), 3 (mod., *idem*, art. 36), 9 (mod., *idem*, art. 39), 36 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 32).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50(1)(b) (mod., *idem*, art. 46).
Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 21(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8; 1995, ch. 18, art. 76; 2000, ch. 12, art. 212; ch. 34, art. 21), (2) (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8; 2000, ch. 12, art. 212; ch. 34, art. 21), (3) (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8), 111 (mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 42).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a,f).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Sarvanis c. Canada, [2002] 1 R.C.S. 921; (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hunt c. Carey Canada Inc., [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R.

(3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Duplessis v. Canada* (2000), 8 C.C.E.L. (3d) 75; 79 C.R.R. (2d) 287; 197 F.T.R. 87 (F.C.T.D.); affd (2001), 12 C.C.E.L. (3d) 148; 211 F.T.R. 214 (F.C.T.D.); *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *St-Onge v. Canada* (1999), 178 F.T.R. 104 (F.C.T.D.); affd [2000] F.C.J. No. 1523 (C.A.) (QL); *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403; (2003), 230 D.L.R. (4th) 513; [2003] 11 W.W.R. 203; 18 B.C.L.R. (4th) 1; 187 B.C.A.C. 42; 19 C.C.L.T. (3d) 66; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; (2003), 218 N.S.R. (2d) 311; 232 D.L.R. (4th) 577; 312 N.R. 1.

REFERRED TO:

Dumont v. Canada (Attorney General), [1990] 1 S.C.R. 279; (1990), 67 D.L.R. (4th) 159; [1990] 4 W.W.R. 127; 65 Man. R. (2d) 182; [1990] 2 C.N.L.R. 19; 105 N.R. 228; *Duplessis v. Canada* (2002), 293 N.R. 388 (F.C.A.); *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Stopford v. Canada*, [2002] 1 F.C. 360; (2001), 11 C.C.E.L. (3d) 235; 209 F.T.R. 295 (F.C.T.D.); *Marsot v. Canada (Department of National Defence)*, [2002] 3 F.C. 579; (2002), 217 F.T.R. 232 (T.D.); *Prete v. Ontario (Attorney General)* (1993), 16 O.R. (3d) 161; 110 D.L.R. (4th) 94; 86 C.C.C. (3d) 442; 18 C.C.L.T. (2d) 54; 18 C.R.R. (2d) 291 (C.A.); *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459; (2003), 230 D.L.R. (4th) 554; [2003] 11 W.W.R. 244; 18 B.C.L.R. (4th) 42; 187 B.C.A.C. 193; 19 C.C.L.T. (3d) 38; 310 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1997.
 McLachlin, Hon. Beverley M. «The Place of Equity and Equitable Doctrines in the Contemporary Common Law World: A Canadian Perspective» in D. W. M. Waters (ed.), *Equity, Fiduciaires and Trusts*, 1993. Toronto: Carswell, 1993.
 Rotman, L. I. *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1996.

APPEALS and CROSS-APPEALS from a Trial Judge's decisions (*Dumont v. Canada* (2002), 221

(3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Duplessis c. Canada* (2000), 8 C.C.E.L. (3d) 75; 79 C.R.R. (2d) 287; 197 F.T.R. 87 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2001), 12 C.C.E.L. (3d) 148; 211 F.T.R. 214 (C.F. 1^{re} inst.); *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *St-Onge c. Canada* (1999), 178 F.T.R. 104 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [2000] A.C.F. n^o 1523 (C.A.) (QL); *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403; (2003), 230 D.L.R. (4th) 513; [2003] 11 W.W.R. 203; 18 B.C.L.R. (4th) 1; 187 B.C.A.C. 42; 19 C.C.L.T. (3d) 66; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; (2003), 218 N.S.R. (2d) 311; 232 D.L.R. (4th) 577; 312 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Dumont c. Canada (Procureur général), [1990] 1 R.C.S. 279; (1990), 67 D.L.R. (4th) 159; [1990] 4 W.W.R. 127; 65 Man. R. (2d) 182; [1990] 2 C.N.L.R. 19; 105 N.R. 228; *Duplessis c. Canada* (2002), 293 N.R. 388 (C.A.F.); *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Stopford c. Canada*, [2002] 1 C.F. 360; (2001), 11 C.C.E.L. (3d) 235; 209 F.T.R. 295 (C.F. 1^{re} inst.); *Marsot c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [2002] 3 C.F. 579; (2002), 217 F.T.R. 232 (1^{re} inst.); *Prete v. Ontario (Attorney General)* (1993), 16 O.R. (3d) 161; 110 D.L.R. (4th) 94; 86 C.C.C. (3d) 442; 18 C.C.L.T. (2d) 54; 18 C.R.R. (2d) 291 (C.A.); *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459; (2003), 230 D.L.R. (4th) 554; [2003] 11 W.W.R. 244; 18 B.C.L.R. (4th) 42; 187 B.C.A.C. 193; 19 C.C.L.T. (3d) 38; 310 N.R. 1.

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (feuilles mobiles). Toronto: Carswell, 1997.
 McLachlin, Hon. Beverley M. «The Place of Equity and Equitable Doctrines in the Contemporary Common Law World: A Canadian Perspective» dans D. W. M. Waters (ed.), *Equity, Fiduciaires and Trusts*, 1993. Toronto: Carswell, 1993.
 Rotman, L. I. *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1996.

APPELS et APPELS INCIDENTS de décisions (*Dumont c. Canada* (2002), 221 F.T.R. 101; *Drolet c.*

F.T.R. 101; *Drolet v. Canada* (2002), 228 F.T.R. 148) staying appellants' tort claims against respondent until each of them has made a formal application for indemnity under the *Pension Act*. Appeals dismissed except for that part of the actions that is based on section 7 of the Charter; cross-appeals allowed except for that part of the actions that is based on section 7 of the Charter.

APPEARANCES:

Jacques Ferron for appellants.
Vincent Veilleux for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jacques Ferron, Québec, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal and a cross-appeal, in each of these two cases, where the facts, though different, involve the same legal principles.

[2] The two appellants, both members of the Canadian Forces at the relevant time, are challenging the decisions by a Trial Judge (*Dumont v. Canada* (2002), 221 F.T.R. 101 and *Drolet v. Canada* (2002), 228 F.T.R. 148), staying their tort claims against the respondent until each of them has made a formal application for indemnity under the *Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6.

[3] The respondent, by cross-appeal, argues that the Trial Judge should have struck the actions rather than staying them, in view of the conclusion she reached in the interpretation of section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] (the Act).

Canada (2002), 228 FT.R. 148) par lesquelles la juge de première instance a suspendu les actions en responsabilité délictuelle intentées par les appelants contre l'intimée jusqu'à ce que l'un et l'autre fassent respectivement une demande officielle d'indemnité en vertu de la *Loi sur les pensions*. Appels rejetés quant à la portion des actions basée sur l'article 7 de la Charte; appels incidents accueillis sauf en ce qui a trait à la portion des actions basée sur l'article 7 de la Charte.

ONT COMPARU:

Jacques Ferron pour les appelants.
Vincent Veilleux pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jacques Ferron, Québec, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Nous sommes saisis d'un appel et d'un appel incident dans chacune de ces deux causes où les faits, quoique différents, mettent en jeu les mêmes principes de droit.

[2] Les deux appelants, tous deux membres des Forces canadiennes à l'époque pertinente, s'en prennent aux décisions d'une juge de première instance (*Dumont c. Canada* (2002), 221 F.T.R. 101 et *Drolet c. Canada* (2002), 228 F.T.R. 148) qui a suspendu leurs actions en responsabilité contre l'intimée jusqu'à ce que l'un et l'autre fassent respectivement une demande formelle d'indemnité en vertu de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6.

[3] L'intimée, par voie d'appel incident, soutient que la première juge se devait de radier les actions, plutôt que de les suspendre, vu la conclusion à laquelle elle en est arrivée dans l'interprétation de l'article 9 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 39] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] (la Loi).

1. THE FACTS

[4] Sergeant (RT) Georges Dumont (Dumont) became a member of the Canadian Forces on or about March 3, 1981, and remained a member until he was discharged for medical reasons on or about November 19, 2001. He was assigned to peacekeeping missions in Cyprus, Somalia, Yugoslavia and Haiti, to name a few.

[5] The plaintiff made an application to the Minister of Veterans' Affairs (the Minister) to obtain a pension for physical and psychological disabilities after what he describes to be post-traumatic stress disorder and depression. The Minister acknowledged that Dumont was suffering from a major depression for which he was entitled to a pension under subsection 21(2) [as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8; 2000, c. 12, s. 212; c. 34, s. 21] of the *Pension Act*, and decided that the related disability should be provisionally assessed at 10%, but he refused the application for a disability pension related to post-traumatic stress disorder.

[6] Warrant officer Jean-Claude Drolet (Drolet) became a member of the Canadian Forces on or about July 14, 1981. He was assigned to various peacekeeping missions in Cyprus, Croatia, Haiti and East Timor, to name a few. He has been on continuous medical leave since the beginning of April 2001. A clinical report, signed by a psychiatrist, indicates that he had no symptoms of psychological problems or mental disorder before his mission to Haiti in 1997, but that, during his stay in that country, he experienced a major traumatic event. He had volunteered as a diver to recover the victims of a shipwreck. The vessel had sunk to a depth of about 120 feet, carrying dozens of passengers with her. He was the first to dive and he experienced horror and helplessness at the sight of the bodies trapped in the wreck. He even experienced a major bout of panic after a period of disorientation caused by poor visibility. He was removed by a fellow diver (appellant's Appeal Book, at page 75).

[7] Drolet applied to the Minister to obtain a pension for physical and psychological disabilities resulting from

1. LES FAITS

[4] Le sergent (RT) Georges Dumont (Dumont) est devenu membre des Forces canadiennes le ou vers le 3 mars 1981 et en est demeuré membre jusqu'à sa libération pour cause médicale le ou vers le 19 novembre 2001. Il fut assigné à des missions de maintien de la paix, notamment à Chypre, en Somalie, en Yougoslavie et à Haïti.

[5] Il fit une demande auprès du ministre des Anciens combattants (le ministre) afin de se voir adjuger une pension pour incapacités physiques et psychologiques suite à ce qu'il qualifie comme étant un syndrome de stress post-traumatique ainsi qu'une dépression. Le ministre a reconnu que Dumont souffrait d'une dépression majeure donnant droit à une pension en vertu du paragraphe 21(2) [mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8; 2000, ch. 12, art. 212; ch. 34, art. 21] de la *Loi sur les pensions* et a décidé que l'invalidité s'y rattachant devait être évaluée provisoirement à 10%, mais refusa la demande pour une pension d'invalidité résultant d'un syndrome de stress post-traumatique.

[6] L'adjudant Jean-Claude Drolet (Drolet) est devenu membre des Forces canadiennes le ou vers le 14 juillet 1981. Il fut assigné à diverses missions de maintien de la paix, notamment à Chypre, en Croatie, à Haïti et au Timor oriental. Il est en arrêt de travail continu pour cause médicale depuis le début du mois d'avril 2001. Un rapport de consultation, signé par un psychiatre, révèle qu'il était asymptomatique au point de vue psychologique ou troubles mentaux avant sa mission en Haïti en 1997, mais que durant son séjour dans ce pays, il a vécu un événement traumatique important. Il était alors plongeur volontaire pour récupérer les victimes d'un naufrage. Le navire avait coulé à environ 120 pieds de profondeur engloutissant plusieurs dizaines de passagers avec lui. Étant le premier à plonger, il fut exposé à des visions d'horreur et d'impuissance à la vue des corps prisonniers de l'épave. Il vécut même un moment de panique important suite à une période de désorientation causée par une faible visibilité. Il fut sorti par un collègue plongeur (dossier d'appel de l'appellant, à la page 75).

[7] Drolet fit une demande auprès du ministre afin de se voir adjuger une pension pour incapacités physiques

what he describes as post-traumatic stress disorder. The Minister acknowledged that Drolet was suffering from this disorder, which entitled him to a pension under subsection 21(1) [as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8; 1995, c. 18, s. 75; 2000, c. 12, s. 212; c. 34, s. 21] of the *Pension Act*, and decided that the related disability should be provisionally assessed at 60%.

[8] These two decisions by the Minister were not brought for review before the Veterans Review and Appeal Board. The appellants did not ask the Minister to reconsider his decisions in light of new facts, either. There was no application for judicial review of these decisions filed with the Federal Court.

[9] Each of the appellants then brought an action in damages against the respondent, one (Dumont) in the amount of \$2,844,000 and the other (Drolet) in the amount of \$3,017,712.

2. THE MOTIONS TO STRIKE AND THE MOTIONS TO STAY

[10] In each case, the respondent presented a motion to strike out the action under paragraphs 221(1)(a) and (f) of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, which read as follows:

221. (1) On motion, the Court may, at any time, order that a pleading, or anything contained therein, be struck out, with or without leave to amend, on the ground that it

(a) discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,

...

(f) is otherwise an abuse of the process of the Court,

and may order the action be dismissed or judgment entered accordingly. [Underlining added.]

[11] Alternatively, the respondent asked for a stay of proceedings under subsection 111(2) [as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 42] of the *Pension Act* and paragraph 50(1)(b) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], should the Court fail to find that all of the damages claimed by the appellants technically entitled them to a

et psychologiques découlant de ce qu'il qualifie comme étant un syndrome de stress post-traumatique. Le ministre a reconnu que Drolet souffrait d'un tel syndrome donnant droit à une pension en vertu du paragraphe 21(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8; 1995, ch. 18, art. 76; 2000, ch. 12, art. 212; ch. 34, art. 21] de la *Loi sur les pensions* et a décidé que l'invalidité s'y rattachant devait être évaluée provisoirement à 60 %.

[8] Ces deux décisions du ministre ne furent pas portées en révision devant le Tribunal des anciens combattants. Les appelants n'ont pas demandé non plus au ministre de reconsidérer ses décisions en raisons de faits nouveaux. Aucune demande de contrôle judiciaire n'a été déposée auprès de la Cour fédérale à leur égard.

[9] L'un et l'autre des appelants ont par la suite intenté une action en dommages contre l'intimée, l'un (Dumont) pour une somme de 2 844 000 \$ et l'autre (Drolet) pour une somme de 3 017 712 \$.

2. LES REQUÊTES EN RADIATION ET EN SUSPENSION

[10] L'intimée a présenté, dans chaque dossier, une requête en radiation de l'action en vertu des alinéas 221(1)a) et f) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, lesquels se lisent ainsi:

221. (1) À tout moment, la Cour peut, sur requête, ordonner la radiation de tout ou partie d'un acte de procédure, avec ou sans autorisation de le modifier, au motif, selon le cas:

a) qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense valable;

[. . .]

f) qu'il constitue autrement un abus de procédure.

Elle peut aussi ordonner que l'action soit rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence. [Non souligné dans l'original.]

[11] Subsidiairement, à défaut par la Cour de conclure que tous les dommages réclamés par les appelants donnent en principe ouverture à une pension aux termes de la *Loi sur les pensions*, l'intimée sollicite une suspension des procédures en vertu du paragraphe 111(2) [mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 42] de la *Loi sur les pensions* et de l'alinéa 50(1)b) [mod. par L.C. 2002,

pension pursuant to the *Pension Act*.

[12] Section 111 [as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 42] of the *Pension Act* reads as follows:

111. (1) In this section, “action” means any action or other proceeding brought by or on behalf of

- (a) a member of the forces,
- (b) a person to whom this Act applies by virtue of any enactment incorporating this Act by reference, or
- (c) a survivor or a surviving child, parent, brother or sister of a person referred to in paragraph (a) or (b) who is deceased

against Her Majesty, or against any officer, servant or agent of Her Majesty, in which damages are claimed in respect of an injury or disease or aggravation thereof resulting in disability or death

(2) An action that is not barred by virtue of section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* shall, on application, be stayed until

- (a) an application for a pension in respect of the same disability or death has been made and pursued in good faith by or on behalf of the person by whom, or on whose behalf, the action was brought; and
- (b) a decision to the effect that no pension may be paid to or in respect of that person in respect of the same disability or death has been confirmed by an appeal panel of the Veterans Review and Appeal Board in accordance with the *Veterans Review and Appeal Board Act*. [Underlining added.]

[13] Paragraph 50(1)(b) of the *Federal Courts Act* reads as follows:

50. (1) The Federal Court of Appeal or the Federal Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

...

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. [Underlining added.]

[14] The respondent submits, in its two motions to strike, that the actions brought by the appellants are claims for damages for disability caused by an injury or

ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. *idem*, art. 14)].

[12] L'article 111 [mod. par L.C. 2000, ch.34, art. 42] de la *Loi sur les pensions* se lit comme suit:

111. (1) Au présent article, «action» vise l'acte de procédure introduit par un membre des forces, une personne assujettie à la présente loi par application d'un texte législatif qui l'incorpore par renvoi ainsi que, si ceux-ci sont décédés, leur survivant, enfant survivant, père ou mère et frère ou sœur,—ou pour ceux-ci—contre Sa Majesté ou contre tout cadre, employé ou mandataire de celle-ci portant réclamation de dommages pour une blessure ou une maladie—ou une aggravation de celle-ci—ayant occasionné une invalidité ou le décès.

(2) L'action non visée par l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* fait, sur demande, l'objet d'une suspension jusqu'à ce que le demandeur, ou celui qui agit pour lui, fasse, de bonne foi, une demande de pension pour l'invalidité ou le décès en cause, et jusqu'à ce que l'inexistence du droit à la pension ait été constatée en dernier recours au titre de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*. [Non souligné dans l'original.]

[13] L'alinéa 50(1)b) de la *Loi sur les Cours fédérales* est à l'effet suivant:

50. (1) La Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale ont le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

[. . .]

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. [Non souligné dans l'original.]

[14] Dans ses deux requêtes en radiation, l'intimée invoque que les actions intentées par les appelants visent à réclamer des dommages pour invalidité causée par une

a disease or an aggravation thereof, incurred during or attributable to military service (section 21 of the *Pension Act*), and that this disability gives rise to a pension entitlement.

[15] Paragraphs 21(1)(a) and 21(2)(a) of the *Pension Act* provide as follows:

21. (1) In respect of service rendered during World War I, service rendered during World War II other than in the non-permanent active militia or the reserve army, service as a member of the special force, service in the Korean War, and service in a special duty area as a member of the Canadian Forces,

(a) where a member of the forces suffers disability resulting from an injury or disease or an aggravation thereof that was attributable to or was incurred during such military service, a pension shall, on application, be awarded to or in respect of the member in accordance with the rates for basic and additional pension set out in Schedule I;

...

(2) In respect of military service rendered in the non-permanent active militia or in the reserve army during World War II and in respect of military service in peace time,

(a) where a member of the forces suffers disability resulting from an injury or disease or an aggravation thereof that arose out of or was directly connected with such military service, a pension shall, on application, be awarded to or in respect of the member in accordance with the rates for basic and additional pension set out in Schedule I;

[16] According to the respondent, the actions must be struck under section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

[17] The tortious liability of the Crown is recognized in these terms in section 3 [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36] of the aforementioned Act:

3. The Crown is liable for the damages for which, if it were a person, it would be liable

...

(b) in any other province, in respect of

(i) a tort committed by a servant of the Crown. . . .

[18] Section 9 of the Act limits this liability when it involves “a pension . . . paid . . . in respect of the death,

blessure ou maladie ou son aggravation survenue au cours du service militaire ou attribuable à celui-ci (article 21 de la *Loi sur les pensions*) et que cette invalidité donne droit à une pension.

[15] Les alinéas 21(1)a) et 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* prescrivent ce qui suit:

21. (1) Pour le service accompli pendant la Première Guerre mondiale ou la Seconde Guerre mondiale, sauf dans la milice active non permanente ou dans l’armée de réserve, le service accompli pendant la guerre de Corée, le service accompli à titre de membre du contingent spécial et le service spécial:

a) des pensions sont, sur demande, accordées aux membres des forces ou à leur égard, conformément aux taux prévus à l’annexe I pour les pensions de base ou supplémentaires, en cas d’invalidité causée par une blessure ou maladie—ou son aggravation—survenue au cours du service militaire ou attribuable à celui-ci;

[. . .]

(2) En ce qui concerne le service militaire accompli dans la milice active non permanente ou dans l’armée de réserve pendant la Seconde Guerre mondiale ou le service militaire en temps de paix:

a) des pensions sont, sur demande, accordées aux membres des forces ou à leur égard, conformément aux taux prévus à l’annexe I pour les pensions de base ou supplémentaires, en cas d’invalidité causée par une blessure ou maladie—ou son aggravation—consécutive ou rattachée directement au service militaire;

[16] Selon l’intimée, la radiation s’impose en vertu de l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*.

[17] La responsabilité civile délictuelle de l’État est reconnue en ces termes à l’article 3 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36] de la Loi susdite:

3. En matière de responsabilité, l’État est assimilé à une personne pour:

[. . .]

b) dans les autres provinces:

(i) les délits civils commis par ses préposés.

[18] L’article 9 de la Loi y met un frein lorsqu’il s’agit de «toute perte—notamment décès, blessure ou

injury, damage or loss”. This section provides:

9. No proceedings lie against the Crown or a servant of the Crown in respect of a claim if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund or out of any funds administered by an agency of the Crown in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made. [Underlining added.]

3. GENERAL PRINCIPLES APPLICABLE TO A MOTION TO STRIKE A STATEMENT OF CLAIM AND A MOTION TO STAY PROCEEDINGS

[19] Both parties agree that, in order for a motion to strike a statement of claim to be successful, the moving party must demonstrate that it is [TRANSLATION] “plain and obvious beyond a reasonable doubt” that the action is certain to fail. So, in view of the exceptional nature of this kind of motion, all of the facts pleaded in the statement of claim must be taken as proved.

[20] In support of this position, the parties cited *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 979, where Wilson J. reviewed the history of the various tests used by the Supreme Court of Canada on a motion to strike a statement of claim. First, Wilson J. borrowed the words of Estey J., speaking for the Court in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that “the case is beyond doubt”: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*

[21] Wilson J. then repeated the comments that she herself made in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 486-487:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, i.e. a cause of action

dommage—ouvrant droit au paiement d’une pension». Ledit article stipule:

9. Ni l’État ni ses préposés ne sont susceptibles de poursuites pour toute perte—notamment décès, blessure ou dommage—ouvrant droit au paiement d’une pension ou indemnité sur le Trésor ou sur des fonds gérés par un organisme mandataire de l’État. [Non souligné dans l’original.]

3. PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES À UNE REQUÊTE EN RADIATION D’UNE DÉCLARATION ET EN SUSPENSION DES PROCÉDURES

[19] Les parties s’entendent pour affirmer que pour avoir gain de cause dans le cadre d’une requête en radiation d’une déclaration, le requérant doit démontrer qu’il est «évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable» que l’action est vouée à l’échec. Ainsi, vu le caractère exceptionnel de ce type de requête, tous les faits allégués dans la déclaration doivent être tenus pour avérés.

[20] Les parties ont cité à l’appui de ces propos l’affaire *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 979, où la juge Wilson refait l’historique des diverses formulations utilisées par la Cour suprême du Canada lors d’une requête en radiation d’une déclaration. La juge Wilson a d’abord repris à son compte les paroles du juge Estey, s’exprimant au nom de la Cour, dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 740:

Comme je l’ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l’action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu’il est convaincu qu’il s’agit d’un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*

[21] La juge Wilson a ensuite réitéré ses propres commentaires énoncés dans l’affaire *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 486 et 487:

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s’ils révèlent une cause raisonnable d’action, c.-à-d. une cause

“with some chance of success” (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or, as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it “plain and obvious that the action cannot succeed?”

[22] She had written earlier, at page 477 (the emphasis is that of Wilson J. in *Hunt*, *supra*, at pages 979-980):

It would seem then that as a general principle the Courts will be hesitant to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. The fact that reaching a conclusion on this preliminary issue requires lengthy argument will not be determinative of the matter nor will the novelty of the cause of action militate against the plaintiffs.

[23] She also pointed to the formulation she had adopted in *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279, where she wrote [at page 980]:

... I made it clear at p. 280 that it was my view that the test set out in *Inuit Tapirisat* was the correct test. The test remained whether the outcome of the case was “plain and obvious” or “beyond reasonable doubt”.

[24] Finally, she summarized the case law on the subject [at page 980]:

... assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it “plain and obvious” that the plaintiff’s statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be “driven from the judgment seat”. Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) of the British Columbia *Rules of Court* should the relevant portions of a plaintiff’s statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a).

[25] The case law is silent, however, in the case of a stay of proceedings. We must refer to the terms of subsection 111(2) of the *Pension Act* which, as set out earlier, begins as follows:

d’action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l’arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p.138, est-il «évident et manifeste que l’action ne saurait aboutir»?

[22] Elle avait auparavant écrit à la page 477 de la même affaire (les soulignés sont ceux de la juge Wilson dans *Hunt*, précité, aux pages 979 et 980):

Il semble donc qu’en règle générale, les tribunaux hésitent à radier une déclaration pour le motif qu’elle ne révèle aucune cause raisonnable d’action. La nécessité d’un débat pour arriver à une conclusion sur ce point préliminaire n’est pas un élément décisif et la nouveauté de la cause d’action ne joue pas contre les demandeurs.

[23] Elle rappelait également la formulation qu’elle avait adoptée dans *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279 où, écrivait-elle [à la page 980]:

[...] j’ai expliqué clairement, à la p. 280, que j’estimais que le critère formulé dans l’arrêt *Inuit Tapirisat* était le bon critère. Le critère est toujours de savoir si l’issue de l’affaire est «évidente et manifeste» ou «au-delà de tout doute raisonnable».

[24] Elle résuma enfin la jurisprudence en la matière [à la page 980]:

[...] dans l’hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d’action raisonnable? Comme en Angleterre, s’il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être «privé d’un jugement». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d’action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d’intenter son action. Ce n’est que si l’action est vouée à l’échec parce qu’elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en application de la règle 19(24)a).

[25] La jurisprudence est cependant silencieuse dans le cas d’une suspension des procédures. Il faut se référer aux termes du paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions* lequel, tel que produit plus haut, débute ainsi:

111. . . .

(2) An action that is not barred by virtue of section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* shall, on application, be stayed until

[26] Therefore, if the Court has a reasonable doubt about striking out a statement of claim under section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, it shall be stayed until “an application for a pension in respect of the same disability or death has been made and pursued in good faith . . . and . . . a decision to the effect that no pension may be paid to or in respect of that person in respect of the same disability or death has been confirmed by an appeal panel of the Veterans Review and Appeal Board in accordance with the *Veterans Review and Appeal Board Act*” (subsection 111(2) of the *Pension Act*).

4. THE STATEMENTS OF CLAIM

[27] Since the facts pleaded in the respective statements of claim are to be taken as proved, it is important to grasp what is stated therein.

[28] Dumont alleges that, despite the fact that his superior officers were well aware that the missions in which he participated had a traumatic aspect, no treatment was offered to him to help reduce his stress. The respondent’s employees, agents and personnel knew that this lack of treatment would cause irreparable harm to his health, and that the deterioration of his state of health, with permanent sequelae, was the direct result of their actions and their negligence. His superior officers overworked him, especially at Valcartier, thereby permanently destroying his physical and mental integrity. He was assigned tasks usually reserved for senior non-commissioned officers. For example, from October 1995 to January 1997, he was forced to do the work of a warrant officer for 15 months, without having the necessary qualifications. From November 1997 to May 1998, he was forced to do warrant officer work for seven months. From June 1998 to October 1999, he was forced to do warrant officer work for 17 months. He claims to suffer permanently from the following problems:

- (a) Major depression;
- (b) A great deal of internal distress;

111. [. . .]

(2) L’action non visée par l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* fait, sur demande, l’objet d’une suspension [. . .]

[26] Donc, si la Cour entretient un doute raisonnable quant à la radiation d’une déclaration au terme de l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, elle doit («shall» dans la version anglaise) suspendre jusqu’à ce que le demandeur «fasse, de bonne foi, une demande de pension pour l’invalidité ou le décès en cause, et jusqu’à ce que l’inexistence du droit à la pension ait été constatée en dernier recours au titre de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*» (paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions*).

4. LES DÉCLARATIONS

[27] Puisque les faits contenus dans les déclarations respectives sont tenus pour avérés, il est important d’en saisir la teneur.

[28] Dumont allègue que les missions auxquelles il a participé avaient un aspect traumatisant bien connu de ses officiers supérieurs, et que, malgré cela, aucun traitement ne lui fut offert pour aider à diminuer son stress. Les employés, mandataires ou préposés de l’intimée, savaient que ce manque de traitement causerait des torts irréparables à sa santé et que la dégradation de son état de santé avec séquelles permanentes était directement due à leurs agissements et à leurs négligences. Ses officiers supérieurs lui ont imposé des surcharges de travail, particulièrement à Valcartier, et ont ainsi détruit de façon permanente son intégrité physique et mentale. Il fut assigné à des tâches normalement dévolues à des sous-officiers de rangs supérieurs. Ainsi, d’octobre 1995 à janvier 1997, il fut forcé de faire un travail d’adjudant pendant 15 mois sans avoir les qualifications requises. De novembre 1997 à mai 1998, il fut forcé de faire un travail d’adjudant pendant 7 mois. De juin 1998 à octobre 1999, il fut forcé de faire un travail d’adjudant pendant 17 mois. Il allègue souffrir de façon permanente des troubles suivants:

- a) Dépression majeure;
- b) Beaucoup de détresse interne;

- | | |
|--|--|
| (c) Serious disturbance of interpersonal relationships; | c) Perturbation sérieuse au niveau des relations interpersonnelles; |
| (d) Significant feelings of aggression, resulting in serious symptoms of irritability; | d) Sentiment d'agressivité très important entraînant des symptômes sérieux d'irritabilité; |
| (e) Serious post-traumatic stress, resulting in major problems at the family level; | e) Stress post-traumatique sérieux entraînant un important problème au niveau familial; |
| (f) Great difficulty adapting socially and living in an urban setting; | f) Grande difficulté à vivre en société et à se retrouver dans des milieux urbains; |
| (g) Pronounced intolerance to stress; | g) Intolérance marquée au stress; |
| (h) Symptoms of overstimulation; | h) Symptômes d'hyperactivation; |
| (i) Increasing demoralization; | i) Démoralisation croissante; |
| (j) Difficulty concentrating. | j) Troubles de concentration. |

[29] Drolet alleges that he was subjected to traumatic conditions, although no treatment was offered to him to reduce his stress. He enumerates eight periods in which he was forced to do work for which he was not qualified, or work that was meant for a non-commissioned officer of a higher rank than his own. He claims to permanently suffer from the following problems:

- (a) Major depression;
- (b) A great deal of internal distress;
- (c) Serious disturbance of interpersonal relationships;
- (d) Significant feelings of aggression, resulting in serious symptoms of irritability;
- (e) Serious post-traumatic stress, causing serious symptoms of irritability, loss of interest, and emotional detachment (including serious problems at the family level);
- (f) Significant decrease in social activities;
- (g) Pronounced intolerance to stress;
- (h) Symptoms of overstimulation;
- (i) Increasing demoralization;
- (j) Difficulty concentrating.

[29] Drolet allègue avoir été soumis à des conditions traumatisantes alors qu'aucun traitement ne lui fut offert pour diminuer son stress. Il énumère huit périodes où il fut forcé de faire un travail pour lequel il n'était pas qualifié ou un travail qui relevait d'un sous-officier de rang supérieur à celui qu'il détenait. Il allègue souffrir de façon permanente des troubles suivants:

- a) Dépression majeure;
- b) Beaucoup de détresse interne;
- c) Perturbation sérieuse au niveau des relations interpersonnelles;
- d) Sentiment d'agressivité très important entraînant des symptômes sérieux d'irritabilité;
- e) Stress post-traumatique sérieux entraînant des symptômes sérieux d'irritabilité, de perte d'intérêt et de restriction affective (dont des troubles sérieux au niveau de la famille);
- f) Diminution marquée des activités sociales;
- g) Intolérance marquée au stress;
- h) Symptômes d'hyperactivation;
- i) Démoralisation croissante;
- j) Troubles de concentration.

[30] Both appellants allege that the respondent's employees, personnel or agents were negligent toward them. They allege that their superiors breached their legal obligations, abused their authority, breached their fiduciary obligations and breached section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[31] The appellants explain that the respondent breached its fiduciary obligations in that it did not set up any therapy or assistance service to help them adapt to their return from missions even though it knew or ought to have known that they needed this help. The respondent did not set up any system to prevent them from being overworked, considerably increasing the stress suffered by the appellants. Thus, the respondent, they say, failed to fulfil its obligations of loyalty and good faith toward each of the appellants.

[32] To set the stage, the joint Book of Authorities, volume 1, tab 9, contains a copy of the Report to the Minister of National Defence by André Marin, Ombudsman, September 2001, on the systemic treatment of Canadian Forces members with post-traumatic stress disorder, following Corporal Christian McEachern's complaint.

5. THE JUDGMENT UNDER APPEAL

[33] The Trial Judge relied on the Supreme Court of Canada's decision in *Sarvanis v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 921, to determine that the appellants' statements of claim had the same factual basis as the pension that they were receiving or could receive.

[34] In *Dumont, supra*, the Trial Judge noted that the depression and post-traumatic stress disorder that the appellant reported were the only two illnesses complained of in his action, the other damages being the symptoms of illness (paragraph 14 of her reasons). The appellant was already receiving a partial disability pension for depression. The post-traumatic stress disorder could also entitle him to a pension if such an

[30] L'un et l'autre allèguent négligence par les employés, préposés ou mandataires de l'intimée à leur égard. Ils allèguent manquement de leurs supérieurs à leurs obligations légales, abus d'autorité de leur part, manquement à leurs obligations de fiduciaires et manquement à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[31] Les appelants précisent que l'intimée a manqué à ses obligations de fiduciaire en ce qu'elle n'a mis sur pied aucun service de thérapie ou d'assistance pour aider les appelants à s'adapter à leur retour de mission alors qu'elle savait ou aurait dû savoir qu'ils avaient besoin de cette aide. L'intimée n'a mis sur pied aucun système pour empêcher l'imposition d'une surcharge de travail, augmentant considérablement le stress subi par les appelants. Ainsi, l'intimée, disent-ils, a failli à ses obligations de loyauté et de bonne foi envers l'un et l'autre des appelants.

[32] Comme toile de fond, le cahier conjoint d'autorités, volume 1, onglet 9, contient une copie du Rapport au ministre de la Défense nationale par André Marin, Ombudsman, septembre 2001, sur le traitement systémique des membres des Forces canadiennes atteints du syndrome du stress post-traumatique suite à la plainte du Caporal Christian McEachern.

5. LE JUGEMENT SOUS APPEL

[33] La première juge s'est appuyée sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Sarvanis c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 921, pour conclure que les déclarations des appelants avaient le même fondement factuel que la pension qu'ils recevaient ou qu'ils pourraient recevoir.

[34] Dans l'affaire *Dumont*, précitée, elle nota que la dépression et le syndrome de stress post-traumatique dont l'appelant faisait état, sont les deux seules maladies dont il se plaignait dans son action, les autres dommages étant des symptômes d'une maladie (paragraphe 14 de ses motifs). Or, l'appelant recevait déjà une pension d'invalidité partielle pour cause de dépression. Le syndrome de stress post-traumatique pouvait aussi lui

application were made and if it were determined that the application was well-founded.

[35] In *Drolet, supra*, the Judge also ruled that the post-traumatic stress disorder for which Drolet was receiving a pension had the same factual basis as the post-traumatic stress disorder that he reported in his statement of claim. As for the appellant Drolet's major depression attributable to overwork, stressful events that took place during missions abroad, and the defendant's failure to provide him with adequate medical care, she held that this was an illness which could entitle him to a pension, if an application were made and if the allegations were judged to be well-founded.

[36] The Trial Judge distinguished *Duplessis v. Canada* (2000), 8 C.C.E.L. (3d) 75 (F.C.T.D.), from the two cases before her in that, in *Duplessis*, there was an element of discrimination and Sergeant Duplessis was alleging "alienation or stigmatization, mental suffering, humiliation and loss of dignity" (paragraph 19 of her reasons). The Trial Judge dismissed the appellants' claim about the respondent's negligence on the ground that it was extinguished by section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*—the interpretation given in *Sarvanis, supra*. Further, she declared that the allegation of the two appellants based on the respondent's breach of its fiduciary obligations was only incidental to the damage for which they were already receiving a pension. She relied [at paragraph 9 of her reasons] on paragraph 29 of the judgment in *Sarvanis, supra*, to justify her reasoning on this point.

[37] In *Dumont, supra*, she ordered that the proceedings be stayed until the Minister, upon the applicant's formal application pursuant to section 79 *et seq.* of the *Pension Act*, had decided on Dumont's eligibility to a pension under this Act for disability resulting from post-traumatic stress disorder.

[38] In *Drolet, supra*, she also stayed the proceedings before her until the Minister, upon formal application,

donner ouverture à une pension, si une demande était faite à ce sujet, et si la demande était jugée bien fondée.

[35] Dans l'affaire *Drolet*, précitée, elle jugea également que le syndrome de stress post-traumatique pour lequel Drolet recevait une pension avait le même fondement factuel que le syndrome de stress post-traumatique dont il faisait état dans sa déclaration. Quant à la dépression majeure de l'appelant Drolet attribuable à une surcharge de travail, à des événements stressants survenus à l'occasion de missions à l'étranger, ainsi qu'au défaut de la défenderesse de lui fournir des soins médicaux adéquats, elle jugea qu'il s'agissait là d'une maladie qui pouvait donner lieu à une pension si une demande était faite et que les allégations étaient jugées bien fondées.

[36] La première juge distingua l'affaire *Duplessis c. Canada* (2000), 8 C.C.E.L. (3d) 75 (C.F. 1^{re} inst.), des deux causes devant elle, en ce qu'il y avait, dans l'affaire *Duplessis*, un élément de discrimination et que le sergent Duplessis alléguait "isolement ou stigmatisation, souffrances morales, humiliation et perte de sa dignité" (paragraphe 19 de ses motifs). La première juge rejeta la prétention des appelants ayant trait à la négligence de l'intimée au motif qu'elle était éteinte par l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, tel qu'interprété dans *Sarvanis*, précité. De plus, elle déclara que les allégations des deux appelants portant sur le manquement de l'intimée à ses obligations de fiduciaire n'était qu'un chef accessoire de dommages pour lequel les appelants recevaient déjà une pension. Elle s'appuya [au paragraphe 9 des ses motifs] sur le paragraphe 29 du jugement dans *Sarvanis*, précité, pour justifier son raisonnement sur ce point.

[37] Dans l'affaire *Dumont*, précitée, elle ordonna la suspension des procédures jusqu'à ce que le ministre, sur demande formelle du demandeur faite conformément à l'article 79 et suivants de la *Loi sur les pensions*, ait adjugé sur l'éligibilité de Dumont à une pension en vertu de ladite Loi pour invalidité résultant d'un syndrome de stress post-traumatique.

[38] Dans l'affaire *Drolet*, précitée, elle suspendait également les procédures devant elle jusqu'à ce que le

had decided on the eligibility resulting from a major depression.

6. ANALYSIS

[39] The appellants placed a great deal of emphasis, in their claims, on the incompetence that the respondent's employees, personnel or agents showed toward them, their negligence in fulfilling all of their legal obligations, the abuse of authority that they exhibited, the respondent's failure to fulfil its fiduciary obligation and its breach of section 7 of the Charter.

[40] I will analyse these issues in the following order:

1. Does the Crown, in this case, have a fiduciary role in relation to the appellants?

2. Do the damages suffered by the appellants entitle them to a pension within the meaning of section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*?

3. What is the nature of the recourse based on section 7 of the Charter?

1. Does the Crown, in this case, have a fiduciary role in relation to the appellants?

[41] The appellants state that the Crown failed to fulfil its fiduciary role. They did not, however, provide any details about the content of this duty and the nature of the alleged breach that would enable the Court to clearly distinguish the facts that give rise to a tort action from those that give rise to the breach of fiduciary duty. Paragraph 26 of the statements of claim of Dumont and Drolet, each of which is entitled "breach of its fiduciary duty", put particular emphasis on the absence of therapy or assistance to help Canadian Forces members, such as the appellants, to adapt upon their return from missions.

[42] The legal concept of negligence is well known in law. The fiduciary concept, especially in this context, is more recent. This is a fluid concept, developed in

ministre, sur demande formelle, adjuge sur l'éligibilité résultant d'une dépression majeure.

6. ANALYSE

[39] Les appelants font grand état, dans leurs déclarations, de l'incompétence dont ont fait preuve à leur égard les employés, préposés ou mandataires de l'intimée, de leur négligence à s'acquitter de toutes leurs obligations légales, de l'abus d'autorité dont ils ont fait preuve, du manquement de l'intimée à son obligation de fiduciaire et de son manquement à l'article 7 de la Charte.

[40] J'analyserai ces questions dans l'ordre suivant:

1. L'État, en l'espèce, a-t-il un rôle de fiduciaire à l'égard des appelants?

2. Les dommages subis par les appelants donnent-ils ouverture à une pension au sens de l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*?

3. Quelle est la nature du recours basé sur l'article 7 de la Charte?

1. L'État, en l'espèce, a-t-il un rôle de fiduciaire à l'égard des appelants?

[41] Les appelants déclarent que l'État a manqué à son rôle de fiduciaire. Ils n'ont cependant donné aucune précision quant au contenu légal de cette obligation et quant à la nature du manquement reproché de façon à ce que la Cour puisse distinguer clairement les faits qui donnent lieu à l'action en responsabilité délictuelle de ceux qui donnent lieu au manquement à l'obligation fiduciaire. Les paragraphes 26 des déclarations de Dumont et de Drolet, qui sont coiffés du titre «manquement à son obligation de fiduciaire», insistent particulièrement sur l'absence de thérapie ou d'assistance pour aider les membres des Forces canadiennes, tels les appelants, à s'adapter lors de leur retour de mission.

[42] Le concept légal de négligence est bien connu en droit. Celui de fiduciaire, particulièrement dans ce contexte, est d'origine plus récente. Il s'agit d'un concept

relationships where an individual must demonstrate the highest degree of good faith and where there often is no adequate recourse in law for the aggrieved individual. (Beverley M. McLachlin “The Place of Equity and Equitable Doctrines in the Contemporary Common Law World: A Canadian Perspective”: in Donovan W. M. Waters (ed.), *Equity, Fiduciaries and Trusts*, 1993, Toronto: Carswell, 1993, at page 37 and notably at page 40; Leonard Ian Rotman, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1996), at page 152).

[43] The appellants rely on the decision by Prothonotary Aronovitch in *Duplessis*, *supra*, whose findings were confirmed by Lemieux J. (2001), 12 C.C.E.L. (3d) 148 (F.C.T.D.). This Court, in a judgment reported at (2002), 293 N.R. 388 (F.C.A.), then refused to intervene with Lemieux J.’s decision on the ground that it was not persuaded [at paragraph 1] “that Lemieux J. was clearly wrong in dismissing the motion to strike the Statement of Claim”.

[44] The facts in *Duplessis*, *supra*, are as follows. Sergeant Duplessis served on peacekeeping missions in Croatia and Bosnia. Upon his return, he suffered from various stress-related symptoms. The military and medical authorities disregarded his requests for treatment. Sergeant Duplessis alleged in his statement of claim that the reaction of his superiors amounted to discrimination based on his Afro-Canadian ancestry and on the psychological nature of his injuries. In his action for damages, Sergeant Duplessis claimed that the Crown had been negligent, had breached its legal and fiduciary duties, and had breached sections 7 and 15 of the Charter.

[45] The motion to strike the statement of claim was dismissed by Prothonotary Aronovitch.

[46] In her reasons, she analysed the fiduciary duty of the Crown at length, beginning with a reminder that the categories of fiduciaries are not exhaustive. Citing several decisions of the Supreme Court of Canada, including *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2

de caractère fluide, élaboré dans des rapports où une personne doit faire preuve de la plus haute bonne foi, et là où il n’y a souvent pas de recours adéquat en droit pour la personne lésée. (Beverley M. McLachlin «The Place of Equity and Equitable Doctrines in the Contemporary Common Law World: A Canadian Perspective» dans Donovan W. M. Waters (éd.), *Equity, Fiduciairies and Trusts*, 1993, Toronto: Carswell, 1993, à la page 37 et notamment à la page 40; Leonard Ian Rotman, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1996), à la page 152).

[43] Les appelants invoquent en leur faveur la décision rendue par la protonotaire Aronovitch dans *Duplessis*, précitée, dont la conclusion a été confirmée par le juge Lemieux (2001), 12 C.C.E.L. (3d) 148 (C.F. 1^{re} inst.). Notre Cour, dans un jugement rapporté à (2002), 293 N.R. 388 (C.A.F.), a par la suite refusé d’intervenir dans la décision du juge Lemieux au motif qu’elle n’était pas convaincue [au paragraphe 1] «que le juge Lemieux avait clairement tort lorsqu’il a rejeté la requête en radiation de la déclaration».

[44] Les faits dans l’affaire *Duplessis*, précitée, sont les suivants. Le sergent Duplessis a servi dans des missions de maintien de la paix en Croatie et en Bosnie. À son retour, il a souffert de différents symptômes reliés au stress. Les autorités militaires et médicales ont ignoré ses demandes de traitement. Le sergent Duplessis allègue dans sa déclaration que la réaction de ses supérieurs constituait de la discrimination fondée sur son ascendance afro-canadienne et sur la nature psychologique de ses blessures. Dans son action en dommages-intérêts, le sergent Duplessis invoquait négligence de la part de la Couronne, manquement à ses obligations légales et fiduciaires, et manquement aux articles 7 et 15 de la Charte.

[45] La requête en radiation de la déclaration fut rejetée par la protonotaire Aronovitch.

[46] Dans ses motifs, celle-ci analyse longuement l’obligation de fiduciaire de la Couronne en rappelant d’abord que les catégories de fiduciaires ne sont pas exhaustives. Citant plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada, notamment les affaires *Guerin et*

S.C.R. 335; and *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, she noted “continued prospects for the development of new fiduciary relationships” in the military (at paragraph 31 of her reasons). She listed three general characteristics set out by Wilson J., dissenting, in *Frame*, *supra*, a family law case. According to Wilson J., relationships in which a fiduciary relationship have been recognized appear to have the following general characteristics:

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

[47] Prothonotary Aronovitch emphasized, at paragraph 30 of her reasons, that the terms “power” and “particularly vulnerable” have scope for interpretation and have not been judicially considered in respect of the relationship of the soldier to the Department of National Defence.

[48] To this, she added that [at paragraph 30] “No jurisprudence was submitted wherein these terms have been considered in the context of military service or would preclude a determination that the relationship of soldier to the Crown may be a unique relationship in the manner of *Guerin*. The defendant may have a stronger argument in that regard”, she declared, “but it is not conclusive.” It was therefore far from obvious, in her opinion, that the application of Sergeant Duplessis would be certain to fail (see also *Stopford v. Canada*, [2002] 1 F.C. 360 (T.D.), at paragraphs 34-35; and *Marsot v. Canada (Department of National Defence)*, [2002] 3 F.C. 579 (T.D.)).

[49] Lemieux J., who sat on the appeal of this decision as a *de novo* proceeding, adopted Sergeant Duplessis’ argument that his claim was not for compensation for the

autres c. La Reine et autre, [1984] 2 R.C.S. 335; et *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, elle nota «la possibilité que de nouveaux rapports de fiduciaire émergent» dans le milieu militaire (paragraphe 31 de ses motifs). Elle énuméra les trois caractéristiques générales élaborées par la juge Wilson, dissidente, dans l’affaire *Frame*, précitée, une cause qui portait sur le droit familial. Selon la juge Wilson, les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été reconnue semblent posséder les caractéristiques générales suivantes:

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

[47] La protonotaire Aronovitch soulignait au paragraphe 30 de ses motifs que les termes «pouvoir» et «particulièrement vulnérable» donnent matière à interprétation et n’ont pas été examinés par la jurisprudence dans le contexte du rapport entre le soldat et le ministère de la Défense nationale.

[48] À cela, elle ajoutait [au paragraphe 30] qu’«[a]ucune jurisprudence n’a été invoquée dans laquelle un tribunal aurait examiné ces termes dans le contexte du service dans l’armée ou qui empêcherait la Cour de conclure que le rapport entre le soldat et la Couronne peut constituer un rapport unique au sens de l’arrêt *Guerin*, précité. La défenderesse pourrait faire valoir un argument plus solide sur ce point» déclara-t-elle, «mais cet élément n’est pas concluant». Il était donc loin d’être évident, selon elle, que la demande du sergent Duplessis soit vouée à l’échec. (Voir aussi la décision *Stopford c. Canada*, [2002] 1 C.F. 360 (1^{re} inst.), aux paragraphes 34 et 35; et *Marsot c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [2002] 3 C.F. 579 (1^{re} inst.)).

[49] Le juge Lemieux, qui siégea en appel de cette décision à la manière d’un *de novo*, reprit l’argument du sergent Duplessis selon lequel la réclamation de ce

symptoms of post-traumatic stress, but for other injuries suffered, the damages from which were unrelated to the pension he was receiving. His action, he said, was founded on the Crown's negligence, the breach of its fiduciary duty and the Charter issue of discrimination based on race or mental disability. Lemieux J. came to the same conclusions as Prothonotary Aronovitch regarding fiduciary duty. He added that the law was not yet settled as to the point at which statutes like the *Pension Act* and the *Crown Liability and Proceedings Act* could affect claims founded on section 24 of the Charter. In support of this, he cited *St-Onge v. Canada* (1999), 178 F.T.R. 104 (F.C.T.D.); and *Prete v. Ontario (Attorney General)* (1993), 16 O.R. (3d) 161 (C.A.).

[50] As stated earlier, this Court refused to intervene.

[51] Very recently, the Supreme Court of Canada analysed the principles pertaining to the Crown's liability for breaching a fiduciary duty in the context of a tort action brought by children, turned adults, against the social services of British Columbia, after they had been mistreated in foster homes (*K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403; and *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459). The parties in this case did not dispute that the relationship between the Crown (represented by the Superintendent of Child Welfare) and the children in foster homes was of a fiduciary nature.

[52] The views of the parties diverged regarding the content of the duty that this fiduciary relationship placed on the Crown. For the purposes of my analysis in this case, I note that at paragraphs 47 and 48 of her reasons in *K.L.B.*, *supra*, Chief Justice McLachlin, for the Court (Arbour J. concurring with the majority on this point), states that the breach of fiduciary duty traditionally stems from a breach of trust, and that different duties may arise from the same relationship and circumstances at common law (tort of negligence) and in equity (breach of fiduciary duty). She added that causes of action based on equity do not duplicate those provided by the common

dernier ne portait pas sur une compensation par suite du symptôme du stress post-traumatique mais sur d'autres blessures subies dont les dommages étaient étrangers à la pension qu'il recevait. Son action, disait-il, portait sur la négligence de la Couronne, sur son manquement à son obligation de fiduciaire et sur la discrimination fondée sur la race ou la déficience mentale liée à la Charte. Le juge Lemieux partagea les conclusions de la protonotaire Aronovitch quant à l'obligation fiduciaire. Il ajouta que le droit n'était pas encore fixé lorsqu'il s'agit de déterminer jusqu'à quel point des lois comme la *Loi sur les pensions* et la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* peuvent affecter des réclamations fondées sur l'article 24 de la Charte. Il cita à l'appui les arrêts *St-Onge c. Canada* (1999), 178 F.T.R. 104 (C.F. 1^{re} inst.); et *Prete v. Ontario (Attorney General)* (1993), 16 O.R. (3d) 161 (C.A.).

[50] Tel que dit auparavant, notre Cour refusa d'intervenir.

[51] La Cour suprême du Canada a analysé tout récemment les principes portant sur la responsabilité pour manquement à une obligation fiduciaire de l'État dans le cadre d'une action en responsabilité intentée par des enfants devenus adultes à l'encontre des services sociaux de la Colombie-Britannique suite à des mauvais traitements subis en famille d'accueil (*K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403; et *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459). Les parties, dans cette affaire, ne contestaient pas que la relation entre l'État (représenté par le Superintendent of Children Welfare) et les enfants en famille d'accueil était de nature fiduciaire.

[52] La divergence de vue des parties avait trait au contenu de l'obligation que cette relation fiduciaire faisait porter sur l'État. Pour les fins de mon analyse en l'espèce, je retiens qu'aux paragraphes 47 et 48 de ses motifs dans *K.L.B.*, précité, la juge en chef McLachlin, au nom de la Cour (la juge Arbour s'étant ralliée à la majorité sur ce point), affirme que le manquement à une obligation fiduciaire tient traditionnellement à l'abus de confiance, et que la même relation et les mêmes circonstances peuvent engendrer diverses obligations en common law (délit de négligence) et en *equity* (manquement à une obligation fiduciaire). Elle ajoutait

law; they supplement them.

[53] For the time being, I accept that the appellants are relying as much on the common law as on equity to support their actions against the respondent. In light of this finding, I turn to the study of the *Crown Liability and Proceedings Act*, including sections 36 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 32] and 9 of this Act. I will come back, however, to this fiduciary duty and the problems with its application in this case.

2. Do the damages suffered by the appellants entitle them to a pension within the meaning of section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*?

[54] Before 1992, the *Crown Liability and Proceedings Act* only covered tort actions against the federal Crown. This Act, entitled the *Crown Liability Act*, adopted in 1953, marked the end of the Crown's immunity for torts, sanctioned by the prerogative according to which "The King can do no wrong".

[55] The current Act has two distinct parts. Part I is entitled "Liability". The word "liability" is defined in section 2 [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 34] of the Act as follows:

2. In this Act,

...

"liability", for the purposes of Part 1, means

...

(b) in any other province, liability in tort;

[56] Section 9 of this Act is only found in Part I and not in Part II.

[57] Part II deals with proceedings.

[58] The word "proceedings" is not defined but, in its context, necessarily has a very broad meaning.

que les causes d'action fondées sur l'*equity* ne font pas double emploi avec celles prévues par la common law; elles les complètent.

[53] Je retiens pour l'instant que les appelants appuient leurs poursuites contre l'intimée autant en common law qu'en *equity*. À la lumière de cette conclusion, j'aborde maintenant l'étude de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, notamment les articles 36 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 32] et 9 de cette Loi. Je reviendrai cependant sur cette obligation de fiduciaire et sur ses difficultés d'application en l'espèce.

2. Les dommages subis par les appelants donnent-ils ouverture à une pension au sens de l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*?

[54] Avant 1992, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* ne couvrait que les actions en responsabilité délictuelle contre la Couronne fédérale. Cette Loi, qui s'intitulait *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, adoptée en 1953, mettait fin à l'immunité de la Couronne en matière délictuelle, consacrée par la prerogative, selon laquelle «*The King can do no wrong*».

[55] La Loi actuelle comprend deux parties distinctes. La partie I a pour titre «Responsabilité civile». Le mot «responsabilité» est défini à l'article 2 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 34] de la Loi comme suit:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

«responsabilité» Pour l'application de la partie 1:

[. . .]

b) dans les autres provinces, la responsabilité délictuelle.

[56] L'article 9 de cette Loi se retrouve dans la partie I seulement et non dans la partie II.

[57] La partie II traite du contentieux administratif.

[58] Le mot «contentieux administratif» (*proceedings*) n'est pas défini mais, dans son contexte, il a forcément un sens très large.

[59] Section 36 of the Act, in Part II, deems that a member of the Canadian Forces is a servant of the Crown “[f]or the purposes of determining liability in any proceedings by or against the Crown”. Said section 36 reads as follows:

36. For the purposes of determining liability in any proceedings by or against the Crown, a person who was at any time a member of the Canadian Forces or of the Royal Canadian Mounted Police shall be deemed to have been at that time a servant of the Crown. [Underlining added.]

[60] Given the broad interpretation that must be given to the words “any proceedings”, this section contemplates both tortious liability and contractual liability and possibly the liability of the Crown in equity, if it exists in this context. Furthermore, to make a finding of liability, the presumption of law in section 36, which allows a member of the Canadian Forces to be deemed a servant of the Crown, forecloses the provisions of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, that deal with the status of members of the Canadian Forces and refers us back to the common law.

[61] In the employer-employee context at common law, it is far from being accepted that a fiduciary relationship could exist because the “discretion” referred to by Wilson J. in *Frame*, *supra* (paragraph 46 of these reasons), if exercised in an abusive manner, gives rise in law to an actionable tort.

[62] In fact, the Crown-employer’s duties and its liability upon breach of its duties exist independently of the purported fiduciary relationship.

[63] This is confirmed when we refer to subsection 21(1) of the *Pension Act*, which the respondent relies upon in paragraph 81 of her memorandum, and to subsections 21(2) and (3) [as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8] of the Act, to which the parties drew our attention in their submissions. The damages claimed by the appellants in their allegations bearing upon the fiduciary relationship are all connected to their military service. They are all the result of “an injury or disease or an

[59] L’article 36 de la Loi, que l’on retrouve dans la partie II, assimile le membre des Forces canadiennes à un préposé de l’État «pour la détermination des questions de responsabilité dans toute action ou autre procédure engagée par ou contre l’État». Ledit article 36 se lit comme suit:

36. Pour la détermination des questions de responsabilité dans toute action ou autre procédure engagée par ou contre l’État, quiconque était lors des faits en cause membre des Forces canadiennes ou de la Gendarmerie royale du Canada est assimilé à un préposé de l’État. [Non souligné dans l’original.]

[60] Vu l’interprétation large qu’il faut donner aux mots «toute action ou autre procédure», cet article vise autant la responsabilité délictuelle que contractuelle et possiblement la responsabilité en *equity* de l’État, si celle-ci existe dans le présent contexte. Par ailleurs, pour la détermination de cette responsabilité, la présomption légale de l’article 36, qui permet d’assimiler un membre des Forces canadiennes à un préposé de l’État, écarte les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, qui ont trait au statut des membres des Forces canadiennes et nous ramène au régime du droit commun.

[61] Dans le cadre employeur-employé en droit commun, il est loin d’être acquis qu’une relation fiduciaire puisse exister car la «discretion» dont parle la juge Wilson dans l’affaire *Frame*, précitée (au paragraphe 46 des présents motifs), si elle est exercée de façon abusive, donne lieu en droit à une action en responsabilité délictuelle.

[62] En effet, les obligations de l’État-employeur et la responsabilité qu’il encourt au cas de manquement à ses obligations existent indépendamment du soi-disant rapport de fiduciaire.

[63] Il suffit, pour s’en convaincre, de se référer au paragraphe 21(1) de la *Loi sur les pensions* sur lequel s’appuie l’intimée au paragraphe 81 de son mémoire et aux paragraphes 21(2) et (3) [mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8] de ladite Loi sur lesquels les parties ont attiré notre attention en plaidoirie. Les dommages que réclament les appelants dans leurs allégations ayant trait au rapport de fiduciaire sont tous reliés à leur service militaire. Ils sont tous la conséquence de «blessure ou

aggravation thereof”. They arise from, or are connected to, their military service. They all give entitlement to a pension. They could all be the subject of a tort action absent the prohibition provided by section 9 of the Act.

[64] Section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* was the subject of a detailed examination by the Supreme Court of Canada in *Sarvanis, supra*. In that case, it had to be determined if section 9 of the Act had the effect of absolving the Crown of all liability when an individual received a pension.

[65] Sarvanis was a prisoner who suffered serious injuries while he was working in the hay barn of the prison where he was detained. There was a reasonable possibility that the Crown would be liable if the matter were to go to trial. Sarvanis became the recipient of a disability pension under the *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8] (CPP). However, he brought an action in tort against the Crown, which cited section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* in the motion for summary judgment.

[66] The specific issue was whether a disability pension paid under the CPP was paid “in respect of . . . death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made”. Therefore, the words “in respect of” had to be interpreted.

[67] Iacobucci J. interpreted these words in light of the context of section 9 of the Act, i.e. in cases of “death, injury, damage or loss” and concluded that “the loss the recovery of which is barred by the statute must be the same loss that creates an entitlement to the relevant pension” (paragraph 27 of his reasons). Iacobucci J. added that, for section 9 of the Act to bar an action against the Crown, the pension or compensation paid or payable must have the same factual basis as the action. Parliament’s intention was to prevent double recovery. A broad meaning of the words “in respect of” was necessary in order to ensure that there was no Crown liability under ancillary heads of damages for an event already compensated. He stated at paragraphs 28, 29 and

maladie—ou son aggravation». Ils sont consécutifs ou rattachés à leur service militaire. Ils donnent tous ouverture à une pension. Ils pourraient tous faire l’objet d’une action en responsabilité délictuelle en l’absence de l’interdiction prévue à l’article 9 de la Loi.

[64] L’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* a fait l’objet d’une étude approfondie par la Cour suprême du Canada dans *Sarvanis*, précité. Il s’agissait de déterminer, dans cette affaire, si l’article 9 de la Loi avait pour effet de dégager l’État de toute responsabilité délictuelle lorsqu’une personne recevait une pension.

[65] Sarvanis était un prisonnier qui avait subi des blessures graves pendant qu’il travaillait dans la grange à foin de la prison où il était détenu. Il existait une possibilité raisonnable que la responsabilité de l’État soit retenue si l’affaire allait à procès. Sarvanis devint bénéficiaire d’une pension d’invalidité en vertu du *Régime de pension du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8] (RPC). Il intenta néanmoins une action en responsabilité civile délictuelle contre l’État, lequel invoqua l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* dans sa requête en jugement sommaire.

[66] La question précise était de savoir si une pension d’invalidité versée en vertu du RPC était une pension versée «*in respect of . . . death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made*». Il fallait donc donner un sens aux mots «*in respect of*».

[67] Le juge Iacobucci interpréta ces mots à la lumière du contexte de l’article 9 de la Loi, soit l’énumération «pour toute perte—notamment décès, blessures ou dommages» et conclut que «la perte dont l’indemnisation est écartée par la loi doit être la même que celle qui crée le droit à la pension» (paragraphe 27 de ses motifs). Le juge Iacobucci ajouta que, selon l’article 9 de la Loi, pour qu’elle fasse obstacle à une action contre l’État, la pension ou l’indemnité payée ou payable devait avoir le même fondement factuel que l’action. Le désir du législateur était ainsi d’éviter la double compensation. Une portée large des termes «*in respect of*» était nécessaire afin d’éviter que l’État ne soit tenu responsable, sous des chefs accessoires de dommages-

30 of his reasons:

In my view, the language in s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, though broad, nonetheless requires that such a pension or compensation paid or payable as will bar an action against the Crown be made on the same factual basis as the action thereby barred. In other words, s. 9 reflects the sensible desire of Parliament to prevent double recovery for the same claim where the government is liable for misconduct but has already made a payment in respect thereof. That is to say, the section does not require that the pension or payment be in consideration or settlement of the relevant event, only that it be on the specific basis of the occurrence of that event that the payment is made.

This breadth is necessary to ensure that there is no Crown liability under ancillary heads of damages for an event already compensated. That is, a suit only claiming for pain and suffering, or for loss of enjoyment of life, could not be entertained in light of a pension falling within the purview of s. 9 merely because the claimed head of damages did not match the apparent head of damages compensated for in that pension. All damages arising out of the incident which entitles the person to a pension will be subsumed under s. 9, so long as that pension or compensation is given “in respect of”, or on the same basis as, the identical death, injury, damage or loss.

Although such comments are not determinative, I note that this view is consistent with comments made by the Minister of the day in debating the original *Crown Liability Act* in 1953. The Minister likened the type of pensions the receipt of which was intended to bar other actions to provincial worker’s compensation legislation, in which the right to sue was exchanged, as it were, for comprehensive administrative compensation (*House of Commons Debates*, vol. 4, 7th Sess., 21st Parl., March 26, 1953, at p. 3333). [Underlining in original.]

[68] Then applying these principles to the CPP, Iacobucci J. determined that the payments referred to in section 9 of the Act depend, to a certain extent, on the occurrence of an event amounting to a “death, injury, damage or loss”, while CPP disability payments are not contingent on events at all, but depend on the status of the applicant as disabled at the time the application is made (paragraph 31 of his reasons).

intérêts, de l’événement pour lequel une indemnité avait déjà été versée. Il s’exprima ainsi aux paragraphes 28, 29 et 30 de ses motifs:

À mon avis, bien que libellé en termes larges, l’art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* n’en exige pas moins que, pour qu’elle fasse obstacle à une action contre l’État, la pension ou l’indemnité payée ou payable ait le même fondement factuel que l’action. En d’autres termes, l’article 9 traduit le désir rationnel du législateur d’empêcher la double indemnisation d’une même réclamation dans les cas où le gouvernement est responsable d’un acte fautif mais où il a déjà effectué un paiement à cet égard. Autrement dit, cette disposition n’exige pas que la pension ou le paiement soit versé en dédommagement de l’événement pertinent, mais uniquement que le fondement précis de leur versement soit l’existence de cet événement.

Cette large portée est nécessaire pour éviter que l’État ne soit tenu responsable, sous des chefs accessoires de dommages-intérêts, de l’événement pour lequel une indemnité a déjà été versée. Autrement dit, en cas de versement d’une pension tombant dans le champ d’application de l’art. 9, un tribunal ne saurait connaître d’une action dans laquelle on ne réclame des dommages-intérêts que pour douleurs et souffrances ou encore pour perte de jouissance de la vie, du seul fait que ce chef de dommage ne correspond pas à celui qui a apparemment été indemnisé par la pension. Tous les dommages découlant du fait ouvrant droit à pension sont visés par l’art. 9, dans la mesure où la pension ou l’indemnité est versée «*in respect of*» la même perte—notamment décès, blessure ou dommage—ou sur le même fondement.

Bien que ces remarques ne soient pas déterminantes, je souligne que l’opinion ainsi exprimée est compatible avec les commentaires faits par le ministre de l’époque, lors du débat de la première *Loi sur la responsabilité de la Couronne* en 1953. Le ministre a comparé les pensions censées faire obstacle à l’engagement d’actions en justice aux lois provinciales sur les accidents du travail, dans lesquelles le droit d’ester en justice a, pour ainsi dire, été échangé contre une indemnisation administrative complète (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 7^e sess., 21^e lég., 26 mars 1953, p. 3523). [Soulignement dans l’original.]

[68] Appliquant ensuite ces principes au RPC, le juge Iacobucci établit que les paiements envisagés à l’article 9 de la Loi dépendent, d’une certaine manière, d’un événement constituant une «perte—notamment décès, blessures ou dommages», alors que les paiements d’invalidité du RPC ne sont aucunement tributaires de quelque événement mais dépendent de l’invalidité du prestataire au moment de la demande (paragraphe 31 de ses motifs).

[69] In conclusion, Iacobucci J. held that Sarvanis had the right to a CPP pension because of his disabled status and that the factual basis of his tort action was distinct from the facts giving rise to his pension.

[70] Iacobucci J., in *obiter*, then compared section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* and the *Pension Act*, which provides for the payment of a pension to members of the Canadian Forces who are injured in the course of their military service. He stated (at paragraph 35 of his reasons) that these pensions are paid on the same basis as a tort claim, while amounts paid under the CPP are paid on the same basis as an insurance claim. He then goes on to say that, contrary to the *Canada Pension Plan*, the *Pension Act* contains a specific provision barring a tort action. Thus, the *Pension Act*, in contrast to the *Canada Pension Plan*, is a comprehensive scheme designed to ensure the efficacious compensation of persons for their injuries and losses incurred in the public service.

[71] The *Pension Act* in force at the time of the *Sarvanis* and *Duplessis* decisions, *supra*, provided at section 111 that all tort actions were prohibited in the circumstances described in this section. That section provided as follows:

111. No action or other proceeding lies against Her Majesty or against any officer, servant or agent of Her Majesty in respect of any injury or disease or aggravation thereof resulting in disability or death in any case where a pension is or may be awarded under this Act or any other Act in respect of the disability or death.

[72] The new section 111 that came into force on October 27, 2000 now requires the Court, in all cases dealing with an action not barred by virtue of section 9 of the Act, to stay the action until a pension application has been made. If it is an action barred by section 9, the tort action is prohibited.

[69] En conclusion, le juge Iacobucci retint que Sarvanis avait droit à une pension du RPC à cause de son état de personne invalide et que le fondement factuel de son action en responsabilité était distinct des faits donnant ouverture à sa pension.

[70] Le juge Iacobucci, en *obiter*, fit ensuite une comparaison entre l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile et le contentieux administratif* et la *Loi sur les pensions*, qui prévoit le paiement d'une pension aux membres des Forces canadiennes qui sont blessés au cours de leur service militaire. Il déclara (au paragraphe 35 de ses motifs) que ces pensions sont versées sur le même fondement que des dommages-intérêts au terme d'une action en responsabilité civile délictuelle, alors que les sommes versées en vertu du RPC le sont sur le même fondement qu'une indemnité d'assurance. Il ajouta enfin que, contrairement au *Régime de pensions du Canada*, la *Loi sur les pensions* contient une disposition explicite faisant obstacle à une action en responsabilité civile délictuelle. Ainsi, la *Loi sur les pensions*, contrairement au *Régime de pensions du Canada*, constitue un régime complet conçu pour garantir l'indemnisation efficace des personnes ayant subi des blessures et des pertes dans l'exercice de leurs fonctions d'agents de l'État.

[71] La *Loi sur les pensions* en vigueur à l'époque des affaires *Sarvanis* et *Duplessis*, précitées, décrivait, à son article 111, l'interdiction de toute action en responsabilité civile délictuelle dans les circonstances décrites à cet article. Ledit article prescrivait ce qui suit:

111. Nulle action ou autre procédure n'est recevable contre Sa Majesté ni contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de Sa Majesté relativement à une blessure ou une maladie ou à son aggravation ayant entraîné une invalidité ou le décès dans tous cas où une pension est ou peut être accordée en vertu de la présente loi ou de tout autre loi, relativement à cette invalidité ou à ce décès.

[72] Le nouvel article 111 entré en vigueur le 27 octobre 2000 oblige maintenant la Cour, dans tous les cas où il s'agit d'une action non visée par l'article 9 de la Loi, à suspendre l'action jusqu'à ce qu'une demande de pension soit faite. S'il s'agit par ailleurs d'une action visée par l'article 9, l'action en responsabilité civile délictuelle est interdite.

[73] I conclude that, even if the appellants rely on the fiduciary relationship of the Crown, their actions are essentially tort actions. These actions are prohibited under section 9 of the Act because any loss or damage that is claimed gives entitlement to payment of a pension. These actions must be struck because it is “plain and obvious beyond a reasonable doubt” that they cannot succeed.

3. What is the nature of the recourse based on section 7 of the Charter?

[74] The breach of an obligation under section 7 of the Charter gives rise to a recourse under subsection 24(1), which provides as follows:

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.

[75] Professor Peter W. Hogg, in his well-known work *Constitutional Law of Canada*, notes that subsection 24(1) of the Charter “provides for the granting of a remedy to enforce the rights or freedoms guaranteed by the Charter” (*Constitutional Law of Canada*, 4th ed. looseleaf, Toronto: Carswell, 1997, at paragraph 37.2(a)).

[76] In *St-Onge, supra*, Hugessen J. concludes, at paragraph 5 of his reasons, that the adoption of the Charter did not destroy the existing legal system of legislation and procedures provided that they are compatible with the Charter. This Court upheld this judgment, [2000] F.C.J. No. 1523 (C.A.) (QL).

[77] Further, the Supreme Court of Canada in a majority judgment (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3), explains that subsection 24(1) of the Charter commands a broad and purposive interpretation and that the language of this provision appears to confer the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of Charter rights (paragraph 24 of the reasons). This same majority notes that the remedies provisions must be interpreted in a way that provides a full, effective and

[73] J’en arrive à la conclusion que, même si les appelants invoquent la relation fiduciaire de l’État, leurs actions sont essentiellement des actions en responsabilité civile délictuelle. Ces actions sont interdites en vertu de l’article 9 de la Loi parce que toute perte ou dommage réclamé ouvre droit au paiement d’une pension. Ces actions doivent être rayées puisqu’il est «évident et manifeste au-delà de tout doute raisonnable» qu’elles n’ont aucune chance de succès.

3. Quelle est la nature du recours basé sur l’article 7 de la Charte?

[74] La violation d’une obligation prévue à l’article 7 de la Charte donne droit à un recours en vertu du paragraphe 24(1) lequel prescrit ce qui suit:

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.

[75] Le professeur Peter W. Hogg, dans son ouvrage bien connu *Constitutional Law of Canada*, note que le paragraphe 24(1) de la Charte «provides for the granting of a remedy to enforce the rights or freedoms guaranteed by the Charter» (*Constitutional Law of Canada*, 4^e éd. (feuilles mobiles) Toronto: Carswell, 1997, au paragraphe 37.2(a)).

[76] Dans *St-Onge*, précité, le juge Hugessen concluait, au paragraphe 5 de ses motifs, que l’adoption de la Charte n’avait pas eu pour effet de détruire le régime juridique des lois et des procédures existantes dans la mesure où elles sont compatibles avec la Charte. Notre Cour a confirmé ce jugement, [2000] A.C.F. n° 1523 (C.A.) (QL).

[77] De plus, la Cour suprême du Canada dans un jugement majoritaire (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3) nous enseigne que le paragraphe 24(1) de la Charte commande une interprétation large et téléologique et que le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d’élaboration des réparations applicables en cas de violation des dispositions de la Charte (paragraphe 24 des motifs). Cette même majorité

meaningful remedy (paragraph 25 of the reasons). It adds that the power of the superior courts under subsection 24(1) of the Charter cannot be strictly limited by statutes or rules of the common law. (paragraph 51 of the reasons).

[78] The appellants did not explain in any way how section 7 of the Charter has been infringed. However, in the event that the respondent has breached the appellants' rights that are guaranteed by this section, it is far from certain that section 9 of the Act can be relied upon to exclude a fair and appropriate remedy in keeping with the circumstances. It is up to the judge responsible for applying subsection 24(1) of the Charter, to assess whether the pension that might be awarded is appropriate and fair in regard to the circumstances, or if it would be appropriate to add further compensation.

[79] In view of the uncertainty, it is in the interest of justice to stay the appellants' actions but only in so far as they are based on section 7 of the Charter and until the conditions provided in subsection 111(2) of the *Pension Act* have been met.

[80] The appellants will have 60 days from the date of this judgment to amend their statements of claim accordingly.

7. CONCLUSION ON THE APPEALS

[81] I would dismiss the appeals except in so far as they affect that part of the actions that is based on section 7 of the Charter, in which case they will be allowed. With regard to that latter part, the actions are stayed until the requirements of subsection 111(2) of the *Pension Act* have been met.

8. CONCLUSION ON THE CROSS-APPEALS

[82] I would allow the cross-appeals and strike out the appellants' actions under section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, except for that part of the actions that is based on section 7 of the Charter. With regard to that latter part, the cross-appeals should be

rappelle que les dispositions réparatrices doivent être interprétées de manière à assumer une réparation complète, efficace et utile (paragraphe 25 des motifs). Elle ajoute que le pouvoir que le paragraphe 24(1) de la Charte confère aux cours supérieures ne peut être strictement limité par des dispositions législatives ou des règles de common law (paragraphe 51 des motifs).

[78] Les appelants n'ont aucunement précisé en quoi l'article 7 de la Charte a été violé. Dans l'éventualité toutefois où l'intimée aurait violé les droits des appelants garantis par cet article, il est loin d'être certain que l'article 9 de la Loi puisse être invoqué pour écarter une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Il appartiendra au juge, chargé d'appliquer le paragraphe 24(1) de la Charte, d'apprécier si la pension qui pourrait éventuellement avoir été accordée constitue une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, ou s'il y a lieu d'y ajouter une autre compensation.

[79] Vu l'incertitude, il est dans l'intérêt de la justice de suspendre les actions des appelants, mais dans la mesure seulement où elles sont basées sur l'article 7 de la Charte, et ce, jusqu'à ce que les conditions prescrites au paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions* soient satisfaites.

[80] Les appelants auront 60 jours de la date du présent jugement pour modifier leurs déclarations en conséquence.

7. CONCLUSION SUR LES APPELS

[81] Je rejeterais les appels sauf dans la mesure où ils portent sur la portion des actions basée sur l'article 7 de la Charte, auquel cas ils seraient accueillis. Dans ce dernier cas, les actions seraient suspendues jusqu'à ce que les conditions prescrites au paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions* soient satisfaites.

8. CONCLUSION SUR LES APPELS INCIDENTS

[82] J'accueillerais les appels incidents et je rayerais les actions des appelants en vertu de l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, sauf en ce qui a trait à la portion des actions basée sur l'article 7 de la Charte. Dans ce dernier

dismissed and the appellants' actions should be stayed until the requirements of subsection 111(2) of the *Pension Act* have been met. The whole without costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

NOËL J.A.: I concur.

cas, les appels incidents devraient être rejetés et les actions des appelants devraient être suspendues jusqu'à ce que les conditions prescrites au paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions* soient satisfaites. Le tout sans frais.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je suis d'accord.

2004 FC 38
T-225-01
T-81-03

2004 CF 38
T-225-01
T-81-03

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

S.D. Myers, Inc. (*Respondent*)

S.D. Myers, Inc. (*défenderesse*)

and

et

The United Mexican States (Mexico) (*Intervener*)

Les États-Unis du Mexique (Le Mexique)
(*intervenant*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. S.D. MYERS INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. S.D. MYERS INC. (C.F.)

Federal Court, Kelen J.—Ottawa, December 1, 2 and 3, 2003 and January 13, 2004.

Cour fédérale, juge Kelen—Ottawa, 1^{er}, 2 et 3 décembre 2003 et 13 janvier 2004.

Foreign Trade — Judicial review of arbitral award of damages against Canada for breach of North American Free Trade Agreement (NAFTA) Arts. 1102, 1105 by imposition of ban on export of PCB wastes to U.S.A. — NAFTA, Art. 1102 deals with right to national treatment, Art. 1105 sets out minimum standards of treatment — Purpose of ban: protection of Canadian operators, not environment — Tribunal comprised of three distinguished experts in international trade law found ban favoured Canadian nationals, prevented respondent, its investment from carrying on intended Canadian business — Whether award exceeded scope of arbitration agreement, contravened Canadian public policy — Four sub-issues raised by Canada, Mexico (intervener) — Application denied — NAFTA objectives considered — NAFTA providing new cause of action not in former Canada-U.S. Free Trade Agreement; individual investors can seek relief in case of discriminatory treatment — Court's review jurisdiction limited by Commercial Arbitration Code, art. 34 — S.C.C.'s "pragmatic, functional approach" to standard of review inapplicable to international commercial arbitrations — Judicial deference to be accorded — Merits-based review not contemplated — No review for error of law, erroneous finding of fact if within Tribunal's jurisdiction — Necessity for predictability in enforcement of dispute resolution provisions — Parties should be prepared to accept arbitral tribunal's decision even if wrong — Arbitration not to be just first step leading to final decision by jurisdiction's highest appeal court — Award not dealing with dispute outside terms of submission — Canada failing to challenge jurisdiction in time under UNCITRAL Arbitration Rules, art. 21(3) — Canada's statement of defence obtuse on issue of jurisdiction — Code art. 34(2)(b)(ii) provision (award set aside if conflicting with Canadian public policy)

Commerce extérieur — Contrôle judiciaire des sentences arbitrales condamnant le Canada à verser des dommages-intérêts pour avoir contrevenu aux art. 1102 et 1105 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) en imposant une interdiction sur les exportations de déchets contenant des BPC vers les États-Unis — L'art. 1102 de l'ALÉNA porte sur le droit au traitement national, l'art. 1105 établit la norme minimale de traitement — Objet de l'interdiction: protection des exploitants canadiens et non de l'environnement — Un tribunal composé de trois membres réputés pour leur expertise en droit du commerce international a conclu que l'interdiction favorisait les ressortissants canadiens et empêchait la défenderesse et son investissement d'exploiter l'entreprise canadienne qu'ils avaient envisagée — Les sentences arbitrales excédaient-elles la portée de la convention d'arbitrage et étaient-elles contraires à l'ordre public du Canada? — Le Canada et le Mexique (intervenant) ont soulevé quatre sous-questions — Demande rejetée — Examen des objectifs de l'ALÉNA — L'ALÉNA crée un recours que ne prévoyait pas l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis: les investisseurs disposent d'un recours en cas de traitement discriminatoire — La compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire est limitée par l'art. 34 du Code d'arbitrage commercial — L'«approche pragmatique et fonctionnelle» formulée par la C.S.C. ne peut servir à établir une norme de contrôle en matière d'arbitrages commerciaux internationaux — Il faut faire preuve de retenue judiciaire — Examen du fond non prévu — Aucun contrôle judiciaire d'une décision qui repose sur une erreur de droit, sur une conclusion de fait erronée, si elle entre dans la compétence du tribunal — La prévisibilité dans l'application des dispositions en matière de règlement des différends est indispensable — Les parties devraient être disposées à

contemplates fundamental justice principles, not political, international position taken by Canada — Tribunal's conclusions not patently unreasonable, resulting in flagrant justice denial — Not conflicting with Canadian public policy — Language of Art. 1139 broad as to "investment of an investor of a Party" — Tribunal's conclusion permitted by language of NAFTA — Canada Business Corporations Act inapplicable — Canada's position narrow, legalistic, contrary to NAFTA objectives — NAFTA rights cumulative unless in direct conflict — Respondent entitled to Chap. 11, 12 rights — As to Art. 1102 (national treatment), "in like circumstances" is flexible benchmark, was open to Tribunal to opt for broad comparator.

Federal Court Jurisdiction — Application under Commercial Arbitration Code, art. 34, to set aside award of arbitral tribunal under North American Free Trade Agreement (NAFTA) — Three-member Tribunal composed of international trade law experts — Application denied — Court's judicial review jurisdiction restricted by art. 34 — S.C.C.'s "pragmatic, functional approach" to standard of review inapplicable to review of international commercial arbitrations — Judicial deference to be accorded — Merits-based review not contemplated — Under art. 34, no judicial review for error of law, erroneous finding of fact if decision within Tribunal's jurisdiction — Trend towards position parties to accept award even if wrong — Arbitration not to be first step in process leading to final decision by jurisdiction's highest appellate court — Award did not deal with dispute outside terms of submission — Canada having failed to challenge Tribunal's jurisdiction in timely manner as required by UNCITRAL Arbitration Rules, art. 21(3) — Comparable to Federal Courts Act, s. 57(1) requirement to serve notice in constitutional challenge.

This was an application under the *Commercial Arbitration Code*, article 34 to set aside liability, damages and costs awards made by an Arbitral Tribunal pursuant to the *North*

accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée — L'arbitrage ne doit pas être simplement la première étape d'un processus qui conduit jusqu'à la décision finale de la cour d'appel la plus élevée — La sentence ne portait pas sur un différend non visé dans le compromis — Le Canada n'a pas soulevé à temps l'exception d'incompétence prévue à l'art. 21(3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI — La réponse du Canada est ambiguë à l'égard de la compétence — L'art. 34(2)b)(ii) (annulation de la sentence qui est contraire à l'ordre public du Canada) s'entend des principes fondamentaux de la justice et non de la position politique ou de la position internationale du Canada — Les conclusions du tribunal ne sont pas manifestement déraisonnables, ne se traduisent pas par un déni de justice flagrant — Elles ne sont pas contraires à l'ordre public du Canada — Portée large de la définition de l'art. 1139 d'un «investissement effectué par un investisseur d'une Partie» — Les termes de l'ALÉNA autorisent la conclusion du tribunal — La Loi canadienne sur les sociétés par actions est inapplicable — La position du Canada est étroite, légaliste et contraire aux objectifs de l'ALÉNA — Les droits conférés par l'ALÉNA sont cumulatifs à moins qu'ils ne soient directement contradictoires — La défenderesse bénéficie des droits conférés par les ch. 11 et 12 — Quant à l'art. 1102 (traitement national), le critère souple des «circonstances analogues» était ouvert au tribunal et lui permettait d'opter pour un comparateur large.

Compétence de la Cour fédérale — Demande présentée en vertu de l'art. 34 du Code d'arbitrage commercial en vue d'obtenir l'annulation des sentences rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) — Tribunal composé de trois experts en droit du commerce international — Demande rejetée — Compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire limitée par l'art. 34 — L'«approche pragmatique et fonctionnelle» formulée par la C.S.C. pour établir une norme de contrôle ne s'applique pas au contrôle d'arbitrages commerciaux internationaux — Il faut faire preuve de retenue judiciaire — Examen du fond non prévu — En vertu de l'art. 34, il n'existe aucun contrôle judiciaire d'une décision qui repose sur une erreur de droit, une conclusion de fait erronée, si elle entre dans la compétence du tribunal — Tendence favorisant l'opinion selon laquelle les parties devraient accepter la décision même si elle est erronée — L'arbitrage ne doit pas être simplement la première étape d'un processus qui conduit jusqu'à la décision finale de la cour d'appel la plus élevée du ressort — La sentence ne portait pas sur un différend non visé dans le compromis — Le Canada n'a pas soulevé à temps l'exception d'incompétence comme l'exige l'art. 21(3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI — Analogue à l'art. 57(1) de la Loi sur les Cours fédérales exigeant la signification d'un avis de question constitutionnelle.

Il s'agissait d'une demande présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial* en vue d'obtenir l'annulation des sentences sur la responsabilité, sur les

American Free Trade Agreement (NAFTA). This was the first time that the Federal Court had been called upon to deal with a NAFTA, Chapter 11 arbitration award.

The Attorney General sought review of the determination that Canada breached NAFTA Articles 1102 and 1105 by imposing a ban on the export of PCB wastes from Canada for treatment in the United States. Respondent, S.D. Myers, Inc., (SDMI) an Ohio corporation which carries on the business of remediating PCB-contaminated wastes, was awarded \$6,050,000 as damages plus costs. SDMI's owners incorporated Myers Canada, which offered waste remediation services to Canadian customers. It would drain PCBs from equipment in Canada and then transport the equipment and PCBs to Ohio for further decontamination of the equipment and destruction of the PCBs.

When the American Environmental Protection Agency (EPA) issued an enforcement discretion allowing SDMI to import PCBs upon certain conditions, two Canadian hazardous waste businesses met with Canada's Environment Minister to advise that this would threaten the viability of their operations. In the result, Canada banned the export of PCB wastes for 14 months after which the border was reopened. SDMI then submitted its arbitration claim, asserting that Myers Canada was its "investment" in Canada and that the ban had violated its NAFTA Article 1102 right to national treatment and that to minimum standard of treatment (Article 1105). It further alleged that Articles 1106 (performance requirements) and 1110 (expropriation) had been contravened. It was noteworthy that the ban was directed against SDMI—the only company granted permission by EPA to import PCBs. The Tribunal concluded that "there was no legitimate environmental reason for introducing the ban".

The Tribunal consisted of three international trade and arbitration experts, including two Canadians. The impugned awards were made by unanimous decision. The Tribunal found that the orders favoured Canadian nationals over non-nationals and that their effect had been to prevent SDMI and its investment from carrying out their intended Canadian business. SDMI was found to have provided Myers Canada with technical support, financial assistance and loans and it anticipated sharing in the profits gained by Myers Canada.

There two main issues herein were: (1) whether the arbitral awards exceeded the scope of the arbitration agreement in Part

dommages-intérêts et sur les frais rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). C'était la première fois que la Cour fédérale était saisie d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Le procureur général a sollicité le contrôle judiciaire de la décision portant que le Canada contrevenait aux articles 1102 et 1105 en imposant une interdiction sur les exportations de déchets contenant des BPC du Canada pour leur traitement aux États-Unis. La défenderesse, S.D. Myers, Inc. (SDMI), une société de l'Ohio qui effectue la décontamination des déchets contaminés aux BPC, a obtenu 6 050 000 \$ de dommages-intérêts plus les frais. Les propriétaires de SDMI ont constitué Myers Canada, laquelle offre des services de décontamination de déchets à des clients canadiens. Elle retire les BPC de l'équipement au Canada, puis transporte cet équipement et les BPC en Ohio pour que l'on procède à une nouvelle décontamination et à la destruction des BPC.

Lorsque l'Environmental Protection Agency (EPA) des États-Unis a accordé à SDMI une permission discrétionnaire l'autorisant à importer des BPC à certaines conditions, deux exploitants canadiens d'établissements de traitement de déchets dangereux ont rencontré le ministre de l'Environnement pour l'informer que cette mesure éventuelle menacerait la viabilité de leurs propres activités. Le Canada a donc interdit les exportations de déchets contenant des BPC pendant 14 mois, après quoi il a rouvert sa frontière. SDMI a alors soumis une plainte à l'arbitrage, affirmant que Myers Canada constituait son «investissement» au Canada et que l'interdiction portait atteinte aux droits que lui accordait l'ALÉNA au titre du traitement national (article 1102) et de la norme minimale de traitement (article 1105). Elle a également allégué que l'article 1106 (prescriptions des résultats) et l'article 1110 (expropriation) n'avaient pas été respectés. Il importait de souligner que l'interdiction était dirigée contre SDMI la seule société qui avait reçu l'autorisation de l'EPA d'importer des BPC. Le tribunal a conclu qu'«il n'y avait aucune raison légitime d'ordre environnemental justifiant l'interdiction».

Le tribunal se composait de trois experts en arbitrage international et en commerce international, incluant deux Canadiens. Les sentences contestées ont été rendues à l'unanimité. Le tribunal a conclu que les arrêtés favorisaient les ressortissants canadiens aux dépens des étrangers et avaient pour effet d'empêcher SDMI et son investissement d'exploiter l'entreprise canadienne qu'ils avaient envisagée. Il a estimé que SDMI avait fourni à Myers Canada un soutien technique et financier, qu'elle lui avait consenti des prêts et qu'elle s'attendait à partager les bénéfices issus des opérations de Myers Canada.

Les deux principales questions soulevées en l'espèce étaient les suivantes: 1) les sentences arbitrales excédaient-elles la

B of NAFTA, Chapter 11 by dealing with a dispute not contemplated by that Chapter; and (2) whether the awards contravened Canadian public policy. Four sub-issues were raised by Canada, with Mexico intervening in support: (1) for Chapter 11 purposes, was SDMI an “investor” and Myers Canada its “investment”; (2) whether the Tribunal misconstrued the obligation of national treatment in Article 1102 as permitting a comparison between the treatment accorded SDMI and Myers Canada with Canadian companies and wrongly concluded that SDMI and Myers Canada were “in like circumstances” with Canadian companies for Article 1102 purposes; (3) whether the Tribunal erred in concluding that under international law, a breach of an obligation related to investment protection supports a finding that a State Party breached NAFTA Article 1105 and that, in the circumstances, a breach of Article 1102 essentially establishes a breach of Article 1105; and (4) whether the Tribunal exceeded the scope of the submission to arbitration by applying Chapter 11 obligations to “cross-border trade in services” which are governed by Chapter 12.

Held, the application should be dismissed.

Article 102 sets out the following as NAFTA objectives: (1) to eliminate trade barriers in the free trade zone of Canada, U.S.A. and Mexico; (2) to promote conditions of fair competition in the free trade area; (3) to substantially increase investment opportunities in the area; (4) to create an effective procedure for the application of NAFTA and dispute resolution. Parties are to apply NAFTA in accordance with “applicable rules of international law”. Under Chapter 11, Canada must treat an American company which invests and competes in Canada in a fair, non-discriminatory manner. Article 1114—which allows Canada to adopt legitimate environmental measures—was not here at issue for the Tribunal found that the export ban was intended to shield a Canadian industry from American competition rather than to protect the environment.

Under NAFTA, Article 1102 Canada, U.S.A. and Mexico have all agreed to accord each others’ investors no less favourable treatment than it does to its own with respect “to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments”. Unlike the former Canada-U.S. Free Trade Agreement, NAFTA provides a mechanism whereby individual investors can settle disputes over alleged discriminatory

portée de la convention d’arbitrage prévue à la section B du chapitre 11 de l’ALÉNA du fait qu’elles auraient porté sur un différend non visé par ce chapitre? 2) les sentences arbitrales étaient-elles contraires à l’ordre public du Canada? Le Canada ainsi que le Mexique, qui est intervenu à l’appui du Canada, ont soulevé quatre sous-questions: 1) pour l’application du chapitre 11, SDMI était-elle un «investisseur» et Myers Canada, son «investissement»? 2) le tribunal a-t-il mal interprété l’obligation de traitement national prévue à l’article 1102 en estimant qu’elle autorisait la comparaison entre le traitement accordé à SDMI et Myers Canada et le traitement accordé aux sociétés canadiennes, et le tribunal a-t-il conclu à tort que SDMI et Myers Canada se trouvaient «dans des circonstances analogues» à celles des sociétés canadiennes pour l’application de l’article 1102? 3) le tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’en vertu du droit international, un manquement à une obligation reliée à la protection de l’investissement permet de conclure que la Partie a manqué aux dispositions de l’article 1105 de l’ALÉNA et que, dans les circonstances, le manquement à l’article 1102 entraîne fondamentalement un manquement à l’article 1105? et 4) le tribunal a-t-il excédé la portée du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre au «commerce transfrontières de services», régi par le chapitre 12.

Jugement: la demande est rejetée.

Les objectifs de l’ALÉNA figurent à l’article 102: 1) éliminer les obstacles au commerce dans la zone de libre-échange du Canada, des États-Unis et du Mexique; 2) favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange; 3) augmenter substantiellement les possibilités d’investissement dans la zone de libre-échange; 4) établir des procédures efficaces pour l’application de l’ALÉNA et pour le règlement des différends. Les parties doivent appliquer l’ALÉNA en conformité avec les «règles applicables du droit international». Le chapitre 11 impose au Canada l’obligation de traiter une société des États-Unis qui investit et participe à la concurrence au Canada de manière équitable et sans discrimination. L’article 1114 lequel autorise le Canada à adopter une mesure environnementale légitime n’était pas pertinent pour le tribunal qui a conclu que l’interdiction d’exporter visait à protéger les entreprises canadiennes de la concurrence des États-Unis plutôt qu’à protéger l’environnement.

Selon l’article 1102 de l’ALÉNA, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont convenu que chacun d’eux accordera aux investisseurs des autres pays un traitement non moins favorable que celui qu’il accorde à ses propres investisseurs en ce qui concerne «l’établissement, l’acquisition, l’expansion, la gestion, la direction, l’exploitation et la vente ou autre aliénation de l’investissement». Contrairement à l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis qui l’a précédé, l’ALÉNA

treatment. This is a significant new cause of action safeguarding investors from state protection. It sets up an efficient arbitration process applicable only to Chapter 11 claims by “investors” with respect to “investments of investors”.

The Court’s jurisdiction for judicial review is limited by article 34 of the *Commercial Arbitration Code* and the “pragmatic and functional approach” for determining standard of review adopted by the Supreme Court of Canada has not been followed in Canadian cases involving international commercial arbitrations. In *Mexico v. Karpa*, an unreported Ontario decision, Chilcott J. concluded that “judicial deference should be accorded to arbitral awards generally and to international commercial arbitrations in particular”. In *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, the Supreme Court of Canada overturned a decision of the Quebec Court of Appeal regarding an arbitral award in a copyright dispute as leading to a merits-based review not contemplated by the legislation. Article 34 does not allow for judicial review for either error of law or erroneous finding of fact, so long as the decision was within the Tribunal’s jurisdiction. Canadian courts have recognized that predictability in the enforcement of dispute resolution provisions is an indispensable precondition to any international business transaction. The trend is towards the position that parties should be prepared to accept an arbitral tribunal’s decision even if wrong given that correct procedures have been observed. It is undesirable that arbitration become just the initial step in a process leading to a final decision by the highest appellate court of the jurisdiction where the arbitration had been conducted.

Under article 34, the award could be set aside only if (1) it dealt with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or (2) it decided a matter outside the scope of the submission.

The Court was not satisfied that the award dealt with a dispute not contemplated by or outside the terms of the submission: whether Canada had breached NAFTA Articles 1102 and 1105. But the second ground was more difficult. The Attorney General’s argument was that the decision that SDMI is an “investor” and that Myers Canada is “an investment of an investor” under the Article 1139 definitions was beyond the scope of the submission. The intervener, Mexico, suggested

prévoit un mécanisme permettant aux investisseurs de régler leurs différends concernant l’allégation de traitement discriminatoire. Il s’agit d’un recours nouveau et important qui protège les investisseurs contre le protectionnisme de l’État. Ce mécanisme établit une procédure d’arbitrage efficace qui ne s’applique qu’aux différends concernant les plaintes d’«investisseurs» à l’égard des «investissements effectués par les investisseurs» prévues au chapitre 11.

La compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire est limitée par l’article 34 du *Code d’arbitrage commercial* et l’«approche pragmatique et fonctionnelle» adoptée par la Cour suprême du Canada pour établir la norme de contrôle n’a pas été appliquée dans les affaires canadiennes faisant l’objet d’arbitrages commerciaux internationaux. Dans *Mexico v. Karpa*, décision ontarienne non publiée, le juge Chilcott a conclu qu’«il faut faire preuve d’une grande retenue à l’égard des sentences arbitrales en général, et des arbitrages commerciaux internationaux en particulier». Dans l’arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, la Cour suprême du Canada a infirmé un arrêt de la Cour d’appel du Québec portant sur une sentence arbitrale visant un différend en matière de droit d’auteur, estimant qu’il conduisait à l’examen du fond, non prévu par la législation. L’article 34 n’autorise pas le contrôle judiciaire d’une décision entrant dans la compétence du tribunal dans le cas où elle repose sur une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée. Les tribunaux canadiens ont reconnu que la prévisibilité dans l’application des dispositions en matière de règlement de différends est une condition préalable indispensable à toute opération commerciale internationale. La tendance favorise l’opinion selon laquelle les parties devraient être disposées à accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée, pour autant que les procédures régulières ont été suivies. Il n’est pas souhaitable que l’arbitrage devienne simplement la première étape d’un processus qui conduit à une décision finale de la cour d’appel la plus élevée du ressort où s’est déroulé l’arbitrage.

En vertu de l’article 34, la sentence arbitrale ne peut être annulée que si 1) elle porte sur un différend non visé dans le compromis ou n’entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou 2) elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

La Cour n’a pas été persuadée que la sentence portait sur un différend non visé dans le compromis ou n’entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire: à savoir si le Canada avait manqué aux articles 1102 et 1105 de l’ALÉNA. Le second motif était toutefois plus difficile. Le procureur général a fait valoir que la décision portant que SDMI est un «investisseur» ou que Myers Canada est un «investissement effectué par l’investisseur» selon les définitions de l’article

that the Tribunal exceeded the submission's scope by applying Chapter 11 obligations to "cross-border trade in services" (governed by Chapter 12) as that Chapter was outside the scope of arbitration.

Under article 21(3) of the *UNCITRAL Arbitration Rules*, any challenge to jurisdiction has to be raised not later than the statement of defence. Article 21(4) provides that, "in general", the Tribunal ought to rule on jurisdiction as a preliminary question although it may proceed with the arbitration and rule on jurisdiction as part of its final award. SDMI argued that Canada, not having previously objected to jurisdiction, could not do so in seeking judicial review. Canada said that paragraph 4 of its statement of defence, a denial of certain facts alleged in the statement of claim, constituted a challenge to jurisdiction but article 21 requires that clear objection be made and paragraph 4 failed to meet that requirement. Canada did not ask the Tribunal to rule on jurisdiction as a preliminary question and a lengthy, costly arbitration was conducted. The statement of defence was obtuse as to jurisdiction. The Tribunal had dealt with the issues as to whether SDMI was an "investor" and whether there was an "investment" as questions of mixed fact and law and not as a question of jurisdiction. To hold that Canada had properly objected to jurisdiction would be to undermine the clear, express NAFTA dispute resolution procedures. The NAFTA rule that jurisdiction must be pleaded could be compared with the requirement in *Federal Courts Act*, subsection 57(1) that, if a constitutional question is to be raised, notice must be served. The Supreme Court of Canada has held that failure to give the required notice bars a party from later challenging a law's constitutionality.

The Code article 34(2)(b)(ii) provision that an award may be set aside upon judicial review if "in conflict with the public policy of Canada", does not contemplate a political or international position taken by Canada but refers rather to "fundamental notions and principles of justice". One such principle is that a tribunal not exceed jurisdiction and that jurisdictional error can be a decision which is patently unreasonable, such as a complete disregard of the law so the decision constitutes an abuse of authority amounting to a flagrant injustice. But the Tribunal's findings herein could not be said to be patently unreasonable, irrational or to result in a flagrant denial of justice. The Court could not conclude that any aspect of the Tribunal's decision conflicted with Canadian public policy.

1139 dépassait les termes du compromis ou de la clause compromissoire. L'intervenant, le Mexique, a soutenu que le tribunal a dépassé les termes du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre 11 au «commerce transfrontières de services» (régé par le chapitre 12), car le chapitre 12 excédait la portée de l'arbitrage.

Le paragraphe 21(3) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* prévoit que l'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse. Le paragraphe 21(4) prescrit, «d'une façon générale» que le tribunal doit statuer sur l'exception d'incompétence en traitant comme une question préalable, même s'il peut poursuivre l'arbitrage et statuer sur la compétence dans la sentence finale. SDMI a soutenu que, puisque le Canada n'avait pas préalablement soulevé l'exception d'incompétence, il ne pouvait maintenant demander un contrôle judiciaire sur ce fondement. Le Canada a dit avoir attaqué la compétence du tribunal au paragraphe 4 de sa réponse en niant certains faits allégués dans la requête, mais l'article 21 exige que l'exception d'incompétence soit soulevée clairement et le paragraphe 4 n'a pas satisfait à cette exigence. Le Canada n'a pas demandé au tribunal de statuer sur l'exception d'incompétence comme question préalable et s'est engagé dans un arbitrage qui s'est révélé long et onéreux. La réponse était ambiguë à l'égard de la compétence. Le tribunal s'était demandé si SDMI était un «investisseur» et s'il existait un «investissement», considérant cette question comme un point mixte de fait et de droit, et non comme un point de compétence. Conclure que le Canada a correctement fait valoir l'exception d'incompétence reviendrait à porter atteinte aux procédures claires et expresses incorporées à l'ALÉNA pour le règlement des différends. La règle de l'ALÉNA qui prescrit de soulever la question de compétence pouvait être comparée au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoyant qu'une question constitutionnelle ne peut être soulevée sans qu'un avis n'ait été signifié. La Cour suprême du Canada a conclu que le défaut de signifier un avis interdit à une partie d'attaquer par la suite la constitutionnalité d'une loi.

Le sous-alinéa 34(2)(b)(ii) du Code, qui prévoit qu'une sentence arbitrale peut être annulée après avoir fait l'objet d'un contrôle judiciaire si «elle est contraire à l'ordre public du Canada», ne s'entend pas de la position politique ou de la position internationale du Canada, mais des «notions et principes fondamentaux de la justice». Entre notamment dans ces principes le fait que le tribunal n'excède pas sa compétence et que l'excès de compétence puisse être une décision manifestement raisonnable, comme le mépris total de la loi, de sorte qu'elle constitue un abus de pouvoir équivalant à une injustice flagrante. Les conclusions du tribunal en l'espèce ne pouvaient cependant pas être considérées comme étant manifestement déraisonnables, clairement irrationnelles, ou comme se traduisant par une injustice flagrante. La Cour a

In the event that this Court might be found to have erred in concluding that Canada was now barred from raising a jurisdictional challenge, now having pleaded such before the Tribunal, the issues argued by Canada and Mexico were considered. According to Federal Court case law, the arbitral award regarding the meaning of “investor” and “investment of an investor” in NAFTA are to be reviewed on the standard of correctness while the application of the facts to the definitions should be reviewed according to the reasonableness standard. Those same standards applied to the question whether Chapter 11 applies to cross-border trade in services under Chapter 12.

Applicant’s argument was that SDMI had no right to bring this claim since it did not own the shares of Myers Canada. But the language of Article 1139 is broad: “investment of an investor of a Party” means that the investment is either owned by the investor or “controlled directly or indirectly” by the investor. According to the Vienna Convention, words in a treaty such as NAFTA are to be accorded their ordinary meaning and “control” is defined in *The Canadian Oxford Dictionary* as: “The power of directing, command (under the control of)”. Whether SDMI indirectly controlled Myers Canada is a question of fact. The evidence was that the Myers family operates its business in the U.S.A. and foreign countries through SDMI. That corporation, through its President, Dana Myers, had the power of directing Myers Canada. The Tribunal’s finding, that SDMI was, for Chapter 11 purposes, an “investor” and Myers Canada an “investment”, was permitted by the language of NAFTA and not *ex aequo et bono*, as submitted by applicant. The Tribunal did not exercise any equitable or chancery court power but merely interpreted and applied the Article 1139 definition to the facts. The *Canada Business Corporations Act*, to which reference was made by the Attorney General, was not relevant to the question whether, as a matter of fact, SDMI directly or indirectly controlled Myers Canada. The position advanced by Canada’s Attorney General was narrow, legalistic and contrary to NAFTA objectives.

As to the argument that the business at issue is the cross-border trade in services and therefore is governed by Chapter 12, NAFTA rights are cumulative unless in direct conflict. Since SDMI did have an investment in Canada with respect to waste remediation services, it was entitled to Chapter 11 protection of its investment in addition to the rights given

conclu qu’aucun aspect des décisions du tribunal n’était contraire à l’ordre public du Canada.

Dans l’hypothèse où l’on pourrait conclure que la Cour a commis une erreur en concluant que le Canada ne pouvait maintenant soulever l’exception d’incompétence, ne l’ayant pas fait auparavant devant le tribunal, les questions débattues par le Canada et le Mexique ont été examinées. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale, les sentences arbitrales portant sur le sens des termes «investisseur» et «investissement effectué par un investisseur» dans l’ALÉNA doivent être examinées en utilisant la norme de la décision correcte, alors qu’il faut appliquer la norme de la décision raisonnable en ce qui concerne l’application des définitions aux faits. Ces mêmes normes ont été appliquées pour décider si le chapitre 11 s’applique au commerce transfrontières des services visé au chapitre 12.

Le demandeur a soutenu que SDMI n’avait pas le droit de présenter cette requête parce qu’elle n’était pas propriétaire des actions de Myers Canada. Cependant, les termes de l’article 1139 sont larges: l’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie» signifie que l’investissement est soit possédé par l’investisseur, soit «contrôlé, directement ou indirectement, par l’investisseur». La Convention de Vienne prévoit que les termes d’un traité comme l’ALÉNA doivent s’interpréter dans leur sens ordinaire et *The Canadian Oxford Dictionary* définit ainsi le terme «control» (contrôle): [TRADUCTION] «Le pouvoir de diriger, de commander (sous le contrôle de)». Le fait de savoir si SDMI contrôlait indirectement Myers Canada est une question de fait. La preuve a démontré que la famille Myers exploite son entreprise aux États-Unis et dans des pays étrangers par l’intermédiaire de SDMI. Cette société, par son président, M. Dana Myers, avait le pouvoir de diriger Myers Canada. Les termes de l’ALÉNA autorisent la conclusion du tribunal portant que SDMI était un «investisseur» pour l’application du chapitre 11 et que Myers Canada était un «investissement», et cette conclusion n’était pas *ex aequo et bono*, comme l’a prétendu le demandeur. Le tribunal n’a exercé aucun pouvoir de juger en *equity* ou pouvoir de la cour de chancellerie, mais il a simplement interprété la définition de l’article 1139 et l’a appliquée aux faits. Les renvois à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, sur lesquels s’est appuyé le procureur général, n’étaient pas pertinents pour décider si SDMI, dans les faits, contrôlait directement ou indirectement Myers Canada. La position du Canada était étroite, légaliste et contraire aux objectifs de l’ALÉNA.

Quant à l’argument selon lequel les activités en cause sont du commerce transfrontières de services et sont donc régies par le chapitre 12, les droits conférés par l’ALÉNA sont cumulatifs, à moins qu’ils soient directement contradictoires. Comme SDMI avait effectivement un investissement au Canada pour des services de décontamination de déchets, elle

by Chapter 12, which are not inconsistent with Chapter 11 rights and obligations.

Regarding Canada's obligations under Article 1102 (National Treatment), the question whether Myers Canada and Canadian operators were in "like circumstances" was one of mixed fact and law. The comparison of "in like circumstances" is a flexible benchmark which, like an accordion, can be expanded or contracted to suit the facts of each case. Here, it was reasonably open to the Tribunal to have employed a broad comparator.

Even had this Court jurisdiction to review the Tribunal's finding regarding Article 1105, such review would have been unnecessary in view of its decision on Article 1102. The Tribunal's conclusion regarding the Article 1105 breach was redundant, since the damages are the same. It was accordingly unnecessary that the Court express its opinion as to the Tribunal's interpretation and application of Article 1105 herein.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44.
Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, ss. 2 "Code", 5(1),(3),(4) (as am. by S.C. 1997, c. 14, s. 32), 6.
Commercial Arbitration Code, being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, arts. 1, 5, 6, 34.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Arts. 2.01, 102, 201 "enterprise", 1102, 1105, 1106, 1110, 1114, 1115, 1116, 1136, 1139 "enterprise", "enterprise of a party", "investment", "investment of an investor of a Party", "investor of a Party", 1201 "enterprise", 1213.
UNCITRAL Arbitration Rules, UN GAOR, December 15, 1976, Art. 21.
UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc. A/40/17, Annex 1, adopted by UNCITRAL June 21, 1985.
Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, Art. 31.

avait droit à la protection qu'accorde le chapitre 11 à son investissement, ainsi qu'aux droits conférés par le chapitre 12, lesquels ne sont pas incompatibles avec les droits et les obligations du chapitre 11.

S'agissant des obligations du Canada en vertu de l'article 1102 (traitement national), la question de savoir si Myers Canada et les exploitants canadiens se trouvaient «dans des circonstances analogues» était une question mixte de fait et de droit. La comparaison faite «dans des circonstances analogues» est un critère souple qui peut s'élargir ou se refermer comme un accordéon pour coller aux faits particuliers de l'espèce. Dans la présente affaire, le tribunal pouvait raisonnablement utiliser un comparateur large.

La Cour eût-elle eu compétence pour exercer un contrôle judiciaire sur la conclusion du tribunal au sujet de l'article 1105 que ce contrôle aurait été inutile en raison de sa décision au sujet de l'article 1102. La conclusion du tribunal au sujet du manquement à l'article 1105 était redondante, puisque le préjudice est le même. Il n'était donc pas nécessaire que la Cour se prononce sur l'interprétation et l'application de l'article 1105 par le tribunal en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 2.01, 102, 201, 1102, 1105, 1106, 1110, 1114, 1115, 1116, 1136, 1139 «entreprise», «entreprise d'une Partie», «investissement», «investissement effectué par un investisseur d'une Partie», «investisseur d'une Partie», 1201 «entreprise», 1213.
Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 17, art. 1, 5, 6, 34.
Code criminel, L.R.C., (1985), ch. C-46.
Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, art. 31.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1).
Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 17, art. 2 «Code», 5(1),(3),(4) (mod. par L.C. 1997, ch. 14, art. 32), 6.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Doc. NU A/40/17, annexe 1, adopté par la CNUDCI le 21 juin 1985.

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976, art. 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Dynamex Canada Inc. v. Mamona (2003), 228 D.L.R. (4th) 463; 26 C.C.E.L. (3d) 35; 305 N.R. 295 (F.C.A.).

APPLIED:

Mexico v. Metalclad Corp. (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359; 219 Nfld. & P.E.I.R. 7; 14 B.L.R. (3d) 285; 38 C.E.L.R. (N.S.) 284 (S.C.); *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. No. 5070 (Sup. Ct.) (QL); *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178; (2003), 223 D.L.R. (4th) 407; 23 C.P.R. (4th) 417; 301 N.R. 220; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779; (2003), 225 D.L.R. (4th) 427; 174 C.C.C. (3d) 1; 11 C.R. (6th) 226; 173 O.A.C. 285.

REFERRED TO:

Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp., [1991] 1 W.W.R. 219; (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 207 (B.C.C.A.); *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183; 104 O.T.C. 1 (Ont. Sup. Ct.); affd (2000), 49 O.R. (3d) 414; 136 O.A.C. 113 (C.A.); *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, Award on Jurisdiction, June 24, 1998, 38 ILM 708 (1999); *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.); *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Nelson v. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252; 2000 DTC 6556; 261 N.R. 89 (F.C.A.); *Stone v. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110; 2003 DTC 5493 (F.C.A.); *Navigation Sonamar Inc. v. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (Sup. Ct.).

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary, Toronto: Oxford University Press, 2001, "control".
 Redfern, Alan & Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.
Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session — 3-21 June 1985. UN GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/40/17 (1985).
Report of the Secretary General to the eighteenth session

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Dynamex Canada Inc. c. Mamona (2003), 228 D.L.R. (4th) 463; 26 C.C.E.L. (3d) 35; 305 N.R. 295 (C.A.F.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mexico v. Metalclad Corp. (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359; 219 Nfld. & P.E.I.R. 7; 14 B.L.R. (3d) 285; 38 C.E.L.R. (N.S.) 284 (C.S.); *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. n° 5070 (C.S.) (QL); *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178; (2003), 223 D.L.R. (4th) 407; 23 C.P.R. (4th) 417; 301 N.R. 220; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779; (2003), 225 D.L.R. (4th) 427; 174 C.C.C. (3d) 1; 11 C.R. (6th) 226; 173 O.A.C. 285.

DÉCISIONS CITÉES:

Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp., [1991] 1 W.W.R. 219; (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 207 (C.A. C.-B.); *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183; 104 O.T.C. 1 (C. S. Ont.); conf. par (2000), 49 O.R. (3d) 414; 136 O.A.C. 113 (C.A.); *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, décision relative à la compétence, 24 juin 1998, 38 ILM 708 (1999); *McIntosh c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Nelson c. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252; 2000 DTC 6556; 261 N.R. 89 (C.A.F.); *Stone c. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110; 2003 DTC 5493 (C.A.F.); *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (C.S.).

DOCTRINE

Canadian Oxford Dictionary, Toronto: Oxford University Press, 2001, «control».
Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la dix-huitième session — 3-21 juin 1985. Doc. off. AGNU, 40^e sess., suppl. n° 17, Doc. NU A/40/17 (1985).
Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international—«Commentaire analytique

of the United Nations Commission on International Trade Law. "Analytical Commentary on the Draft Text of the Model Law on International Commercial Arbitration". Vienna, 3-21 June 1985. UN Doc. A/CN.9/264 (1985).

APPLICATION under *Commercial Arbitration Code*, article 34 to set aside certain decisions of an Arbitral Tribunal established pursuant to the *North American Free Trade Agreement*. Application dismissed.

APPEARANCES:

Brian R. Evernden and Sylvie Tabet for applicant.

John B. Laskin, John A. Terry, Barry W. Appleton and Robert Wisner for respondent.

J. Christopher Thomas, Q.C. and J. Cameron Mowatt for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Torys LLP, Toronto and Appleton & Associates, Toronto, for respondent.

Thomas & Partners, Vancouver, for intervener.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] KELENJ.: This is an application pursuant article 34 of the *Commercial Arbitration Code*, a schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, to set aside decisions dated November 13, 2000 (liability award), October 21, 2002 (damages award) and December 30, 2003 (costs award) made by an Arbitral Tribunal established pursuant to the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* [December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA).

du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international». Vienne, 3-21 juin 1985. Doc. NU A/CN.9/264 (1985).

Redfern, Alan & Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

DEMANDE présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial* en vue d'obtenir l'annulation de certaines décisions rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Brian R. Evernden et Sylvie Tabet pour le demandeur.

John B. Laskin, John A. Terry, Barry W. Appleton et Robert Wisner pour la défenderesse.

J. Christopher Thomas, c.r. et J. Cameron Mowatt pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Torys LLP, Toronto, et Appleton & Associates, Toronto, pour la défenderesse.

Thomas & Partners, Vancouver, pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE KELEN: Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial*, annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17 en vue d'obtenir l'annulation des décisions datées du 13 novembre 2000 (sentence sur la responsabilité), du 21 octobre 2002 (sentence sur les dommages-intérêts) et du 30 décembre 2003 (sentence sur les frais) rendues par un tribunal arbitral constitué en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* [17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n^o 2] (ALÉNA).

BACKGROUND

[2] This application is the first to come before the Federal Court with respect to an arbitration award issued under Chapter 11 of the NAFTA.

[3] The applicant seeks judicial review of the NAFTA arbitration awards, which arose from a determination that Canada was in breach of Articles 1102 and 1105 of the NAFTA, when it imposed a ban on exports of PCB wastes from Canada for treatment in the United States, implemented through an interim and a final order in council issued in November 1995 and February 1996 respectively. The Tribunal awarded the respondent \$6,050,000 plus interest in compensation for damages, \$500,000 for legal costs and \$350,000 for arbitral costs.

S.D. Myers Inc.

[4] The respondent, S.D. Myers Inc. (SDMI), is a privately held Ohio corporation headquartered in Tallmadge, Ohio. It is owned by Mr. Dana Myers (who holds 51% of the share capital and is its chief executive officer), and his three brothers. SDMI is in the business of treating or remediating toxic wastes contaminated with polychlorinated biphenyls (hereinafter referred to as PCBs).

[5] SDMI assesses the level of PCB contamination in transformers and other equipment, transports and dismantles the equipment, removes and contains the PCBs in drums or tanks, and destroys or arranges for the destruction of the PCBs.

Myers Canada Inc.

[6] S.D. Myers (Canada) Inc. (Myers Canada) is a privately held Canadian company incorporated in 1993 and owned by the four Myers brothers in equal shareholdings. SDMI, while not owning any shares, advanced hundreds of thousands of dollars to Myers Canada and provided Myers Canada with technical and other support personnel. The CEO of SDMI made all decisions regarding the business of Myers Canada.

[7] Myers Canada offered waste remediation services to Canadian customers. Myers Canada would drain PCBs

LE CONTEXTE

[2] C'est la première fois que la Cour fédérale est saisie d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

[3] Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de sentences arbitrales rendues en vertu de l'ALÉNA, portant que le demandeur contrevenait aux articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA en imposant une interdiction sur les exportations de déchets contenant des BPC du Canada pour leur traitement aux États-Unis, mise en œuvre par la voie d'un arrêté d'urgence et d'un arrêté final publiés en novembre 1995 et février 1996 respectivement. Le tribunal a accordé à la défenderesse 6 050 000 \$ de dommages-intérêts plus les intérêts, 500 000 \$ pour les frais d'avocats et 350 000 \$ pour les frais d'arbitrage.

S.D. Myers Inc.

[4] La défenderesse, S.D. Myers Inc. (SDMI), est une société fermée de l'Ohio qui a son siège à Tallmadge, en Ohio. SDMI est la propriété de M. Dana Myers (chef de la direction détenant 51 % du capital-actions) et de ses trois frères. SDMI effectue le traitement ou la décontamination des déchets toxiques contaminés aux biphényles polychlorés (BPC).

[5] SDMI évalue le niveau de contamination aux BPC des transformateurs et autres équipements, transporte et démantèle les équipements, en retire les BPC pour les placer dans des barils ou réservoirs, et détruit ou fait détruire les BPC.

Myers Canada Inc.

[6] S.D. Myers (Canada) Inc. (Myers Canada) est une société fermée canadienne constituée en 1993 et dont les actions sont la propriété à part égale des quatre frères Myers. SDMI ne détient pas d'actions dans Myers Canada, mais lui a avancé des centaines de milliers de dollars et lui a fourni du personnel technique et du personnel de soutien. Le chef de la direction de SDMI prend toutes les décisions relatives aux affaires de Myers Canada.

[7] Myers Canada offre des services de décontamination de déchets à des clients canadiens.

from equipment in Canada, and then transport the equipment and PCBs to SDMI in Ohio for further decontamination of the equipment, and for the destruction of the PCBs.

The export ban of PCBs

[8] On or about November 15, 1995 the United States Environmental Protection Agency (EPA) issued an “enforcement discretion” permitting the respondent to import PCBs upon certain conditions. Anticipating this development, two Canadian operators of hazardous waste facilities met with the Environment Minister at her office to advise that this anticipated U.S. action would threaten the economic viability of their own operations.

[9] On November 16, 1995, Canada banned exports to the United States of PCB wastes and the ban remained in force for 14 months until Canada replaced existing regulations controlling PCB exports and reopened the border. Shortly after reopening the border SDMI submitted an arbitration claim under Chapter 11 of NAFTA asserting that Myers Canada constituted its “investment” in Canada and that the Canadian PCB ban violated its entitlements under NAFTA to national treatment (Article 1102) and minimum standard of treatment (Article 1105). SDMI also alleged that the ban was contrary to the provisions on performance requirements (Article 1106) and expropriation (Article 1110), all of which resulted in harm to SDMI and its “investment”, Myers Canada, in form of financial loss.

[10] The Tribunal found at paragraph 162 that the ban on the export of PCBs was “to protect and promote the market share of enterprises that would carry out the destruction of PCBs in Canada and that were owned by Canadian nationals”. The Tribunal also found in the same paragraph that:

Myers Canada retire les BPC de l'équipement au Canada, puis transporte cet équipement et les BPC en Ohio pour les remettre à SDMI, qui procède à une nouvelle décontamination de l'équipement et à la destruction des BPC.

L'interdiction des exportations de BPC

[8] Le 15 novembre 1995 ou vers cette date, l'Environmental Protection Agency (EPA) des États-Unis a avisé la défenderesse qu'elle lui accorderait une «permission discrétionnaire» l'autorisant à importer des BPC à certaines conditions. Anticipant l'évolution de la situation, deux exploitants canadiens d'établissements de traitement de déchets dangereux ont rencontré le ministre de l'Environnement à son bureau pour l'informer que cette mesure éventuelle des États-Unis menacerait la viabilité économique de leurs propres activités.

[9] Le 16 novembre 1995, le Canada a interdit les exportations vers les États-Unis de déchets contenant des BPC. L'interdiction a été maintenue 14 mois jusqu'à ce que le Canada adopte un nouveau règlement sur le contrôle des exportations de BPC et rouvre sa frontière. Peu après la réouverture de la frontière, SDMI a soumis une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, affirmant que Myers Canada constituait son «investissement» au Canada et que l'interdiction des exportations des BPC portait atteinte aux droits que lui accordait l'ALÉNA au titre du traitement national (article 1102) et de la norme minimale de traitement (article 1105). SDMI a également allégué que l'interdiction allait à l'encontre des dispositions en matière de prescriptions de résultats (article 1106) et d'expropriation (article 1110), ce qui avait pour effet au total de causer un préjudice à SDMI et à son «investissement», en l'occurrence Myers Canada, sous forme de perte financière.

[10] Le tribunal a conclu au paragraphe 162 que l'interdiction des exportations de BPC visait [TRADUCTION] «à protéger et à promouvoir la part de marché des entreprises qui effectueraient la destruction des BPC au Canada et qui étaient la propriété de ressortissants canadiens». Le tribunal a également conclu au même paragraphe:

. . . the protectionist intent of the lead Minister in this matter was reflected in decision-making at every stage that led to the ban. Had that intent been absent, policy makers might have reached a conclusion in November 1995 that would have been consistent with the conclusion reached by Canada when the ban was lifted in February 1997. Canada's view in 1997 was that the opening of the U.S. border should be welcomed in the interests of expediting the elimination of PCBs from the environment, provided that any risks associated with exporting PCB waste to the U.S. was minimized through proper regulations and safeguards.

[11] It is noteworthy that the ban was directed against the respondent since it was the only company that was granted permission from the EPA to import PCBs.

[12] The Department of Environment officials had advised the Minister that closing the border from the Canadian side if the U.S. EPA opened it up from the U.S. side would raise NAFTA concerns. These NAFTA concerns were disregarded by the Minister.

[13] In paragraph 176 the Tribunal referred to evidence from Department of Environment officials that banning PCB exports "is not a viable option because it cannot be demonstrated that closing the border is required to deal with a significant danger to the environment or to human health".

[14] After the Tribunal reviewed the evidence in detail, it concluded in paragraph 195:

The Tribunal finds that there was no legitimate environmental reason for introducing the ban.

The arbitration proceedings

[15] On July 28, 1998 SDMI delivered a notice of intent to submit a claim to arbitration under NAFTA Chapter 11. Three months later, it delivered its notice of arbitration and statement of claim alleging that the Canadian ban on exports of PCBs breached NAFTA,

[TRADUCTION] [. . .] l'intention protectionniste du ministre responsable s'est manifestée à toutes les étapes de la prise de décision qui a mené à l'interdiction. N'eût été de cette intention, les responsables de l'élaboration des politiques auraient peut-être, dès novembre 1995, conclu ce que le Canada allait conclure au moment de la levée de l'interdiction en février 1997. En 1997, le Canada a estimé que l'ouverture des frontières avec les États-Unis devait être accueillie favorablement dans l'intérêt d'accélérer l'élimination des BPC de l'environnement, sous réserve que les risques associés au transport des déchets contenant des BPC aux États-Unis soient minimisés par des règlements et des mesures de sécurité adéquats.

[11] Il faut souligner que l'interdiction était dirigée contre la défenderesse car elle était la seule société qui avait reçu l'autorisation de l'EPA d'importer des BPC.

[12] Les fonctionnaires du ministère de l'Environnement avaient prévenu le ministre que la fermeture des frontières du côté canadien alors que l'EPA des États-Unis les aurait ouvertes du côté américain soulèverait des difficultés en regard de l'ALÉNA. Le ministre n'a pas tenu compte de ces préoccupations touchant l'ALÉNA.

[13] Au paragraphe 176, le tribunal a fait référence au témoignage de fonctionnaires du ministère de l'Environnement, portant que l'interdiction des exportations de BPC [TRADUCTION] «n'est pas une option viable parce qu'on ne peut affirmer que la fermeture des frontières est nécessaire pour faire face à un danger grave pour l'environnement ou pour la santé humaine».

[14] Après l'examen détaillé de la preuve, le tribunal a conclu au paragraphe 195:

[TRADUCTION] Le tribunal conclut qu'il n'y avait aucune raison légitime d'ordre environnemental justifiant l'interdiction.

La procédure d'arbitrage

[15] Le 28 juillet 1998, SDMI a communiqué sa notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA. Trois mois plus tard, elle a communiqué sa notification d'arbitrage et sa requête, affirmant que l'interdiction du

Articles 1102, 1105 and two other Articles which were not upheld by the Tribunal.

Canada sur les exportations de BPC enfreignait les articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA ainsi que deux autres articles qui n'ont pas été retenus par le tribunal.

Composition of the Arbitral Tribunal

[16] The Tribunal was constituted in accordance with the *UNCITRAL Arbitration Rules* [UN GAOR, December 15, 1976]. Each party selected one member of the Tribunal and the two parties jointly selected the chair. SDMI selected Professor Bryan P. Schwartz of the University of Manitoba, Faculty of Law. Canada selected Mr. Edward C. Chiasson, QC, of Borden, Ladner, Gervais, LLP of Vancouver. Both parties selected Professor Martin J. Hunter, QC of London, England as the Chair. All three members are knowledgeable, experienced and distinguished in international law, international trade law and international arbitration. In fact, the Chair is the co-author of a leading textbook with respect to international commercial arbitration. Canada's nominee, Mr. Chiasson has been the Chair of two other NAFTA panels, and chaired a panel under the Canada-U.S. Free Trade Agreement. Professor Schwartz is a highly respected Canadian authority on international law and NAFTA. Accordingly, the arbitration mechanism in Chapter 11 ensured that the parties had confidence in the persons who will be adjudicating the claim.

Composition du tribunal arbitral

[16] Le tribunal a été constitué en vertu du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* [Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976]. Chaque partie a choisi un arbitre du tribunal et les deux parties ont choisi ensemble l'arbitre-président du tribunal. SDMI a choisi le professeur Bryan P. Schwartz, de la Faculté de droit de l'Université du Manitoba. Le Canada a choisi M. Edward C. Chiasson, c.r., du cabinet Borden, Ladner, Gervais, s.r.l. de Vancouver. Les deux parties ont choisi comme arbitre-président le professeur Martin J. Hunter, c.r., de Londres, en Angleterre. Ces trois arbitres sont des personnes qui possèdent des connaissances, de l'expérience et une réputation en droit international, en droit du commerce international et en arbitrage international. L'arbitre-président est notamment le co-auteur d'un manuel qui fait autorité dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Le candidat du Canada, M. Chiasson, a présidé deux autres groupes spéciaux de l'ALÉNA et un groupe spécial constitué en vertu de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis. Le professeur Schwartz est une autorité canadienne hautement respectée en matière de droit international et en ce qui concerne l'ALÉNA. Le mécanisme d'arbitrage prévu au chapitre 11 assurait donc que les personnes qui allaient trancher la requête avaient la confiance des parties.

[17] The three Tribunal awards or decisions under review were unanimous with respect to the liability of Canada, the quantum of damages and the costs.

[17] Les trois sentences arbitrales qui font l'objet du présent contrôle judiciaire ont été rendues à l'unanimité eu égard à la responsabilité du Canada, au montant des dommages-intérêts et aux frais.

The Tribunal's Decision

[18] Based on the evidence the Tribunal found that the interim and final orders favoured Canadian nationals over non-nationals, and that the effect of the orders was to prevent SDMI and its investment from carrying out the Canadian business that they planned to undertake. It further found that "there was no legitimate environmental reason for introducing the ban." In particular the

La décision du tribunal

[18] En se fondant sur la preuve produite, le tribunal a conclu que les arrêtés d'urgence et final favorisaient les ressortissants canadiens aux dépens des étrangers et avaient pour effet d'empêcher SDMI et son investissement d'exploiter l'entreprise canadienne qu'ils avaient envisagée. Le tribunal a aussi conclu [TRADUCTION] «qu'il n'y avait aucune raison légitime

Tribunal found the following:

- (1) that Myers Canada operated as a branch of SDMI;
- (2) SDMI established Myers Canada as a means of furthering its business in Canada;
- (3) Dana Myers exercised control over Myers Canada in his capacity as President and CEO of SDMI;
- (4) The president of Myers Canada reported to Dana Myers;
- (5) SDMI committed to provide full financial and technical support to Myers Canada;
- (6) SDMI made loans to Myers Canada;
- (7) Myers Canada paid SDMI for certain services; and
- (8) SDMI had an expectation that it would share in any income or profit from Myers Canada's operations.

[19] The Tribunal decided that Canada had breached its NAFTA obligations, and was liable to compensate SDMI (First Partial Award). The Tribunal's "Second Partial Award" dated October 21, 2002 ordered that Canada pay SDMI compensation for the loss or damage suffered as a result of Canada's breaches of its obligations under Chapter 11 of NAFTA in the amount of \$6,050,000 plus interest.

[20] The Tribunal's "Final Award" dated December 30, 2003 ordered that Canada pay SDMI \$350,000 in respect of the arbitration costs it incurred and \$500,000 in respect of its legal costs.

THE RELEVANT LEGISLATION, TREATY PROVISIONS AND ARBITRAL RULES

[21] This application for judicial review is pursuant to article 34 of the *Commercial Arbitration Code*, the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* adopted by the United Nations Commission

d'ordre environnemental justifiant l'interdiction.» Le tribunal a notamment tiré les conclusions suivantes:

- 1) Myers Canada exerçait son activité comme filiale de SDMI;
- 2) SDMI avait constitué Myers Canada en vue de développer l'entreprise au Canada;
- 3) Dana Myers contrôlait Myers Canada en qualité de président et chef de la direction de SDMI;
- 4) le président de Myers Canada relevait de Dana Myers;
- 5) SDMI était engagée à fournir à Myers Canada un soutien technique et financier complet;
- 6) SDMI consentait des prêts à Myers Canada;
- 7) Myers Canada payait certains services à SDMI;
- 8) SDMI s'attendait à partager une partie des recettes ou des bénéfices issus des opérations de Myers Canada.

[19] Le tribunal a décidé que le Canada avait manqué à ses obligations au titre de l'ALÉNA et qu'il était tenu de dédommager SDMI (première sentence arbitrale partielle). La «deuxième sentence arbitrale partielle», datée du 21 octobre 2002, a ordonné au Canada de verser à SDMI un dédommagement pour la perte ou le préjudice subis en raison du manquement du Canada à ses obligations au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA, soit un montant de 6 050 000 \$ plus les intérêts.

[20] La «sentence arbitrale finale», datée du 30 décembre 2003, a ordonné au Canada de payer à SDMI la somme de 350 000 \$ pour les frais d'arbitrage qu'elle avait engagés et la somme de 500 000 \$ pour ses frais d'avocats.

LA LÉGISLATION, LES DISPOSITIONS DES TRAITÉS ET LES RÈGLES D'ARBITRAGE APPLICABLES

[21] La présente demande de contrôle judiciaire est présentée en vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial*, fondé sur la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, adoptée par la

on International Trade Law on June 21, 1985, and given the force of law in Canada by the *Commercial Arbitration Act*, which expressly applies to an arbitral claim under Chapter 11 of NAFTA.

[22] Chapter 11 of NAFTA applies to measures adopted or maintained by one of the NAFTA parties (Canada, United States of America, or United States of Mexico) which relate to investors and investments of another party. NAFTA imposes legal obligations and confers legal rights which apply to Canada and SDMI in this case.

[23] NAFTA also provides an arbitration mechanism for the settlement of investment disputes. The arbitration may be submitted under different international arbitration rules, and in this case the claim to arbitration was under the *UNCITRAL Arbitration Rules* (UNCITRAL is the acronym for the United Nations Commission on International Trade Law). Accordingly, the relevant excerpts from the *UNCITRAL Arbitration Rules* are set out herein.

[24] Finally, NAFTA, an international treaty, is subject to the rules for interpreting international treaties which are set out in the Vienna Convention [*Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37]. Accordingly, the relevant excerpts from the following authorities are set out in Appendix A to these reasons:

1. *Commercial Arbitration Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17] and *Commercial Arbitration Code*
2. NAFTA
3. *UNCITRAL Arbitration Rules*
4. *Vienna Convention on the Law of Treaties*

THE ISSUES

[25] The issues in this application are:

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 et qui a reçu force de loi au Canada par l'effet de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, applicable expressément à la plainte soumise à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA.

[22] Le chapitre 11 de l'ALÉNA s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par l'une des parties à l'ALÉNA (le Canada, les États-Unis d'Amérique ou les États-Unis du Mexique) qui s'appliquent aux investisseurs ou aux investissements d'une autre partie. L'ALÉNA impose des obligations et confère des droits qui s'appliquent en l'espèce au Canada et à SDMI.

[23] L'ALÉNA prévoit également un mécanisme d'arbitrage pour le règlement des différends en matière d'investissement. L'arbitrage peut être assujéti à des règles d'arbitrage international différentes. En l'occurrence, la plainte a été soumise à l'arbitrage en vertu du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (CNUDCI est le sigle de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international). Les extraits pertinents de ce Règlement sont donc reproduits plus loin.

[24] Enfin, l'ALÉNA, qui est un traité international, est soumis aux règles d'interprétation des traités internationaux exposées dans la Convention de Vienne [*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37]. Les extraits pertinents de ces textes figurent à l'Annexe A des présents motifs:

1. *Loi sur l'arbitrage commercial* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17] et *Code d'arbitrage commercial*
2. ALÉNA
3. *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*
4. *Convention de Vienne sur le droit des traités*

LES QUESTIONS SOULEVÉES

[25] La présente demande soulève les questions suivantes.

(i) whether the arbitral awards exceeded the scope of the arbitration agreement in Part B of the NAFTA Chapter 11 by dealing with a dispute or disputes not contemplated by Chapter 11 of the NAFTA; and,

(ii) whether the awards contravene the public policy of Canada.

[26] With respect to the first issue Canada, and Mexico, which intervened in support of Canada, raise the following sub-issues:

(1) whether the Tribunal erred in concluding that for the purposes of NAFTA Chapter 11, SDMI was an “investor” and Myers Canada was its “investment”;

(2) whether the Tribunal misconstrued the obligation of National Treatment in NAFTA Article 1102 as permitting a comparison between the treatment accorded SDMI and Myers Canada with Canadian companies, and wrongly concluded that SDMI and Myers Canada were “in like circumstances” with Canadian companies for the purposes of Article 1102;

(3) whether the Tribunal erred in concluding that under international law, a breach of an obligation related to investment protection supports a finding that a State Party breached NAFTA Article 1105 and that in the circumstances of this case, a breach of Article 1102 essentially establishes a breach of Article 1105; and,

(4) whether the Tribunal exceeded the scope of the submission to arbitration by applying Chapter 11 obligations to “cross-border trade in services” which are governed by Chapter 12;

ANALYSIS

The objectives and interpretation of NAFTA

[27] The relevant objectives of NAFTA are set out in Article 102, and can be paraphrased as follows:

i) Les sentences arbitrales excèdent-elles la portée de la convention d’arbitrage prévue à la section B du chapitre 11 de l’ALÉNA du fait qu’elles porteraient sur un différend ou des différends non visés par le chapitre 11 de l’ALÉNA?

ii) Les sentences arbitrales sont-elle contraires à l’ordre public du Canada?

[26] S’agissant de la première question, le Canada ainsi que le Mexique, qui est intervenu à l’appui du Canada, ont soulevé les sous-questions suivantes:

1) Le tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que, pour l’application du chapitre 11 de l’ALÉNA, SDMI était un «investisseur» et Myers Canada, son «investissement»?

2) Le tribunal a-t-il mal interprété l’obligation de traitement national prévue à l’article 1102 de l’ALÉNA en estimant qu’elle autorisait la comparaison entre le traitement accordé à SDMI et Myers Canada et le traitement accordé aux sociétés canadiennes et le tribunal a-t-il conclu à tort que SDMI et Myers Canada se trouvaient [TRADUCTION] «dans des circonstances analogues» à celles des sociétés canadiennes pour l’application de l’article 1102?

3) Le tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’en vertu du droit international, un manquement à une obligation reliée à la protection de l’investissement permet de conclure que la Partie a manqué aux dispositions de l’article 1105 de l’ALÉNA et que, dans les circonstances de l’espèce, le manquement à l’article 1102 entraîne fondamentalement un manquement à l’article 1105?

4) Le tribunal a-t-il excédé la portée du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre 11 au «commerce transfrontières de services», régi par le chapitre 12?

L’ANALYSE

Les objectifs et l’interprétation de l’ALÉNA

[27] Les objectifs pertinents de l’ALÉNA, qui figurent à l’article 102, se résument comme suit:

(1) to eliminate trade barriers in the free trade zone of Canada, United States and Mexico;

(2) to promote conditions of fair competition in the free trade area;

(3) to substantially increase investment opportunities in the free trade area;

(4) and to create effective procedure for the application of NAFTA and for the resolution of disputes under NAFTA.

[28] The objectives also provide that the parties “shall interpret and apply” NAFTA in light of its objectives and in accordance with “applicable rules of international law”.

[29] Under Chapter 11, NAFTA has created an obligation on Canada to treat a U.S. company which chooses to invest and compete in Canada in a fair and non-discriminatory manner, and that the provisions of NAFTA shall be interpreted and applied in a manner which fulfills this objective.

[30] Article 1114 of NAFTA allows Canada to adopt a legitimate environmental measure without regard to Chapter 11. However, the Tribunal found that the Canadian law banning exports of PCBs was not a measure for a legitimate environmental purpose, but was for the purpose of protecting Canadian industry from U.S. competition. Therefore, Article 1114 is not in issue.

The meaning of the pertinent Chapter 11 NAFTA provisions

[31] In Article 1102 of NAFTA, Canada, the United States of America and the United States of Mexico, have agreed that each country will accord investors from the other two countries no less favourable treatment than it accords its own investor with respect “to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments”.

[32] Moreover, NAFTA provides, unlike its predecessor, the Canada-U.S. Free Trade Agreement, a

1) éliminer les obstacles au commerce dans la zone de libre-échange du Canada, des États-Unis et du Mexique;

2) favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange;

3) augmenter substantiellement les possibilités d’investissement dans la zone de libre-échange;

4) établir des procédures efficaces pour l’application de l’ALÉNA et pour le règlement des différends dans le cadre de l’ALÉNA.

[28] Les objectifs prévoient aussi que les parties «interpréteront et appliqueront» l’ALÉNA à la lumière de ses objectifs et en conformité avec «les règles applicables du droit international».

[29] Le chapitre 11 de l’ALÉNA impose au Canada l’obligation de traiter une société des États-Unis qui choisit d’investir et de participer à la concurrence au Canada de manière équitable et sans discrimination, et d’interpréter et d’appliquer les dispositions de l’ALÉNA en conformité avec cet objectif de l’Accord.

[30] L’article 1114 de l’ALÉNA autorise le Canada à adopter une mesure environnementale légitime sans égard au chapitre 11. Toutefois, le tribunal a conclu que la loi canadienne interdisant les exportations de BPC n’était pas une mesure environnementale légitime, mais visait à protéger les entreprises canadiennes de la concurrence des États-Unis. Par conséquent, l’article 1114 n’est pas pertinent.

L’interprétation des dispositions pertinentes du chapitre 11 de l’ALÉNA

[31] Selon l’article 1102 de l’ALÉNA, le Canada, les États-Unis d’Amérique et les États-Unis du Mexique ont convenu que chaque pays accordera aux investisseurs des deux autres pays un traitement non moins favorable que celui qu’il accorde à ses propres investisseurs, en ce qui concerne «l’établissement, l’acquisition, l’expansion, la gestion, la direction, l’exploitation et la vente ou autre aliénation d’investissements».

[32] De plus, contrairement à l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis qui l’a précédé,

mechanism which allows individual investors to settle disputes with respect to alleged discriminatory treatment. This creates a powerful and significant new cause of action to protect investors against state protection. It also creates an impartial, efficient and timely arbitration process to settle such disputes. This arbitration process only applies to disputes with respect to Chapter 11 claims by “investors” with respect to “investments of investors”.

Limited jurisdiction of the Federal Court for judicial review

[33] Canada and Mexico assert that the appropriate standard of review in this case is “correctness” because this international arbitration involves a State, and the State has only consented to arbitration to the extent provided in NAFTA. They state that this is a different situation from where private parties have agreed that the international arbitration will decide the whole matter in issue between the private parties.

[34] Canada submits at paragraph 87 of its memorandum:

A corner stone of the law of arbitration is the requirement that parties consent to the arbitration. That consent must comprehend not only the fact of arbitration but also the specific issues to be resolved by arbitration and may stipulate the governing law. An arbitration tribunal only has jurisdiction over those specific issues that the parties have agreed to submit and any award that goes beyond those issues exceeds the scope of the submission to arbitration.

Canada’s authority is Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999). (The co-author, Professor Martin Hunter, a world expert on the subject, was chosen by the parties to be the Chairman of the Arbitration Tribunal in this case.)

[35] The limited extent of the Court’s jurisdiction to review is under article 34 of the *Commercial Arbitration Code*. The Canadian jurisprudence that examines the

l’ALÉNA prévoit un mécanisme permettant aux investisseurs de régler leurs différends concernant l’allégation de traitement discriminatoire. Ce mécanisme crée un recours nouveau et important qui protège les investisseurs contre le protectionnisme de l’État. Il établit aussi une procédure d’arbitrage impartiale, efficace et rapide pour régler ces différends. Cette procédure d’arbitrage ne s’applique qu’aux différends concernant les plaintes d’«investisseurs» à l’égard des «investissements effectués par les investisseurs» prévues au chapitre 11.

La compétence limitée de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire

[33] Le Canada et le Mexique affirment que la norme de contrôle appropriée en l’espèce est celle de la «décision correcte» du fait que cet arbitrage international fait intervenir un État, et que l’État n’a donné son consentement à l’arbitrage que dans la mesure prévue à l’ALÉNA. Ils déclarent que la situation se distingue du cas où des parties privées ont convenu qu’un arbitrage international tranchera l’ensemble du litige entre les parties privées.

[34] Le Canada soutient au paragraphe 87 de son mémoire:

[TRADUCTION] L’une des assises du droit de l’arbitrage est le consentement des parties à l’arbitrage. Ce consentement doit porter non seulement sur l’arbitrage proprement dit, mais aussi sur les questions spécifiques à trancher par arbitrage et il peut aussi porter sur la loi applicable. Un tribunal d’arbitrage n’est compétent qu’à l’égard des questions spécifiques que les parties ont convenu de lui soumettre et toute sentence arbitrale qui excède ces questions dépasse les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

L’ouvrage cité par le Canada est Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1999). (Le co-auteur de cette étude, le professeur Martin Hunter, expert mondial en la matière, a été choisi par les parties comme arbitre-président du tribunal arbitral saisi de l’affaire.)

[35] La portée limitée de la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire est prévue à l’article 34 du *Code d’arbitrage commercial*. La jurisprudence

limited jurisdiction for judicial review of a NAFTA Chapter 11 arbitration tribunal is:

(i) *Mexico v. Metalclad Corp.* (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359 (S.C.) and,

(ii) *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. No. 5070 (Sup. Ct.) (QL).

[36] In *Metalclad, supra*, Tysoe J. states, at paragraph 54:

I need not decide whether it is appropriate to use the “pragmatic and functional approach” to determine the standard of review under the CAA. With respect to the International CAA, it is my view that the standard of review is set out in ss. 5 and 34 of that Act and that it would be an error for me to import into that Act an approach which has been developed as a branch of statutory interpretation in respect of domestic tribunals created by statute. It may be that some of the principles discussed by the Supreme Court of Canada in this line of authorities will be of assistance in applying ss. 5 and 34 but the “pragmatic and functional approach” cannot be used to create a standard of review not provided for in the International CAA. I note that since the “pragmatic and functional approach” was fully articulated by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 982, the approach has not been utilized in Canadian cases involving international commercial arbitrations (e.g., *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (Ont. S.C.J.); affirmed (2000), 49 O.R. (3d) 414 and *D.L.T. Holdings Inc. v. Grow Biz International, Inc.* (2000), 194 Nfld. & P.E.I.R. 206 (P.E.I.S.C.T.D.)). [Emphasis added.]

[37] In *Karpa, supra*, Chilcott J. at paragraph 77 states:

In my view, a high level of deference should be accorded to the Tribunal, especially in cases where the Applicant Mexico is in reality challenging a finding of fact. The panel who has heard the evidence is best able to determine issues of credibility, reliability and onus of proof.

And at paragraph 97 he concludes:

canadienne relative à la compétence limitée du contrôle judiciaire visant la décision d’un tribunal arbitral en vertu du chapitre 11 de l’ALÉNA est la suivante:

i) *Mexico v. Metalclad Corp.* (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 359 (C.S.)

ii) *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J. n° 5070 (C. sup.) (QL).

[36] Dans la décision *Metalclad*, précitée, le juge Tysoe déclare au paragraphe 54:

[TRADUCTION] Je n’ai pas à décider s’il est approprié d’utiliser l’«approche pragmatique et fonctionnelle» pour établir la norme de contrôle aux termes de la LAC. S’agissant de la LAC international, j’estime que la norme de contrôle est exposée aux articles 5 et 34 de la Loi et que je commettrais une erreur en important dans cette loi une approche définie dans le cadre de l’interprétation des lois visant les tribunaux nationaux constitués par la loi. Il se peut que certains des principes examinés par la Cour suprême du Canada selon cette jurisprudence soient utiles à l’application des articles 5 et 34 mais l’«approche pragmatique et fonctionnelle» ne peut servir à créer une norme de contrôle non prévue dans la LAC international. Je ferai remarquer que depuis la formulation complète de l’«approche pragmatique et fonctionnelle» par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 982, l’approche n’a pas été appliquée dans les affaires canadiennes faisant l’objet d’arbitrages commerciaux internationaux (voir par exemple la décision *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. c. STET International, S.p.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (C.S. Ont.); confirmé par (2000), 49 O.R. (3d) 414 et la décision *D.L.T. Holdings Inc. c. Grow Biz International, Inc.* (2000), 194 Nfld. & P.E.I.R. 206 (C.S.I.-P.-E.)). [Non souligné dans l’original.]

[37] Dans la décision *Karpa*, précitée, le juge Chilcott déclare au paragraphe 77:

[TRADUCTION] À mon avis, il faut faire preuve d’une grande retenue à l’égard du tribunal, particulièrement dans les affaires où la demanderesse, le Mexique, se trouve en réalité à attaquer une conclusion de fait. Le tribunal qui a entendu la preuve est celui qui est le mieux placé pour trancher les questions de crédibilité, de fiabilité et les questions reliées à la charge de la preuve.

Et il conclut au paragraphe 97:

I accept the proposition that judicial deference should be accorded to arbitral awards generally and to international commercial arbitrations in particular.

[38] Other Canadian jurisprudence considers the limited jurisdiction of a superior court to judicially review an award under article 34 of the Code with respect to international arbitration between two private parties, rather than investor-State arbitration. See *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (B.C.C.A.).

[39] The courts have held that the “pragmatic and functional” approach cannot be used to create a standard of review not provided for in article 34 of the Code. Courts restrain themselves from exercising judicial review with respect to international arbitration tribunals so as to be sensitive to the need of a system for predictability in the resolution of disputes and to preserve the autonomy of the arbitration forum selected by the parties.

[40] In *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178 the Supreme Court of Canada overturned a Quebec Court of Appeal decision that allowed for the annulment of an arbitral award that arose out of a copyright dispute. The Supreme Court expressly disagreed with the Quebec Court of Appeal’s approach because it led to a merits-based review not contemplated by legislation. At paragraphs 65-66 LeBel J. states:

The Court of Appeal stated at para. 49:

[TRANSLATION] Where an arbitrator, in performing his or her mandated, is required to apply the rules of public order, he or she must apply them correctly, that is, in the same manner as do the courts.

That statement runs counter to the fundamental principle of the autonomy of arbitration (Compagnie nationale Air France, supra, at p. 724). What it necessarily leads to is review of the merits of the dispute by the court. In addition, it perpetuates a concept of arbitration that makes it a form of justice that is inferior to the justice offered by the courts (Condominiums Mont St-Sauveur, supra, at p. 2785).

And with respect to the standard of review, LeBel J. states at paragraphs 68-69:

[TRADUCTION] J’accepte la proposition selon laquelle les tribunaux judiciaires doivent faire preuve de retenue à l’égard des sentences arbitrales en général, et des arbitrages commerciaux internationaux en particulier.

[38] D’autres décisions de la jurisprudence canadienne considèrent la compétence limitée d’un tribunal supérieur en matière de contrôle judiciaire d’une sentence arbitrale selon l’article 34 du Code dans l’optique de l’arbitrage international entre deux parties privées, plutôt que dans l’optique de l’arbitrage entre un investisseur et l’État. Voir l’arrêt *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.C.-B.).

[39] Les tribunaux judiciaires ont établi que l’approche «pragmatique et fonctionnelle» ne peut être utilisée pour définir une norme de contrôle non prévue à l’article 34 du Code. Les tribunaux judiciaires ne s’autorisent pas à exercer un contrôle judiciaire sur les tribunaux d’arbitrage international par souci de la prévisibilité nécessaire dans le règlement des différends et pour protéger l’autonomie de la juridiction d’arbitrage choisie par les parties.

[40] Dans l’arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, la Cour suprême du Canada a infirmé un arrêt de la Cour d’appel du Québec qui annulait une sentence arbitrale visant un différend en matière de droit d’auteur. La Cour suprême s’est prononcée expressément contre l’approche de la Cour d’appel du Québec parce que cette approche conduisait à l’examen du fond, non prévu par la législation. Ainsi le juge LeBel déclare aux paragraphes 65 et 66:

La Cour d’appel a affirmé au par. 49 que:

Lorsqu’un arbitre est appelé, dans le cadre de son mandat, à appliquer les règles d’ordre public, il doit les appliquer correctement, c’est-à-dire de la même façon que les tribunaux.

Cette affirmation porte atteinte au principe fondamental de l’autonomie de l’arbitrage (Compagnie nationale Air France, précité, p. 724). En effet, elle conduit nécessairement à l’examen du fond du différend par le tribunal judiciaire. De plus, elle perpétue une conception de l’arbitrage qui en faisait une justice inférieure à celle offerte par les tribunaux judiciaires (Condominiums Mont St-Sauveur, précité, p. 2785).

S’agissant de la norme de contrôle, le juge LeBel déclare aux paragraphes 68 et 69:

Some judgments have taken a broad view of that power, or sometimes tended to confuse it with the power of judicial review provided for in arts. 33 and 846 *C.C.P.* [. . .] The judgment in issue here illustrates this tendency when it adopts a standard of review based on simple review of any error of law made in considering a matter of public order. That approach extends judicial intervention at the point of homologation or an application for annulment of the arbitration award well beyond the cases intended by the legislature. It ignores the fact that the legislature has voluntarily placed limits on such review, to preserve the autonomy of the arbitration system.

Review of the correctness of arbitration decisions jeopardizes the autonomy intended by the legislature, which cannot accommodate judicial review of a type that is equivalent in practice to a virtually full appeal on the law. Thibault J.A. identified this problem, when she said:

[TRANSLATION] In my view, the argument that an interpretation of the regulation that is different from, and in fact contrary to, the interpretation adopted by the ordinary courts means that the arbitration award exceeds the terms of the arbitration agreement stems from a profound misunderstanding of the system of consensual arbitration. The argument makes that separate system of justice subject to review of the correctness of its decisions, and thereby substantially reduces the latitude that the legislature and the parties intended to grant to the arbitration board. [Emphasis added.]

[41] By analogy to a case where Parliament has spelled out in the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] the precise standard of judicial review, the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, *per* Binnie J. at paragraphs 31 and 32 is applicable to the case at bar:

The appellant submitted an extensive analysis of the Court's administrative law jurisprudence applying the "functional and pragmatic test" to establish the appropriate standard of review from *U.E.S. Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1087, to *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11. However, in the case of these review boards, Parliament has spelled out in the *Criminal Code* the precise standard of judicial review, namely that the court may set aside an order of the review board only where it is of the opinion that:

(a) the decision is unreasonable or cannot be supported by the evidence; or,

Certains jugements ont adopté une vue large de ce pouvoir ou tendent parfois à le confondre avec le pouvoir de contrôle judiciaire en vertu des art. 33 et 846 *C.p.c.* [. . .] Le jugement visé illustre cette tendance en adoptant une norme de révision fondée sur le contrôle pur et simple de toute erreur de droit commise à l'examen d'une question d'ordre public. Cette approche étend l'intervention judiciaire au moment de l'homologation ou de la demande d'annulation de la sentence arbitrale bien au-delà des cas prévus par le législateur. On oublie que le législateur a volontairement restreint ce contrôle pour préserver l'autonomie de l'institution arbitrale.

Le contrôle de la justesse des décisions arbitrales compromet l'autonomie voulue par le législateur, qui ne peut s'accommoder d'un contrôle judiciaire équivalent pratiquement à un appel presque complet sur le droit. La juge Thibault de la Cour d'appel soulignait ce problème lorsqu'elle affirmait:

À mon avis, l'argument voulant qu'une interprétation du règlement différente, voire même contraire de celle retenue par les tribunaux de droit commun, fasse en sorte que la sentence arbitrale dépasse les termes de la convention d'arbitrage résulte d'une méconnaissance profonde du système d'arbitrage conventionnel. L'argument assujettit ce système distinct de justice à un contrôle de la justesse de ses décisions et il réduit ainsi, de façon significative, la latitude que le législateur et les parties entendaient conférer au conseil d'arbitrage. [Non souligné dans l'original.]

[41] Par analogie avec une affaire dans laquelle le législateur a énoncé dans le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] la norme précise de contrôle judiciaire, les paragraphes 31 et 32 de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779 rendu par le juge Binnie s'appliquent à l'espèce:

L'appelante a soumis une analyse approfondie des décisions de notre Cour en droit administratif, de *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087, à *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, relativement à l'application de la «méthode fonctionnelle et pragmatique» pour déterminer la norme de contrôle applicable. Cependant, le législateur a pris la peine d'énoncer dans le *Code criminel* la norme précise de contrôle judiciaire qui s'applique à ces commissions d'examen, à savoir que la cour ne peut annuler une ordonnance rendue par la commission d'examen que si elle est d'avis que, selon le cas:

a) la décision est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

(b) the decision is based on a wrong decision on a question of law (unless no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred); or,

(c) there was a miscarriage of justice. (*Cr. C.*, s. 672.78)

It must be kept in mind that “[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation”: *Bibeault*, at p. 1087 (emphasis deleted). Where Parliament has shown its intent in the sort of express language found in s. 672.78 *Cr. C.* then, absent any constitutional challenge, that is the standard of review that is to be applied. [Emphasis added.]

In the case at bar, article 34 of the Code spells out the limited jurisdiction of the Court to set aside an arbitration award.

[42] It is noteworthy, that article 34 of the Code does not allow for judicial review if the decision is based on an error of law or an erroneous finding of fact if the decision is within the jurisdiction of the Tribunal. The principle of non-judicial intervention in an arbitral award within the jurisdiction of the Tribunal has been often repeated. See Lax J. in *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.P.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (Sup. Ct.), at page 191; affirmed by (2000), 49 O.R. (3d) 414 (C.A.):

The broad deference and respect to be accorded to decisions made by arbitral tribunals pursuant to the Model Law has been recognized in this jurisdiction by the Ontario Court of Appeal in *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257 at p. 264, 113 D.L.R. (4th) 449 at p. 456:

The purpose of the United Nations Conventions and the legislation adopting them is to ensure that the method of resolving disputes in the forum and according to the rules chosen by the parties, is respected. Canadian courts have recognized that predictability in the enforcement of dispute resolution provisions is an indispensable precondition to any international business transaction and facilitates and encourages the pursuit of freer trade on an international scale: *Kaverit Steel & Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 at p. 139, 85 Alta. L.R. (2d) 287 (C.A.).

b) il s’agit d’une erreur de droit sauf si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

c) il y a eu erreur judiciaire. (*C. cr.*, art. 672.78)

Il ne faut pas perdre de vue que, [TRADUCTION] «[d]ans une large mesure, l’examen judiciaire d’un acte administratif est une division spécialisée de l’interprétation des lois»: (soulignement omis) *Bibeault*, précité, p. 1087. Si le législateur a révélé son intention dans le libellé explicite de l’art. 672.78 *C. cr.*, c’est cette norme de contrôle qu’il convient d’appliquer en l’absence de contestation constitutionnelle. [Non souligné dans l’original.]

En l’espèce, l’article 34 du Code définit la compétence limitée de la Cour en matière d’annulation d’une sentence arbitrale.

[42] Il faut mentionner que l’article 34 du Code n’autorise pas le contrôle judiciaire d’une décision entrant dans la compétence du tribunal dans le cas où la décision repose sur une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée. Le principe de la non-intervention judiciaire à l’égard des sentences arbitrales qui relèvent de la compétence du tribunal arbitral a été maintes fois répété. Voir le juge Lax dans la décision *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.P.A.* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (C. Sup.) à la page 191, confirmée par (2000), 49 O.R. (3d) 414 (C.A.):

[TRADUCTION] La grande retenue et le grand respect dont doivent faire l’objet les décisions des tribunaux arbitraux en vertu de la loi type ont été reconnus dans notre province par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 257 à la p. 264, 113 D.L.R. (4th) 449 à la p. 456:

[TRADUCTION] Le but des conventions des Nations Unies et de la législation qui les a adoptées est de veiller au respect du mode de règlement des différends dans l’instance et selon les règles choisies par les parties. Les tribunaux canadiens ont reconnu que la prévisibilité dans l’application des dispositions en matière de règlement des différends est une condition préalable indispensable à toute opération commerciale internationale et qu’elle facilite et encourage la mise en œuvre d’un plus grand libre-échange à l’échelle internationale: *Kaverit Steel & Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 à la p. 139, 85 Alta. L.R. (2d) 287 (C.A.).

An arbitral award is not invalid because, in the opinion of the Court hearing the application, the Arbitral Tribunal wrongly decided a point of fact or law. In the textbook, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, *supra*, at page 432:

Nevertheless, the Model Law, basic though it is, reflects the modern movement towards finality of arbitration awards. There is a belief that, so far as international arbitrations are concerned, the parties should be prepared to accept the decision of the arbitral tribunal even if it is wrong, so long as the correct procedures are observed. *If a court is allowed to review this decision on the law or merits, the speed and, above all, the finality of the arbitral process is lost.* Indeed, arbitration then becomes merely the first stage in a process that may lead, by way of successive appeals, to the highest appellate court at the place of arbitration. [Emphasis added]

And at page 433:

[. . .] there is no provision in the Model Law for any form of appeal from an arbitral award, on the law or on the facts, or for any judicial review of an award on its merits. If the Tribunal has jurisdiction, the correct procedures are followed and the correct formalities are observed, the award, good, bad or indifferent—is final and binding on the parties.

Judicial Review under article 34(2)(a)(iii)

[43] As discussed, the Federal Court has limited jurisdiction to hear an application for setting aside the arbitral awards in this case pursuant to article 34 of the Code. The first pertinent subparagraph of the Code is article 34(2)(a)(iii), which provides:

Article 34

...

(2) An arbitral award may be set aside by the Court specified in article 6 only if:

...

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the

Une sentence arbitrale n'est pas invalide du fait qu'aux yeux du tribunal saisi de la demande, le tribunal arbitral a rendu une décision erronée sur une question de fait ou de droit. Dans l'ouvrage *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, précité, on lit à la page 432:

[TRADUCTION] Néanmoins, la loi type, toute fondamentale qu'elle soit, reflète la tendance moderne visant à donner un caractère définitif aux sentences arbitrales. On croit, dans la mesure du moins où il s'agit d'arbitrages internationaux, que les parties devraient être disposées à accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée, pour autant que les procédures régulières ont été suivies. Si un tribunal est autorisé à faire le contrôle de la décision sur le droit ou sur le fond, la célérité et, surtout, le caractère définitif du processus arbitral sont annulés. L'arbitrage devient alors simplement la première étape d'un processus qui peut conduire, par la voie d'appels successifs, jusqu'à la cour d'appel la plus élevée du ressort où s'est déroulé l'arbitrage. [Non souligné dans l'original.]

Puis à la page 433:

[TRADUCTION] [. . .] la loi type ne comporte aucune disposition visant une forme quelconque d'appel de la sentence arbitrale, sur un point de droit ou sur les faits, ou un contrôle judiciaire de la sentence arbitrale sur le fond. Si le tribunal est compétent, si les procédures régulières sont suivies et les formalités régulières sont respectées, la sentence, qu'elle soit bonne, mauvaise ou indifférente, est sans appel et elle lie les parties.

Le contrôle judiciaire en vertu du sous-alinéa 34(2)a)(iii)

[43] Comme on vient de le voir, la Cour fédérale possède une compétence limitée, en vertu de l'article 34 du Code, pour connaître d'une demande d'annulation des sentences arbitrales visées en l'espèce. La première disposition pertinente du Code est le sous-alinéa 34(2)a)(iii), qui prévoit:

Article 34

[. . .]

(2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si, selon le cas:

[. . .]

(iii) *soit* que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des

scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; . . .

[44] In analysing the Court's jurisdiction under this subparagraph, the arbitral awards may only be set aside if the applicant, in this case the Attorney General of Canada, furnishes proof on one of two grounds:

(i) the awards deal with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration; or,

(ii) the awards contain decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration.

[45] With respect to the first ground, I am not satisfied that the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, namely whether Canada breached Articles 1102 and 1105 of NAFTA in relation to the respondent. In fact, this is the dispute submitted by the respondent to arbitration.

[46] The second ground is more difficult. The Attorney General submits that the arbitral decision that SDMI falls within the definition of an "investor" or that Myers Canada is "an investment of the investor" in accordance with the definitions in Article 1139 of NAFTA are matters beyond the scope of the submission to arbitration. Mexico submits that the Tribunal exceeded the scope of the submission to arbitration by applying Chapter 11 obligations to "cross-border trade in services" which are governed by Chapter 12, and Chapter 12 is beyond the scope of arbitration.

Matters beyond the scope of arbitration go to jurisdiction

[47] Article 21 of the *UNCITRAL Arbitration Rules* give the Arbitration Tribunal the power to rule on

décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée;

[44] Lorsqu'on analyse la compétence de la Cour aux termes du sous-alinéa, les sentences arbitrales ne peuvent être annulées que si le demandeur, en l'occurrence le procureur général du Canada, apporte une preuve fondée sur l'un de deux motifs suivants:

i) les sentences portent sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire; ou

ii) les sentences contiennent des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

[45] S'agissant du premier motif, je ne suis pas persuadé que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, soit de savoir si le Canada a manqué aux articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA à l'égard de la défenderesse. En réalité, il s'agit du différend que la défenderesse a soumis à l'arbitrage.

[46] Le second motif est plus difficile. Le procureur général fait valoir que la décision arbitrale portant que SDMI est visée par la définition de l'«investisseur» ou que Myers Canada est «un investissement effectué par l'investisseur» selon les définitions de l'article 1139 de l'ALÉNA est une question qui dépasse les termes du compromis ou de la clause compromissoire. Le Mexique soutient que le tribunal a dépassé les termes du compromis ou de la clause compromissoire en appliquant les obligations du chapitre 11 au «commerce transfrontières des services» qui est régi par le chapitre 12, et que le chapitre 12 excède la portée de l'arbitrage.

Les questions qui dépassent les termes de l'arbitrage touchent la compétence

[47] L'article 21 du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* donne au tribunal arbitral le pouvoir de statuer

objections regarding its jurisdiction. Article 21(3) requires that any plea that the Tribunal does not have jurisdiction be raised not later than the statement of defence. Article 21(4) requires that “in general” the Tribunal should rule on its jurisdiction as a preliminary question, however, the Tribunal may proceed with the arbitration and rule on its jurisdiction as part of its final award. In this case, SDMI submits that Canada did not object to the jurisdiction of the Tribunal as required in article 21 of the *UNCITRAL Arbitration Rules*, and is now barred from seeking judicial review on this basis.

[48] The Court has considered the notice of arbitration and the statement of claim submitted by the respondent and Canada’s statement of defence. Canada submits that it challenged the jurisdiction of the Arbitration Tribunal in paragraph 4 of its statement of defence under the heading “The Facts”:

4. Except as expressly submitted below, Canada denies the facts alleged in paragraphs 2, 4-12 and 16-57 of the Claim and puts Myers to the strict proof of every fact alleged in those paragraphs.

Canada submits that this plea satisfies the requirements of article 21(3) of the Arbitral Rules because paragraphs 6 to 12 of the statement of claim are under the heading “Jurisdiction of this Tribunal”, and alleged that the claim is within the jurisdiction of the Tribunal.

[49] Article 21 requires that a party make a clear objection to the jurisdiction of the Arbitration Tribunal as soon as possible, and not later than the statement of defence. In reviewing paragraph 4 of Canada’s statement of defence, the Court concludes that Canada did not make a clear objection to the Tribunal’s jurisdiction. The plain and ordinary meaning of the Rules are that a party must make a specific, express objection to jurisdiction, and must ask the Tribunal to rule on its jurisdiction as a preliminary question. At that stage, parties can seek judicial review before the arbitration proceeds in, what was in this case, a lengthy and expensive arbitration. I find paragraph 4 of Canada’s statement of defence obtuse with respect to jurisdiction.

sur les exceptions prises de son incompétence. Le paragraphe 3 de l’article 21 prévoit que l’exception d’incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse. Le paragraphe 4 de l’article 21 prescrit, «[d]’une façon générale», que le tribunal arbitral statue sur l’exception d’incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l’arbitrage et statuer sur cette exception dans la sentence finale. En l’espèce, SDMI soutient que le Canada n’a pas attaqué la compétence du tribunal arbitral, comme l’exige l’article 21 du *Règlement d’arbitrage de la CNUDCI*, et qu’il ne peut maintenant demander un contrôle judiciaire sur ce fondement.

[48] La Cour a examiné la notification d’arbitrage et la requête présentées par la défenderesse ainsi que la réponse du Canada. Le Canada soutient qu’il a attaqué la compétence du tribunal arbitral au paragraphe 4 de sa réponse sous le titre [TRADUCTION] «Les faits»:

[TRADUCTION] 4. Sous réserve de ce qui est expressément indiqué ci-dessous, le Canada nie les faits allégués aux paragraphes 2, 4 à 12 et 16 à 57 de la requête et demande à Myers d’établir strictement chacun des faits allégués dans ces paragraphes.

Le Canada fait valoir que l’exception soulevée satisfait aux conditions du paragraphe 3 de l’article 21 du Règlement d’arbitrage parce que les paragraphes 6 à 12 de la requête sont précédés de l’intitulé [TRADUCTION] «Compétence du tribunal», et allèguent que la demande relève de la compétence du tribunal.

[49] L’article 21 prévoit que la partie doit soulever clairement l’exception d’incompétence du tribunal arbitral dans les plus brefs délais et, au plus tard, lors du dépôt de la réponse. Après avoir fait l’examen du paragraphe 4 de la réponse du Canada, la Cour conclut que le Canada n’a pas soulevé clairement l’exception prise de l’incompétence du tribunal. Le sens normal et ordinaire du Règlement impose à la partie de soulever clairement et expressément l’exception d’incompétence et de demander au tribunal de statuer sur l’exception d’incompétence comme question préalable. À cette étape, les parties peuvent demander le contrôle judiciaire avant de s’engager dans un arbitrage qui, comme en l’espèce, s’est révélé long et onéreux. Je conclus que le

[50] Canada's position on this matter is undermined by its own past practice. In a prior NAFTA Chapter 11 arbitration under the same Arbitration Rules between Ethyl Corporation and the Government of Canada, Canada clearly and expressly stated that the Tribunal is without jurisdiction to entertain Ethyl's claim and requested that:

The Tribunal should, as a preliminary matter, determine that it does not have jurisdiction to hear the claim or any part of the claim.

As a result, the NAFTA Arbitration Tribunal in that case rendered a preliminary decision dated June 24, 1998 with respect to its jurisdiction in *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, 38 ILM 708 (1999).

[51] The Arbitration Tribunal decision in this case did not expressly address "jurisdiction". However, it considered Canada's argument that SDMI did not have any "standing" to bring the complaint in Chapter VII of its liability decision under the heading: "Was SDMI an Investor? Was there an Investment?"

[52] This issue was considered as a mixed question of fact and law, not as a question of jurisdiction. At no point in this part of the decision is there any reference to an objection to the "jurisdiction" of the Tribunal by Canada.

[53] Jurisdiction is a term of art and a legal objection must be raised clearly at the outset of the arbitration. Canada failed to do so in this case, and cannot now argue that the Tribunal did not have jurisdiction to render the three decisions which are the subject of these applications for judicial review. To find otherwise would undermine the clear and express procedures incorporated in NAFTA for the resolution of disputes.

paragraphe 4 de la réponse du Canada est ambigu à l'égard de la compétence.

[50] D'ailleurs, la position du Canada sur ce point est affaiblie par sa propre pratique dans le passé. Dans un arbitrage antérieur relatif au chapitre 11 de l'ALÉNA, selon le même Règlement d'arbitrage, entre Ethyl Corporation et le gouvernement du Canada, le Canada a clairement et expressément déclaré que le tribunal n'était pas compétent pour être saisi de la demande d'Ethyl et demandé ce qui suit:

[TRADUCTION] Le tribunal devrait, comme question préalable, trancher qu'il n'a pas compétence pour être saisi de tout ou partie de la demande.

Par conséquent, le tribunal arbitral de l'ALÉNA a dans cette affaire rendu une décision préalable datée du 24 juin 1998 touchant sa compétence, soit la décision *Ethyl Corporation and the Government of Canada*, 38 ILM 708 (1999).

[51] Dans la présente affaire, la décision du tribunal arbitral n'a pas expressément abordé la question de la «compétence». Toutefois, l'argument du Canada selon lequel SDMI n'avait pas [TRADUCTION] «qualité» pour déposer la plainte a été pris en compte au chapitre VII de la sentence arbitrale sur la responsabilité sous l'intitulé: [TRADUCTION] «SDMI était-elle un investisseur? Existait-il un investissement?»

[52] La question y a été considérée comme un point mixte de fait et de droit, et non comme un point de compétence. Dans cette partie de la sentence arbitrale, il n'est jamais fait allusion à une opposition du Canada à la «compétence» du tribunal.

[53] La compétence est une notion technique et l'exception d'incompétence doit être clairement soulevée au début de l'arbitrage. En l'espèce, le Canada ne l'a pas fait et il ne peut maintenant soutenir que le tribunal n'était pas compétent pour rendre les trois décisions qui font l'objet des présentes demandes de contrôle judiciaire. Conclure autrement porterait atteinte aux procédures claires et expresses incorporées à l'ALÉNA pour le règlement des différends.

Failure to give notice

[54] The rule requiring that jurisdiction be pleaded is analogous to the requirement in subsection 57(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] that a party may not raise a constitutional question unless notice has been served in accordance with section 57. The Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada have held that the failure to give notice under the Act bars a party from subsequently challenging the constitutionality of a law. See *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.), at paragraph 5; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at paragraph 38; *Nelson v. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252 (F.C.A.), at paragraph 7; *Stone v. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110 (F.C.A.), at paragraph 4.

Judicial Review under article 34(2)(b)(ii)—Public Policy

[55] Article 34(2)(b)(ii) of the Code provides that a court may judicially review and set aside an award where it “is in conflict with the public policy of Canada”. “Public policy” does not refer to the political position or an international position of Canada but refers to “fundamental notions and principles of justice.” Such a principle includes that a tribunal not exceed its jurisdiction in the course of an inquiry, and that such a “jurisdictional error” can be a decision which is “patently unreasonable”, such as a complete disregard of the law so that the decision constitutes an abuse of authority amounting to a flagrant injustice. See *Navigation Sonamar Inc. v. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (Sup. Ct.); “Analytical Commentary on the Draft Text of the Model Law on International Commercial Arbitration in the Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law [Vienna, 3-21 June 1985. UN Doc. A/CN.9/264 (1985)]; *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session—3-21 June 1985* [UN GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/40/17 (1985)]; *Mexico v. Karpa*, *supra*, at paragraph 87.

Le défaut de donner un avis

[54] La règle qui prescrit de soulever la question de compétence est analogue à la disposition du paragraphe 57(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] prévoyant qu’une partie ne peut soulever une question constitutionnelle à moins d’avoir donné avis de question constitutionnelle conformément à l’article 57. La Cour d’appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont conclu que le défaut de signifier un avis selon la Loi interdit à une partie d’attaquer par la suite la constitutionnalité d’une loi. Voir les arrêts *McIntosh c. Canada (Secrétaire d’État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.), au paragraphe 5; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, au paragraphe 38; *Nelson c. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 252 (C.A.F.), au paragraphe 7; *Stone c. Canada*, [2003] 4 C.T.C. 110 (C.A.F.), au paragraphe 4.

Le contrôle judiciaire aux termes du sous-alinéa 34(2)(b)(ii)—L’ordre public

[55] Le sous-alinéa 34(2)(b)(ii) du Code prévoit que la Cour peut procéder au contrôle judiciaire d’une sentence arbitrale et l’annuler dans le cas où «la sentence est contraire à l’ordre public du Canada». L’«ordre public» ne s’entend pas de la position politique ou de la position internationale du Canada mais s’entend des «notions et principes fondamentaux de la justice». Entre notamment dans ces principes le fait que le tribunal n’excède pas sa compétence dans le cours d’une enquête et que l’«excès de compétence» puisse être une décision «manifestement déraisonnable», comme le mépris total de la loi, de sorte qu’elle constitue un abus de pouvoir équivalant à une injustice flagrante. Voir la décision *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (C. Sup.); «Commentaire analytique du projet de texte d’une loi type sur l’arbitrage commercial international», dans *Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* [Vienne, 3-21 juin 1985. Doc NU A/CN. 9/264 (1985)]; *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la dix-huitième session—3-21 juin 1985*. [Doc. off. AGNU, 40^e sess., suppl. n^o 17, Doc.NU A/40/17 (1985)]; la décision *Mexico c. Karpa*, précitée, au paragraphe 87.

[56] In the case at bar, the Tribunal's findings with respect to the two jurisdictional questions, and with respect to Article 1102, are not "patently unreasonable", "clearly irrational", "totally lacking in reality" or "a flagrant denial of justice". Accordingly, the Court concludes that there is no aspect of the Tribunal decisions under review which "conflicts with the public policy of Canada".

Standard of review on legal meaning of definitions in NAFTA and the application of NAFTA Chapter 12

[57] I will undertake this review in the alternative that I am wrong in my conclusion above that Canada did not properly plead jurisdiction before the Tribunal so that Canada is now barred from seeking judicial review on this basis.

[58] On the two issues raised by Canada and Mexico that go to the jurisdiction or the "scope of the submission to arbitration", the standard of review on a pure question of law is correctness, and on a mixed question of law and fact is reasonableness.

[59] In *Dynamex Canada Inc. v. Mamona* (2002), 228 D.L.R. (4th) 463, the Federal Court of Appeal stated that characterizing an issue as legal or jurisdictional does not mean that the standard of review must be correctness. In applying the "pragmatic and functional approach" the Federal Court of Appeal held that on questions of law normally considered by the courts, and not on questions that engage the special expertise of the tribunal or require the application of the facts to the law, the standard is correctness. However, the manner in which the correct legal principles are applied to the facts is a question of mixed law and fact, and should be reviewed on the standard of reasonableness. The Court of Appeal, stated at paragraph 45:

In my view, the determination of the referee as to the common law principles applicable to the determination of the

[56] En l'espèce, les conclusions du tribunal sur les deux questions de compétence ainsi que sur l'article 1102 ne sont pas «manifestement déraisonnables», «clairement irrationnelles», ne manifestent pas un «manque total de réalisme» ou ne sont pas «un déni de justice flagrant». Par conséquent, la Cour conclut qu'aucun aspect des décisions du tribunal faisant l'objet du contrôle judiciaire n'«est contraire à l'ordre public du Canada».

La norme de contrôle applicable à l'interprétation juridique des définitions de l'ALÉNA et à l'application du chapitre 12 de l'ALÉNA

[57] J'entreprends maintenant le présent examen dans l'hypothèse où j'aurais commis une erreur en concluant, comme je viens de le faire, que le Canada n'a pas correctement fait valoir l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral et qu'il ne peut donc pour ce motif demander le contrôle judiciaire.

[58] S'agissant des deux questions soulevées par le Canada et le Mexique qui touchent la compétence ou le fait que les décisions «dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire», la norme de contrôle applicable à la pure question de droit est la décision correcte et, à la question mixte de droit et de fait, la décision raisonnable.

[59] Dans l'arrêt *Dynamex Canada Inc. c. Mamona* (2002), 228 D.L.R. (4th) 463, la Cour d'appel fédérale a déclaré que le fait de définir une question comme point de droit ou de compétence n'entraîne pas que la norme de contrôle soit nécessairement la décision correcte. Dans l'application de «l'approche pragmatique et fonctionnelle», la Cour d'appel fédérale a conclu que sur les questions de droit dont sont normalement saisis les tribunaux, et non sur les questions faisant intervenir une expertise spéciale du tribunal ou exigeant l'application du droit aux faits, la norme de contrôle est la décision correcte. Toutefois, la façon dont les principes de droit corrects sont appliqués aux faits est une question mixte de droit et de fait et elle devrait faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La Cour d'appel a déclaré au paragraphe 45:

Selon moi, la décision de l'arbitre concernant les principes de common law applicables dans la détermination du statut

status of a person as an employee should be reviewed on the standard of correctness. I reach that conclusion, despite the privative clauses, because it is a question of law of a kind that is normally considered by the courts, and is not a question that engages the special expertise of a referee. However, the manner in which those principles are applied to the facts, which is a question of mixed law and fact, should be reviewed on the standard of reasonableness. Thus, if the referee's reasons disclose no error of law, and the conclusion is reasonably supportable on the record after a somewhat probing examination, the decision will stand.

[60] For these reasons, I will review the arbitral award with respect to the legal meaning of the word "investor" and "investment of an investor" in NAFTA on the standard of correctness. With respect to the application of the facts to the definitions, I will review the award on the standard of reasonableness.

[61] With respect to the second issue related to jurisdiction, namely whether Chapter 11 applies to cross-border trade in services under Chapter 12, the same two standards will be applied.

The meaning of "investor" and "investment of an investor" in Chapter 11

[62] The Tribunal concluded that SDMI was an "investor" for the purposes of Chapter 11 of NAFTA and that Myers Canada was an "investment". (See paragraph 231 of the decision regarding liability.) Article 1139 defines "investor of a Party", "investment of an investor of a Party" and "investment" in broad terms.

[63] Myers Canada, the Canadian company incorporated by the Myers brothers in Canada, was an "investment". This is not disputed. The basis for Canada's objection to the right of SDMI to bring this claim is that SDMI did not own the shares of Myers Canada. The definition of "investment of an investor of a Party" means that the investment is either owned by the investor or "controlled directly or indirectly" by the investor. The definitions read:

d'employé doit être examinée en utilisant la norme de la décision correcte. J'en viens à cette conclusion, malgré la présence de clauses privatives, car il s'agit d'une question de droit de la même nature que celles habituellement décidées par les différents tribunaux. Il ne s'agit pas d'une question exigeant une expertise particulière de l'arbitre. Toutefois, la façon dont ces principes sont appliqués aux faits, ce qui constitue une question mixte de droit et de fait, doit être examinée en utilisant la norme de la décision raisonnable. Ainsi, si la décision de l'arbitre ne contient aucune erreur en droit et que les conclusions sont jugées raisonnables après examen, la décision sera maintenue.

[60] Pour ces motifs, je me pencherai sur la sentence arbitrale en examinant le sens juridique des termes «investisseur» et «investissement effectué par un investisseur» dans l'ALÉNA en fonction de la norme de la décision correcte. En ce qui concerne l'application des définitions aux faits, j'étudierai la sentence arbitrale en fonction de la norme de la décision raisonnable.

[61] S'agissant de la deuxième question de compétence, soit de décider si le chapitre 11 s'applique au commerce transfrontières des services visé au chapitre 12, les deux mêmes normes seront appliquées.

La signification d'«investisseur» et d'«investissement effectué par un investisseur» au chapitre 11

[62] Le tribunal a conclu que SDMI était un «investisseur» pour l'application du chapitre 11 de l'ALÉNA et que Myers Canada était un «investissement». (Voir le paragraphe 231 de la sentence sur la responsabilité.) L'article 1139 définit «investisseur d'une Partie», «investissement effectué par un investisseur d'une Partie» et «investissement» en termes larges.

[63] Myers Canada, société canadienne constituée par les frères Myers au Canada, était un «investissement». Cela n'est pas contesté. Le fondement de l'opposition du Canada au droit de SDMI de présenter sa requête est le fait que SDMI n'avait pas la propriété des actions de Myers Canada. Selon la définition de l'«investissement effectué par un investisseur d'une Partie», l'investissement est soit possédé par l'investisseur, soit «contrôlé, directement ou indirectement» par l'investisseur. La définition est la suivante:

Article 1139: Definitions

...

investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party;

investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make, is making or has made an investment;

This is broad language, and contrasts with the precise definition of “control” in a comparable chapter of the Canada-U.S. Free Trade Agreement (Chapter 16). In Chapter 11 of NAFTA there is no definition of “control”. Instead the definition of “investment of an investor of a Party” uses the broad words “indirectly controlled”—an open-ended, vague definition. The Vienna Convention provides that words in a treaty such as NAFTA shall be given their ordinary meaning. The ordinary meaning of “control” is defined in *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto: Oxford University Press, 2001 as: The power of directing, command (under the control of).

[64] Whether SDMI indirectly controlled Myers Canada becomes a question of fact. On the evidence Mr. Dana Myers, the President of SDMI, testified that he exercised control over SDMI in the United States and over SDMI’s operations in Australia, Saudia Arabia, Mexico and Canada as CEO of SDMI. It was a family business which operated in the United States and other countries through SDMI. SDMI advanced the money necessary for the operation of Myers Canada, SDMI provided personnel and technical support for Myers Canada and SDMI expected to share in the profits from Myers Canada. Other witnesses confirmed that SDMI, through its President, Mr. Dana Myers, had “the power of directing” Myers Canada.

[65] The Court concludes that the broad nature of the definition of “investment of an investor of a Party”, in particular the use of the words “controlled directly or

Article 1139: Définitions

[. . .]

investissement effectué par un investisseur d’une Partie désigne un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie;

investisseur d’une Partie désigne une Partie ou une entreprise d’État de cette Partie, ou un ressortissant ou une entreprise de cette Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

Ces termes sont larges et contrastent avec la définition précise du «contrôle» dans un chapitre analogue de l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis (chapitre 16). Le chapitre 11 de l’ALÉNA ne donne pas de définition du «contrôle». La définition de l’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie» emploie les termes larges «contrôlé [. . .] indirectement», ce qui en fait une définition ouverte et vague. La Convention de Vienne prévoit que les termes d’un traité comme l’ALÉNA doivent s’interpréter dans leur sens ordinaire. Le sens ordinaire de «contrôle» (*control* dans l’anglais) est défini dans *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto: Oxford University Press, 2001 de la manière suivante: [TRADUCTION] Le pouvoir de diriger, de commander (sous le contrôle de).

[64] Le fait de savoir si SDMI contrôlait indirectement Myers Canada devient une question de fait. D’après la preuve, M. Dana Myers, président de SDMI, a témoigné qu’il exerçait le contrôle sur SDMI aux États-Unis et sur l’exploitation de SDMI en Australie, en Arabie saoudite, au Mexique et au Canada en qualité de chef de la direction de SDMI. Il s’agissait d’une entreprise familiale qui exerçait son activité aux États-Unis et dans d’autres pays par l’intermédiaire de SDMI. SDMI avançait le financement nécessaire à l’activité de Myers Canada, SDMI lui fournissait le personnel et le soutien technique et SDMI s’attendait à participer aux bénéfices de Myers Canada. D’autres témoins ont confirmé que SDMI, par son président, M. Dana Myers, avait le «pouvoir de diriger» Myers Canada.

[65] La Cour conclut que la portée large de la définition d’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie», en particulier l’emploi des mots «contrôlé,

indirectly”, together with the objective of NAFTA that it shall be interpreted and applied to meet the objectives of NAFTA, support the finding of the Tribunal at paragraph 231:

On the evidence and on the basis of its interpretation of NAFTA, the Tribunal concludes that SDMI was an “investor” for the purposes of Chapter 11 of NAFTA and that Myers Canada was an “investment”.

[66] Since the language of NAFTA permits this finding, the Court also concludes that this finding was not *ex aequo et bono*, as submitted by Canada. The Tribunal did not exercise any equitable or chancery court power. It only exercised its power to properly interpret and apply the definition in Article 1139 of “investment of an investor of a Party” to the facts.

[67] The Attorney General states that the domestic law of Canada is applicable to determine whether Myers Canada is controlled by SDMI. (See paragraph 160 of the memorandum of fact and law of the Attorney General of Canada.) NAFTA is to be interpreted according to the provisions of NAFTA and the principles of international law. The meaning of “controlled directly or indirectly” is its ordinary meaning. In this case, the Tribunal found as a fact that SDMI controlled Myers Canada. This control was not based on the legal ownership of shares, but on the fact that Mr. Dana Myers controlled every decision, every investment, every move by Myers Canada, and Mr. Myers did so as chief executive officer of SDMI.

[68] Therefore, the references to the *Canada Business Corporations Act* [R.S.C., 1985, c. C-44] relied upon by the Attorney General are not relevant for determining whether SDMI, as a question of fact, controlled, indirectly or directly, Myers Canada in the ordinary meaning of the word “controlled”.

[69] The position of the Attorney General is a narrow, legalistic, restrictive interpretation contrary to the objectives of NAFTA and contrary to the purposive interpretation which NAFTA Article 2.01 and article 31 of the Vienna Convention stipulate.

directement ou indirectement», jointe à l’objectif de l’ALÉNA d’une interprétation et d’une application en conformité avec les objets de l’ALÉNA, appuie la conclusion du tribunal au paragraphe 231:

[TRADUCTION] Sur la foi de la preuve et selon son interprétation de l’ALÉNA, le tribunal conclut que SDMI était un «investisseur» pour l’application du chapitre 11 de l’ALÉNA et que Myers Canada était un «investissement».

[66] Comme les termes de l’ALÉNA autorisent cette conclusion, la Cour conclut également que cette conclusion n’était pas *ex aequo et bono* comme l’a prétendu le Canada. Le tribunal n’a exercé aucun pouvoir de juger en *equity* ou pouvoir de la cour de chancellerie. Il a seulement exercé son pouvoir d’interpréter correctement la définition de l’article 1139 d’un «investissement effectué par un investisseur d’une Partie» et de l’appliquer correctement aux faits.

[67] Le procureur général dit que la loi nationale du Canada s’applique à la décision relative au contrôle exercé par SDMI sur Myers Canada. (Voir le paragraphe 160 du [TRADUCTION] «mémoire des faits et du droit» du procureur général du Canada.) L’ALÉNA doit être interprété selon les dispositions de l’ALÉNA et les principes du droit international. Le sens de «contrôlé, directement ou indirectement» est le sens ordinaire de ces mots. En l’espèce, le tribunal a statué en fait que SDMI contrôlait Myers Canada. Ce contrôle n’était pas fondé sur la propriété des actions, mais sur le fait que M. Dana Myers contrôlait chaque décision, chaque investissement, chaque opération de Myers Canada, à titre de chef de la direction de SDMI.

[68] Par conséquent, les renvois à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* [L.R.C. (1985), ch. C-44 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1)] sur lesquels s’est appuyé le procureur général ne sont pas pertinents pour décider si SDMI, dans les faits, contrôlait, indirectement ou directement, Myers Canada au sens ordinaire du terme «contrôlait».

[69] La position du procureur général est une interprétation étroite, légaliste et restrictive qui est contraire aux objectifs de l’ALÉNA et à l’interprétation téléologique prescrite par l’article 2.01 de l’ALÉNA et l’article 31 de la Convention de Vienne.

[70] Accordingly, the Court concludes that the Tribunal's interpretation of the pertinent definition is correct, and its application of the definitions to the facts is reasonable.

Chapter 12—Cross-border trade in services

[71] Canada and Mexico argue that the respondent's activities in Canada are properly characterized as cross-border trade in services and are therefore governed by Chapter 12 of NAFTA. The Court is of the view that the different chapters of NAFTA overlap, and that NAFTA rights are cumulative, unless there is a direct conflict. Since SDMI did have an investment in Canada with respect to waste remediation services, SDMI is entitled to the protection under Chapter 11 toward its investment, as well as the rights and protection afforded by Chapter 12 with respect to its trade in services. The rights and obligations under Chapter 12 are not mutually exclusive or inconsistent with the rights and obligations under Chapter 11. Accordingly, the Tribunal correctly applied Chapter 11 rights and obligations to SDMI.

Judicial review of the issue: did the export ban of PCBs breach Canada's obligations under Article 1102 (National Treatment)

[72] In the event that I am wrong about the Court not having the power to judicially review this issue under article 34 of the Code, I will briefly do so. Article 1102 requires Canada accord to investors and investments of a national of another party, the U.S. in this case, treatment no less favourable than it accords, "in like circumstances", to its own investors, with respect to "the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments".

[73] There is no dispute that the Canadian ban on PCB exports sought to protect Canadian companies from U.S. competition, and was not for a legitimate environmental

[70] Par conséquent, la Cour conclut que l'interprétation du tribunal de la définition pertinente est correcte et que son application de la définition aux faits est raisonnable.

Chapitre 12—Commerce transfrontières des services

[71] Le Canada et le Mexique soutiennent que les activités de la défenderesse au Canada se définissent correctement comme du commerce transfrontières de services et sont donc régies par le chapitre 12 de l'ALÉNA. La Cour estime pour sa part que les divers chapitres de l'ALÉNA se chevauchent et que les droits conférés par l'ALÉNA sont cumulatifs, à moins qu'ils soient directement contradictoires. Comme SDMI avait effectivement un investissement au Canada pour des services de décontamination de déchets, SDMI a droit à la protection qu'accorde le chapitre 11 à son investissement, ainsi qu'aux droits et à la protection conférés par le chapitre 12 à son commerce de services. Les droits et les obligations conférés par le chapitre 12 n'excluent pas les droits et les obligations du chapitre 11 et ne sont pas incompatibles avec ceux-ci. Par conséquent, le tribunal a eu raison d'appliquer les droits et obligations du chapitre 11 à SDMI.

Contrôle judiciaire à l'égard de la question suivante: par son interdiction des exportations de BPC, le Canada a-t-il manqué à ses obligations en vertu de l'article 1102 (traitement national)?

[72] Dans l'hypothèse où j'aurais tort de conclure que la Cour n'est pas habilitée à exercer le contrôle judiciaire à l'égard de cette question aux termes de l'article 34 du Code, j'examinerai brièvement ce point. L'article 1102 prévoit que le Canada accordera aux investisseurs et aux investissements d'un ressortissant d'une autre Partie, les États-Unis en l'occurrence, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, «dans des circonstances analogues», à ses propres investisseurs, en ce qui concerne «l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements».

[73] Nul ne conteste que l'interdiction du Canada sur les exportations de BPC avait pour but de protéger les sociétés canadiennes contre la concurrence des

purpose. The applicant, with the support of Mexico, submits that the phrase “in like circumstances” means that the Tribunal must compare U.S. investors in like circumstances with Canadian investors and U.S. investments in Canada with Canadian investments in like circumstances. The Tribunal found at paragraph 251:

From the business perspective, it is clear that SDMI and Myers Canada were in “like circumstances” with Canadian operators such as Chem-Security and Cintex. They all were engaged in providing PCB waste remediation services. SDMI was in a position to attract customers that might otherwise have gone to the Canadian operators because it could offer more favourable prices and because it had extensive experience and credibility. It was precisely because SDMI was in a position to take business away from its Canadian competitors that Chem-Security and Cintex lobbied the Minister of Environment to ban exports when the U.S. authorities opened the border.

[74] This is a question of mixed fact and law. The Court concludes that the Tribunal’s decision was reasonably open to it. The authorities show that the comparison of “in like circumstances” is a flexible benchmark, which can be expanded and contracted like an accordion to suit the particular facts of each case. In this case the Tribunal used a broad comparator, which was reasonably open to the Tribunal. Accordingly, the Court would not set aside this decision under Article 1102 if this was within the Court’s jurisdiction.

Article 1105

[75] Since the Tribunal’s finding with respect to Article 1105 is within the dispute submitted to arbitration, this Court similarly does not have the power to review this aspect of the decision. If the Court did have the power, it would not be necessary to review this aspect of decision because of the Court’s finding with respect to Article 1102. The same damages flow from a breach of Article 1102 so that the Tribunal’s finding with respect to a breach of Article 1105 is redundant. Accordingly, the Court does not express any view on the Tribunal’s interpretation and application of Article 1105

États-Unis et ne visait pas des fins environnementales légitimes. Le demandeur, appuyé par le Mexique, fait valoir que l’expression «dans des circonstances analogues» signifie que le tribunal est tenu de comparer les investisseurs des États-Unis avec ceux du Canada et les investissements des États-Unis avec ceux du Canada dans des circonstances analogues. Le tribunal a conclu au paragraphe 251:

[TRADUCTION] D’un point de vue commercial, il est clair que SDMI et Myers Canada étaient «dans des circonstances analogues» à celles des exploitants canadiens tels que Chem-Security et Cintex. Elles assuraient toutes des services de décontamination des déchets de BPC. SDMI était positionnée pour attirer des clients qui se seraient autrement tournés vers des exploitants canadiens parce qu’elle pouvait offrir des prix plus favorables et qu’elle disposait d’une grande expérience et d’une grande crédibilité. C’est précisément parce que SDMI était en mesure de faire perdre des clients à ses concurrents canadiens que Chem-Security et Cintex ont fait du lobbying auprès du ministre de l’Environnement pour qu’il interdise les exportations quand les autorités des États-Unis ont ouvert les frontières.

[74] Il s’agit d’une question mixte de fait et de droit. La Cour conclut qu’il était raisonnablement loisible au tribunal de rendre cette décision. La jurisprudence établit que la comparaison faite «dans des circonstances analogues» est un critère souple, qui peut s’élargir ou se refermer comme un accordéon pour coller aux faits particuliers de l’espèce. Dans la présente affaire, le tribunal a utilisé un comparateur large, option qui lui était raisonnablement ouverte. Par conséquent, la Cour n’annulerait pas cette décision en vertu de l’article 1102 si elle avait compétence pour le faire.

L’article 1105

[75] Comme la conclusion du tribunal au sujet de l’article 1105 porte sur le différend soumis à l’arbitrage, la présente Cour n’a pas non plus le pouvoir d’exercer un contrôle judiciaire sur cet aspect de la sentence. L’eût-elle eu qu’il ne serait pas nécessaire d’examiner cet aspect de la décision en raison de la conclusion de la Cour au sujet de l’article 1102. Tout manquement à l’article 1105 entraînant le même préjudice qu’un manquement à l’article 1102, la conclusion du tribunal au sujet du manquement à l’article 1105 est redondante. Par conséquent, la Cour ne se prononce pas sur

in this case.

CONCLUSION

[76] The Court has concluded that this application for judicial review must be dismissed for the following reasons:

(1) Under Article 1102 of NAFTA, Canada, the United States, and Mexico have agreed to accord investors from their countries no less favourable treatment than the NAFTA country accords its own investors with respect to investments;

(2) Chapter 11 of NAFTA creates a new cause of action to protect investors against state protectionism or discrimination and an independent dispute resolution arbitration process which can be invoked by an investor against the NAFTA country allegedly favouring one of its own nationals;

(3) The Arbitration Tribunal in this case found that the Canadian law banning the exports of PCBs was not for a legitimate environmental purpose, but for protection of Canadian enterprises from U.S. competition. This finding was within the scope of the Arbitration Tribunal's jurisdiction under Chapter 11 of NAFTA.

(4) The Arbitration Tribunal's decision that Canada breached its NAFTA obligations and was liable to compensate SDMI \$6,050,000 plus interest for damages, \$500,000 for legal costs and \$350,000 for arbitration costs was the unanimous decision of three international trade and arbitration experts, including two Canadians.

(5) The Federal Court has a limited jurisdiction to judicially review and set aside such NAFTA arbitration decisions. In this case, Canada relies upon four grounds for judicial review:

(i) The U.S. company SDMI making the arbitration claim is not an "investor", and the Canadian

l'interprétation et l'application de l'article 1105 par le tribunal en l'espèce.

CONCLUSION

[76] La Cour conclut que la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée pour les motifs suivants:

1) En vertu de l'article 1102 de l'ALÉNA, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont convenu d'accorder aux investisseurs de leurs pays un traitement non moins favorable que celui qu'accorde un pays de l'ALÉNA à ses propres investisseurs à l'égard de leurs investissements.

2) Le chapitre 11 de l'ALÉNA établit une nouvelle cause d'action qui protège les investisseurs contre le protectionnisme ou la discrimination de l'État et un processus d'arbitrage indépendant pour le règlement des différends, qui peut être invoqué par un investisseur contre le pays de l'ALÉNA dont on allègue qu'il favorise ses propres ressortissants.

3) En l'espèce, le tribunal d'arbitrage a établi que la loi du Canada interdisant les exportations de BPC ne visait pas une fin environnementale légitime, mais visait à protéger les entreprises canadiennes de la concurrence des États-Unis. Cette conclusion relevait de la compétence du tribunal arbitral selon le chapitre 11 de l'ALÉNA.

4) La décision du tribunal arbitral portant que le Canada manquait aux obligations que lui impose l'ALÉNA et qu'il avait la responsabilité de payer à SDMI des dommages-intérêts de 6 050 000 \$ plus les intérêts, de verser 500 000 \$ de frais d'avocats et 350 000 \$ de frais d'arbitrage, a été prise à l'unanimité par trois experts en commerce international et en arbitrage, dont deux Canadiens.

5) La Cour fédérale possède une compétence limitée à l'égard du contrôle judiciaire et de l'annulation de décisions d'arbitrage en vertu de l'ALÉNA. Dans la présente affaire, le Canada fonde sa demande de contrôle judiciaire sur quatre motifs:

i) la société américaine SDMI qui a soumis une plainte à l'arbitrage n'est pas un «investisseur» et la

company, Myers Canada, is not an “investment of the investor” as those terms are defined under Chapter 11 of NAFTA so that the arbitration claim is beyond the scope of the Tribunal’s jurisdiction;

(ii) The U.S. company SDMI is involved with “cross-border trade in services” which is governed by Chapter 12 of NAFTA, and which is beyond the scope of the Chapter 11 arbitration tribunal’s jurisdiction;

(iii) The arbitration claim that Canada breached its Articles 1102 and 1105 NAFTA obligations are disputes not contemplated or falling within the terms of the submission to arbitration because the Tribunal has misapplied the law with respect to those two Articles in this case;

(iv) The Arbitration Tribunal’s decision conflicts with public policy of Canada and is subject to being set aside for that reason;

(6) The Court concludes that article 21 of the *UNCITRAL Arbitration Rules* bars Canada from challenging the Tribunal’s jurisdiction with respect to whether the U.S. company SDMI is an “investor” entitled to bring the arbitration claim, and whether the arbitration claim relates to Chapter 12 “cross-border trade in services”;

(7) In the alternative, the Court concludes that the broad nature of the definition of “investor” and “investment of an investor”, reasonably support the Tribunal finding that SDMI was an “investor” and that Myers Canada was an “investment of an investor”;

(8) The NAFTA definition of “investment of an investor of a party” means an investment owned or controlled directly or indirectly by such an investor. In this case, whether SDMI indirectly controlled Myers Canada was a question of fact. On the evidence the Tribunal found that SDMI indirectly controlled Myers Canada, its Canadian investment. In fact, SDMI was a family business which advanced funds for the operation of Myers Canada, which provided personnel and technical

société canadienne, Myers Canada, n’est pas un «investissement effectué par l’investisseur» selon la définition de ces termes figurant au chapitre 11 de l’ALÉNA de sorte que la demande d’arbitrage excède la compétence du tribunal;

ii) la société américaine SDMI est engagée dans le «commerce transfrontières de services» qui est régi par le chapitre 12 de l’ALÉNA et qui excède la compétence du tribunal d’arbitrage en vertu du chapitre 11;

iii) la plainte soumise à l’arbitrage selon laquelle le Canada a manqué à ses obligations au titre des articles 1102 et 1105 de l’ALÉNA n’est pas un différend du type de ceux qui sont envisagés ou visés par les termes du compromis ou de la clause compromissoire parce que le tribunal a mal appliqué ces deux articles de la loi en l’espèce;

iv) la décision du tribunal d’arbitrage est contraire à l’ordre public du Canada et peut faire l’objet d’une annulation pour ce motif.

6) La Cour conclut que l’article 21 du *Règlement d’arbitrage de la CNUDCI* empêche le Canada de soulever l’exception d’incompétence du tribunal pour décider si la société américaine SDMI est un «investisseur» ayant la capacité de soumettre une plainte à l’arbitrage et si la demande d’arbitrage concerne le chapitre 12 relatif au «commerce transfrontières de services».

7) À titre subsidiaire, la Cour conclut que la portée large de la définition d’«investisseur» et d’«investissement effectué par un investisseur» fonde raisonnablement la conclusion du tribunal portant que SDMI était un «investisseur» et que Myers Canada était un «investissement effectué par un investisseur».

8) La définition de l’ALÉNA d’«investissement effectué par un investisseur d’une Partie» s’entend d’un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par cet investisseur. En l’espèce, le fait de savoir si SDMI contrôlait indirectement Myers Canada était une question de fait. En se fondant sur la preuve, le tribunal a conclu que SDMI contrôlait indirectement Myers Canada, son investissement au Canada. En réalité, SDMI était une entreprise familiale qui avançait des

support for Myers Canada, and which directed and controlled every decision of Myers Canada.

(9) Also in the alternative, the Court concludes that SDMI did have investment in Canada so that SDMI was entitled to submit a claim to arbitration under Chapter 11 with respect to its investments. The rights and obligations under Chapters 11 and 12 are cumulative, and not mutually exclusive;

(10) The Canadian submission that the Tribunal erred in law in applying Articles 1102 and 1105 in this case is a matter outside the Court's authority under Article 34 to judicially review. A dispute falling within the terms of the submission to arbitration, even if wrongly decided on a point of fact or law, cannot be judicially reviewed;

(11) In the alternative, the application of Article 1102 in this case is a question of mixed fact and law. The Tribunal's decision was reasonably open to it because the comparison of "in like circumstances" used in Article 1102 is a flexible benchmark which can be expanded or contracted as appropriate to suit the particular facts of each case. The Court expresses no opinion with respect to Article 1105 since the same damages flow from a breach of Article 1102 so that Article 1105 is redundant; and,

(12) While article 34 provides that a Court may set aside an award where "it is in conflict with the public policy of Canada", public policy does not refer to a political position, it refers to "fundamental notions and principles of justice". In this case the Tribunal's decision does not breach fundamental notions and principles of justice so that the decision is not in conflict with the public policy of Canada.

DISPOSITION

[77] For these reasons, the Court dismisses this application for judicial review with costs.

fonds pour l'exploitation de Myers Canada, qui lui fournissait du personnel et un soutien technique, et qui dirigeait et contrôlait toutes les décisions de Myers Canada.

9) À titre subsidiaire également, la Cour conclut que SDMI avait un investissement au Canada et qu'elle était habilitée à soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 en ce qui concerne ses investissements. Les droits et obligations conférés par les chapitres 11 et 12 sont cumulatifs et non mutuellement exclusifs.

10) La prétention du Canada selon laquelle le tribunal a commis une erreur de droit en appliquant les articles 1102 et 1105 à l'espèce est une question qui excède la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire selon l'article 34. Un différend qui relève des termes visés par le compromis ou les dispositions de la clause compromissoire, même s'il fait l'objet d'une décision erronée sur un point de fait ou de droit, ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

11) À titre subsidiaire, l'application de l'article 1102 à l'espèce est une question mixte de fait et de droit. Le tribunal avait le loisir de rendre cette décision parce que la comparaison faite «dans des circonstances analogues» est un critère souple, qui peut s'élargir ou se refermer pour coller aux faits particuliers de l'espèce. La Cour ne se prononce sur l'article 1105, qui entraîne le même préjudice que le manquement à l'article 1102 et qui est de ce fait redondant.

12) L'article 34 prévoit que la Cour peut annuler une sentence arbitrale qui est «contraire à l'ordre public du Canada», mais l'ordre public ne s'entend pas d'une position politique, mais bien des «notions et principes fondamentaux de la justice». En l'espèce, la décision du tribunal ne portant pas atteinte à des notions et principes fondamentaux de la justice, elle n'est pas contraire à l'ordre public du Canada.

DISPOSITIF

[77] Pour ces motifs, la Cour rejette la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

APPENDIX A

AUTHORITIES

1. *Commercial Arbitration Act and Commercial Arbitration Code* 406
2. NAFTA 408
3. *UNCITRAL Arbitration Rules* 414
4. *Vienna Convention on the Law of Treaties* ... 415

ANNEXE A

TEXTES

1. *Loi sur l'arbitrage commercial et Code d'arbitrage commercial* 406
2. ALÉNA 408
3. *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* 414
4. *Convention de Vienne sur le droit des traités* . 415

Commercial Arbitration Act

The relevant sections of the *Commercial Arbitration Act* are as follows [ss. 2, 5(1), (3), (4) (as am. by S.C. 1997, c. 14, s. 32), 6]

2. In this Act,

“Code” means the *Commercial Arbitration Code*, based on the model law adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in the schedule;

...

5. (1) Subject to this section, the Code has the force of law in Canada.

...

(3) The Code applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the coming into force of this Act.

(4) For greater certainty, the expression “commercial arbitration” in Article 1(1) of the Code includes

(a) a claim under Article 1116 or 1117 of the Agreement, as defined in subsection 2(1) of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*; . . .

...

6. In the Code, “court” or “competent court” means the Federal Court or any superior, county or district court, except where the context otherwise requires.

Commercial Arbitration Code

The relevant sections of the *Commercial Arbitration Code* are articles 1, 5, 6 and 34, as follows:

COMMERCIAL ARBITRATION CODE

(Based on the Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985)

...

*Article 1**Loi sur l'arbitrage commercial*

Les extraits pertinents de la *Loi sur l'arbitrage commercial* prévoient [art. 2, 5(1), (3), (4) (mod. par L.C. 1997, ch. 14, art. 32), 6]:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«Code» Le *Code d'arbitrage commercial*—figurant à l'annexe—fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985.

[. . .]

5. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Code a force de loi au Canada.

[. . .]

(3) Le Code s'applique aux sentences arbitrales rendues et aux conventions d'arbitrage conclues avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

(4) Il est entendu que le terme «arbitrage commercial», à l'article 1-1 du Code, vise:

a) les plaintes prévues aux articles 1116 et 1117 de l'Accord au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*;

[. . .]

6. Dans le Code, «tribunal» ou «tribunal compétent» s'entend, sauf indication contraire du contexte, de la Cour fédérale ou de toute cour supérieure, de district ou de comté.

Code d'arbitrage commercial

Les extraits pertinents du *Code d'arbitrage commercial* sont les articles 1, 5, 6 et 34, qui prévoient:

CODE D'ARBITRAGE COMMERCIAL

(fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985)

[. . .]

Article premier

Scope of Application

(1) This *Code* applies to commercial arbitration, subject to any agreement in force between *Canada* and any other State or States.

(2) The provisions of this *Code*, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in *Canada*.

(3) This *Code* shall not affect any other law of *Parliament* by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this *Code*.

...

*Article 5**Extent of Court Intervention*

In matters governed by this *Code*, no court shall intervene except where so provided in this *Code*.

*Article 6**Court or Other Authority for Certain Functions of Arbitration Assistance and Supervision*

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by the *Federal Court* or any superior, county or district court.

...

*Article 34**Application for Setting Aside as Exclusive Recourse against Arbitral Award*

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties

Champ d'application

1. Le présent *code* s'applique à l'arbitrage commercial; il ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur au *Canada*.

2. Les dispositions du présent *code*, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé au *Canada*.

3. Le présent *code* ne porte atteinte à aucune autre loi fédérale en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles du présent *code*.

[. . .]

*Article 5.**Domaine de l'intervention des tribunaux*

Pour toutes les questions régies par le présent *code*, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celui-ci le prévoit.

*Article 6.**Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage*

Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées à la *Cour fédérale* ou à une cour supérieure, de comté ou de district.

[. . .]

*Article 34.**La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale*

1. Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2. La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si, *selon le cas*:

a) la partie en faisant la demande apporte la preuve:

i) soit qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle

have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of *Canada*; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this *Code* from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this *Code*; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of *Canada*; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of *Canada*.

NAFTA

Article 102: Objectives

1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency, are to:

- a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties;
- b) promote conditions of fair competition in the free trade area;
- c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties;
- d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory;

les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi *du Canada*;

ii) *soit* qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits;

iii) *soit* que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée;

iv) *soit* que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente loi;

b) le tribunal constate:

i) *soit* que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi *du Canada*;

ii) *soit* que la sentence est contraire à l'ordre public *du Canada*.

ALÉNA

Article 102: Objectifs

1. Les objectifs du présent accord, définis de façon plus précise dans ses principes et ses règles, notamment le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, consistent

- a) à éliminer les obstacles au commerce des produits et des services entre les territoires des Parties et à faciliter le mouvement transfrontières de ces produits et services;
- b) à favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange;
- c) à augmenter substantiellement les possibilités d'investissement sur les territoires des Parties;
- d) à assurer de façon efficace et suffisante la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle sur le territoire de chacune des Parties;

e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and

f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement.

2. The Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law.

...

Article 201: Definitions of General Application

...

enterprise means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately-owned or governmentally-owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association.

...

INVESTMENT, SERVICES AND RELATED MATTERS

Chapter Eleven: Investment

Section A—Investment

...

Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like

e) à établir des procédures efficaces pour la mise en œuvre et l'application du présent accord, pour son administration conjointe et pour le règlement des différends; et

f) à créer le cadre d'une coopération trilatérale, régionale et multilatérale plus poussée afin d'accroître et d'élargir les avantages découlant du présent accord.

2. Les Parties interpréteront et appliqueront les dispositions du présent accord à la lumière des objectifs énoncés au paragraphe 1 et en conformité avec les règles applicables du droit international.

[...]

Article 201: Définitions d'application générale

[...]

entreprise désigne toute entité constituée ou organisée légalement, à des fins lucratives ou non, et possédée par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, cœntreprise, ou autre association;

[...]

INVESTISSEMENT, SERVICES ET QUESTIONS CONNEXES

Chapitre 11: Investissement

Section A—Investissement

[...]

Article 1102: Traitement national

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

3. Le traitement accordé par une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 signifie, en ce qui concerne un État ou une province, un traitement non moins favorable que le traitement

circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

4. For greater certainty, no Party may:

(a) impose on an investor of another Party a requirement that a minimum level of equity in an enterprise in the territory of the Party be held by its nationals, other than nominal qualifying shares for directors or incorporators of corporations; or

(b) require an investor of another Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment in the territory of the Party.

...

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

...

Section B—Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party

Article 1115: Purpose

Without prejudice to the rights and obligations of the Parties under Chapter Twenty (Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures), this Section establishes a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal.

Article 1116: Claim by an Investor of a Party on Its Own Behalf

1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation under:

(a) Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or

(b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A,

and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

le plus favorable accordé par cet État ou cette province, dans des circonstances analogues, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la Partie sur le territoire de laquelle est situé l'État ou la province.

4. Il demeure entendu qu'aucune des Parties ne pourra:

a) exiger d'un investisseur d'une autre Partie qu'il accorde à ses ressortissants une participation minimale dans une entreprise située sur son territoire, exception faite des actions nominales dans le cas des administrateurs ou fondateurs de sociétés; ou

b) obliger un investisseur d'une autre Partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement effectué sur le territoire de la Partie.

[...]

Article 1105: Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

[...]

Section B—Règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie

Article 1115: Objet

Sans préjudice des droits et obligations des Parties aux termes du chapitre 20 (Dispositions institutionnelles et procédures de règlement des différends), la présente section établit, en ce qui concerne le règlement des différends en matière d'investissement, un mécanisme qui assure un traitement égal aux investisseurs des Parties, en conformité avec le principe de la réciprocité internationale, et garantit l'application régulière de la loi devant un tribunal impartial.

Article 1116: Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre

1. Un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation découlant

a) de la section A ou du paragraphe 1503(2) (Entreprises d'État), ou

b) de l'alinéa 1502(3)a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A,

et que l'entreprise a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

...

[...]

Article 1136: Finality and Enforcement of an Award

1. An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.

2. Subject to paragraph 3 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay.

3. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

(a) in the case of a final award made under the ICSID Convention

(i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award, or

(ii) revision or annulment proceedings have been completed; and

(b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules or the UNCITRAL Arbitration Rules

(i) three months have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside or annul the award, or

(ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside or annul the award and there is no further appeal.

4. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory.

5. If a disputing Party fails to abide by or comply with a final award, the Commission, on delivery of a request by a Party whose investor was a party to the arbitration, shall establish a panel under Article 2008 (Request for an Arbitral Panel). The requesting Party may seek in such proceedings:

(a) a determination that the failure to abide by or comply with the final award is inconsistent with the obligations of this Agreement; and

(b) a recommendation that the Party abide by or comply with the final award.

6. A disputing investor may seek enforcement of an arbitration award under the ICSID Convention, the New York Convention

Article 1136: Irrévocabilité et exécution d'une sentence

1. Une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.

2. Sous réserve du paragraphe 3 et de la procédure d'examen applicable dans le cas d'une sentence provisoire, une partie contestante devra se conformer sans délai à une sentence finale.

3. Une partie contestante ne pourra demander l'exécution d'une sentence finale,

a) dans le cas d'une sentence finale rendue en vertu de la Convention CIRDI, que

(i) si 120 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a demandé la révision ou l'annulation de la sentence, ou

(ii) si la procédure de révision ou d'annulation a été complétée, et

b) dans le cas d'une sentence finale rendue aux termes du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou des Règles d'arbitrage de la CNUDCI, que

(i) si trois mois se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a engagé une procédure de révision ou d'annulation de la sentence, ou

(ii) si un tribunal judiciaire a rejeté ou accueilli une demande de révision ou d'annulation de la sentence et qu'aucun appel n'a été par la suite interjeté.

4. Chacune des Parties devra assurer l'exécution d'une sentence arbitrale sur son territoire.

5. Si une Partie contestante néglige de respecter une sentence finale, la Commission, à la demande d'une Partie dont un investisseur était partie à l'arbitrage, devra instituer un groupe spécial aux termes de l'article 2008 (Demande d'institution d'un groupe spécial arbitral). La Partie requérante pourra rechercher, dans cette procédure:

a) une décision selon laquelle le refus de respecter la sentence finale et de s'y conformer est incompatible avec les obligations du présent accord; et

b) une recommandation demandant que la Partie respecte la décision finale et s'y conforme.

6. Un investisseur contestant pourra demander l'exécution d'une sentence arbitrale en vertu de la Convention CIRDI, de

or the InterAmerican Convention regardless of whether proceedings have been taken under paragraph 5.

7. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention and Article I of the InterAmerican Convention.

...

Section C—Definitions

Article 1139: Definitions

For purposes of this Chapter:

...

enterprise means an “enterprise” as defined in Article 201 (Definitions of General Application), and a branch of an enterprise;

enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.

...

investment means:

- (a) an enterprise;
- (b) an equity security of an enterprise;
- (c) a debt security of an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years,

but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;

- (d) a loan to an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the loan is at least three years,

but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;

- (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;

la Convention de New York ou de la Convention interaméricaine, que la procédure ait ou non été prise aux termes du paragraphe 5.

7. Une plainte qui est soumise à l'arbitrage en vertu de la présente section sera réputée découler d'une relation ou d'une transaction commerciale aux fins de l'article I de la Convention de New York et de l'article I de la Convention interaméricaine.

[...]

Section C—Définitions

Article 1139: Définitions

Aux fins du présent chapitre:

[...]

entreprise a le même sens qu'à l'article 201 (Définitions d'application générale), et comprend une succursale d'une entreprise;

entreprise d'une Partie désigne une entreprise constituée ou organisée aux termes de la législation d'une Partie, y compris une succursale située sur le territoire d'une Partie et y menant des activités commerciales;

[...]

investissement désigne:

- a) une entreprise;
- b) un titre de participation d'une entreprise;
- c) un titre de créance d'une entreprise
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans,

mais n'englobe pas un titre de créance, quelle que soit l'échéance originelle, d'une entreprise d'État;

- d) un prêt à une entreprise
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans,

mais n'englobe pas un prêt, quelle que soit l'échéance originelle, à une entreprise d'État;

- e) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise;

(f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d);

(g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and

(h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under

(i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or

(ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;

but investment does not mean,

(i) claims to money that arise solely from

(i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or

(ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or

(j) any other claims to money,

that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h);

investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party;

investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make, is making or has made an investment;

...

Chapter Twelve: Cross-Border Trade in Services

Article 1201: Scope and Coverage

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to cross-border trade in services by service providers of another Party, including measures respecting:

f) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d);

g) les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales;

h) les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison:

(i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions, ou

(ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise;

mais ne désigne pas

i) les créances découlant uniquement:

(i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire d'une autre Partie; ou

(ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d); ou

j) toute autre créance,

qui ne suppose pas le versement des intérêts visés aux alinéas a) à h);

investissement effectué par un investisseur d'une Partie désigne un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie;

investisseur d'une Partie désigne une Partie ou une entreprise d'État de cette Partie, ou un ressortissant ou une entreprise de cette Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

[. . .]

Chapitre 12: Commerce transfrontières des services

Article 1201: Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement au commerce transfrontières de services effectué par des fournisseurs de services d'une autre Partie, y compris les mesures concernant:

...

[. . .]

Article 1213: Definitions**Article 1213: Définitions**

...

[. . .]

cross-border provision of a service or cross-border trade in services means the provision of a service:

prestation transfrontières d'un service ou commerce transfrontières de services signifie la prestation d'un service:

- (a) from the territory of a Party into the territory of another Party,
- (b) in the territory of a Party by a person of that Party to a person of another Party, or
- (c) by a national of a Party in the territory of another Party,

- a) en provenance du territoire d'une Partie et à destination du territoire d'une autre Partie;
- b) sur le territoire d'une Partie, par une personne de cette Partie, à une personne d'une autre Partie; ou
- c) par un ressortissant d'une Partie sur le territoire d'une autre Partie,

but does not include the provision of a service in the territory of a Party by an investment, as defined in Article 1139 (Investment Definitions), in that territory; [Underlining added.]

mais ne comprend pas la prestation d'un service sur le territoire d'une Partie par un investissement, défini à l'article 1139 (Investissement Définitions), qui est situé sur ce territoire; [Non souligné dans l'original.]

*UNCITRAL Arbitration Rules**Règlement d'arbitrage de la CNUDCI**PLEAS AS TO THE JURISDICTION
OF THE ARBITRAL TRIBUNAL**DÉCLINATOIRE DE COMPÉTENCE ARBITRALE***Article 21****Article 21**

1. The arbitral tribunal shall have the power to rule on objections that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

2. The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article 21, an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

2. Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

3. A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than in the statement of defence or, with respect to a counter-claim, in the reply to the counter-claim.

3. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique.

4. In general, the arbitral tribunal should rule on a plea concerning its jurisdiction as a preliminary question. However, the arbitral tribunal may proceed with the arbitration and rule on such a plea in their final award.

4. D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence définitive.

Vienna Convention on the Law of Treaties

Convention de Vienne sur le droit des traités

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

SECTION 3. INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

ARTICLE 31

ARTICLE 31

General rule of interpretation

Règle générale d'interprétation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

T-643-03
2004 FC 250

T-643-03
2004 CF 250

Peter Eiba (*Applicant*)

Peter Eiba (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: EIBA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: EIBA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, February 10 and 19, 2004.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 10 et 19 février 2004.

Patents — Practice — Patent application deemed abandoned for failure to pay maintenance, reinstatement fees — Beyond reinstatement period — Patent agent prepared necessary documentation, payment instructions but failed to confirm receipt by Canadian Intellectual Property Office — Required material for only one of two grounds of abandonment received — Commissioner did send acknowledgement of request for examination — Patent agent wrongly assumed application in good standing — Usual practice of Office relied on — Doctrine of legitimate expectations — Whether Commissioner declined to exercise discretionary jurisdiction — Whether impugned decision advanced object of Act — Judicial review application denied — Decision was open to judicial review — Scope of s. 18 judicial review to be liberally interpreted — No legitimate expectation Commissioner would give notice if payment, reinstatement request not received — Application of doctrine explained — Under Rules, s. 152 entire duty to comply with reinstatement requirements on applicant — Purposes of maintenance fees provisions — To be strictly interpreted by Commissioner, Court — Enactment not ambiguous.

Brevets — Pratique — Abandon présumé d'une demande de brevet résultant du défaut de verser les taxes périodiques et les taxes de rétablissement — Le délai pour la rétablir avait expiré — L'agent de brevets a préparé les documents nécessaires et donné des instructions en vue du versement mais il a omis de faire confirmer leur réception par l'Office de la propriété intellectuelle du Canada — Les documents prescrits n'ont été reçus qu'à l'égard de l'un des deux motifs d'abandon — Le commissaire a fait parvenir un accusé de réception de la requête en examen — L'agent de brevets a tenu pour acquis, à tort, que la demande était en état — Il s'est appuyé sur la pratique constante de l'Office — Théorie de l'expectative légitime — Le commissaire a-t-il refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire? — La décision contestée sert-elle les objets de la Loi? — Demande de contrôle judiciaire rejetée — La décision pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire — La portée du contrôle judiciaire prévu à l'art. 18 doit être interprétée de façon libérale — Le demandeur n'avait pas d'expectative légitime d'être informé par le commissaire que sa demande de rétablissement et le paiement n'avaient pas été reçus — Explication de l'application de la théorie — Selon l'art. 152 des Règles, il incombe au demandeur de se conformer aux exigences relatives au rétablissement — Objet des dispositions concernant les taxes périodiques — Ces dispositions doivent être interprétées strictement tant par le commissaire que par la Cour — Elles ne sont pas ambiguës.

Administrative Law — Judicial Review — Commissioner of Patents deciding patent application had been abandoned, was beyond reinstatement period due to failure to pay maintenance, reinstatement fees — Attorney General submitting no "decision" for review since consequences of failure to pay imposed by Patent Act, Patent Rules — Reference to F.C., F.C.A. cases holding s. 18 judicial review to be given broad, liberal interpretation — Applicant arguing Canadian Intellectual Property Office's "usual practice" giving rise to legitimate expectation applicant would be notified if payment, reinstatement request not received — Doctrine of legitimate expectations reviewed — Doctrine not applicable.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Le commissaire aux brevets a conclu que la demande de brevet avait été abandonnée, que le délai pour la rétablir avait expiré, le demandeur ayant fait défaut de verser les taxes périodiques et les taxes de rétablissement — Le procureur général a invoqué l'absence d'une «décision» pouvant faire l'objet d'un contrôle puisque les conséquences du défaut de verser les taxes étaient imposées par la Loi sur les brevets et les Règles sur les brevets — Des décisions de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale ont été citées à l'appui de la conclusion que le contrôle judiciaire, fondé sur l'art. 18 de la Loi, doit être interprété de façon englobante et libérale — Le demandeur a prétendu que, selon les «pratiques constantes» de l'Office de

This was an application for judicial review of a decision of the Commissioner of Patents that a patent application had been abandoned and was beyond the reinstatement period for failure to pay maintenance and reinstatement fees.

Under the *Patent Rules* and the *Patent Cooperation Treaty*, Article 11 the filing date was considered to be January 27, 1995—when applicant originally sought protection in Germany for his invention “Method and System for the Automatic Control of a Tournament”. Under *Patent Act*, section 27.1 annual maintenance fees were payable not later than January 27 of each year after 1997 and, under subsection 64(2) of the Rules, a request for examination of the application had to be filed within seven years of the international filing date. January 27, 2002 having been a Sunday, the deadline was January 28. While the maintenance fees had been paid each year from 1997 to 2001, they were not paid for the year ending January 27, 2002. Furthermore, an examination request was not filed within the delay established by the Rules. The Canadian Intellectual Property Office notified applicant’s agents that his application was deemed to have been abandoned but, under subsection 73(3), there was a 12-month reinstatement period within which the fees could be paid and reinstatement sought.

The evidence of applicant’s patent agent was that submissions were prepared in June, 2002 along with instructions that the Office debit the agent’s Visa account the amount of the fees. But, while these materials were handed to the agent’s file room personnel for transmission, there was no evidence that the agent took any steps to confirm that the submissions were delivered and the fees debited. The Office did receive the paragraph 73(1)(d) submission addressing the failure to request examination, along with payment of the examination and late fees, but there was no record of its having received the second submission addressing the failure to pay the yearly maintenance fee. There was no entry in the certified patent file or in the “Case History for Application/Patent” print-out. In August the Commissioner sent an “Acknowledgement of Request for Examination” indicating that it would “take place in due course” but making no reference to the deemed abandonment for failure to pay maintenance fees. Applicant’s patent agents wrongly assumed from this acknowledgement that the application was in good

la propriété intellectuelle du Canada, il pouvait s’attendre légitimement à être informé que sa demande de rétablissement et le paiement n’avaient pas été reçus — Examen de la théorie de l’expectative légitime — La théorie n’était pas applicable.

Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision du commissaire aux brevets par laquelle celui-ci a conclu que la demande de brevet avait été abandonnée et que le délai pour la rétablir avait expiré, le demandeur ayant fait défaut de verser les taxes périodiques et les taxes de rétablissement.

Selon les *Règles sur les brevets* et l’article 11 du *Traité de coopération en matière de brevets*, la date du dépôt était censée être le 27 janvier 1995—jour où il a demandé la protection en Allemagne d’une invention intitulée «Procédé et système d’organisation automatisée de tournois». En application de l’article 27.1 de la *Loi sur les brevets*, des taxes périodiques devaient être versées annuellement, à savoir le ou avant le 27 janvier à partir de 1997, pour maintenir la demande en état et, selon le paragraphe 64(2) des Règles, une requête en examen de la demande devait être déposée dans les sept années suivant la date du dépôt international. Étant donné que le 27 janvier 2002 était un dimanche, le délai expirait le 28 janvier 2002. Les taxes périodiques ont été versées pour chacune des années entre 1997 et 2001, sauf pour l’année se terminant le 27 janvier 2002. De plus, la requête en examen n’a pas été déposée dans le délai imparti par les Règles. L’Office de la propriété intellectuelle du Canada a avisé les agents du demandeur que la demande était considérée comme abandonnée mais que le demandeur avait, en vertu du paragraphe 73(3), un délai de 12 mois pour présenter une requête visant à faire rétablir sa demande et payer les taxes réglementaires.

Il a été mis en preuve par l’agent de brevets du demandeur qu’en juin 2002, des présentations ont été préparées dans lesquelles on donnait instruction à l’Office de débiter la carte Visa de l’agent d’un montant équivalant aux taxes. Les présentations ont été remises aux employés de la salle des dossiers de l’agent pour qu’elles soient envoyées, mais il n’a pas été établi en preuve que l’agent avait pris d’autres mesures pour confirmer que les présentations avaient été livrées et les taxes payées. L’Office a bien reçu la présentation concernant l’alinéa 73(1)(d), qui traitait l’omission de présenter une demande d’examen et qui comprenait le versement des frais d’examen et de retard. Toutefois, rien n’indique que l’Office a reçu la deuxième présentation traitant l’omission de verser la taxe annuelle visant à maintenir la demande en état. Aucune inscription n’a été faite à ce sujet dans le dossier de brevet certifié ni sur la copie papier de l’historique des procédures pour une demande/brevet. En août, le commissaire a fait parvenir un «accusé de réception de la requête en examen», indiquant que l’examen «aurait lieu en temps opportun», mais

standing. The agent attested that the invariable practice of the Office was to contact the agent if there remained an outstanding ground of abandonment. This practice was confirmed by the principal of another patent agency firm. The lawyer at applicant's counsel's law firm responsible for all maintenance fee payments explained that, since the Office does not issue receipts for reinstatement or maintenance fee payments, applicant's agents had no reason to believe that the application had not been reinstated on both grounds. On January 22, 2003 the maintenance fee due January 27 was submitted but in March counsel's firm was notified by telephone that the application was abandoned and incapable of reinstatement for non-payment of the maintenance fee due January 27, 2002 and a reinstatement fee. By letter, the Office refused its acceptance of the 2003 maintenance fee payment. Upon the hearing of this application, no evidence was filed by the Attorney General and applicant's affiants were not subjected to cross-examination.

Applicant relied upon the doctrine of legitimate expectations, which he argued can be seen as an element of the duty of fairness owed by an administrative body. It was argued that the Office's failure to adhere to its usual practices caused applicant to reasonably believe, to his detriment, that his application was in good standing. It was further argued that, in declining to investigate whether the loss of the June 2002 submission was due to any act or omission at the Office, the Commissioner declined to exercise his discretionary jurisdiction. A final argument was that this decision failed to advance the object of the Act, since the purpose of this abandonment provision was to eliminate deadwood where an applicant has lost interest in pursuing an application.

The Attorney General submitted that the abandonment of the application occurred by the operation of the Act and Rules, without any intervention or exercise of discretionary power by the Commissioner. There was no "decision" by a federal board, commission or tribunal for the Court to review. Mandatory consequences of failure to pay are imposed by the Act and Rules. Applicant had failed to demonstrate that the requisite reinstatement request and payments had been made. The Court was urged not to narrow any order in applicant's favour to avoid encouraging future litigation over reinstatement

sans mentionner l'abandon présumé résultant du non-paiement des taxes périodiques. L'agent de brevets du demandeur a déduit à tort de l'accusé de réception que la demande avait été valablement déposée. L'agent a attesté que l'Office avait pour pratique de communiquer avec l'agent responsable du dossier si un motif d'abandon demeurait non résolu. Une preuve similaire a été présentée par le directeur d'un autre cabinet d'agents de brevets. L'avocate, membre du cabinet de l'avocat du demandeur, et qui s'occupe des questions relatives aux taxes périodiques, a expliqué que, puisque l'Office ne remet pas de reçus pour le paiement des taxes périodiques et des taxes de rétablissement, les agents du demandeur n'avaient aucune raison de croire que la demande n'avait pas été rétablie au regard des deux motifs. Le 22 janvier 2003, on a procédé au paiement des taxes périodiques pour l'année suivante, payables le 27 janvier 2003, mais en mars, le cabinet d'avocats a été informé par téléphone que la demande avait été abandonnée et qu'il était impossible de la rétablir étant donné que ni les taxes périodiques exigibles le 27 janvier 2002 ni la taxe de rétablissement n'avaient été versées. Dans une lettre, l'Office a refusé d'accepter le paiement de la taxe pour le maintien en état pour l'année 2003. À l'audition de la présente demande, le procureur général n'a présenté aucune preuve et n'a pas contre-interrogé les déposants qui ont fourni des déclarations sous serment au nom du demandeur.

Le demandeur a invoqué la théorie de l'expectative légitime, prétendant qu'elle peut être englobée dans l'obligation d'équité qu'on est en droit d'exiger d'un organisme administratif. Il a fait valoir qu'étant donné que l'Office n'a pas suivi ses pratiques habituelles, il a légitimement été amené à croire que sa demande était en état, ce qui lui a été préjudiciable. Il a également soutenu qu'en n'effectuant pas les vérifications nécessaires afin de déterminer si la perte de la présentation du mois de juin 2002 était en tout ou en partie attribuable à un acte ou une omission de l'Office, le commissaire a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Il a soutenu en dernier lieu que le refus du commissaire ne sert aucunement l'objet de la Loi, puisque le but de la disposition prévoyant l'abandon d'une demande est de permettre d'éliminer le bois mort, à savoir les demandes auxquelles le demandeur concerné ne donne pas suite.

Le procureur général a soutenu que l'abandon de la demande découlait de l'application de la Loi et des Règles, et non d'une intervention du commissaire ou de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il a invoqué l'absence de «décision» d'un office fédéral pouvant être l'objet d'un contrôle judiciaire. Les conséquences impératives du non-paiement sont imposées par les dispositions de la Loi et des Règles. Le demandeur n'a pas démontré que la demande de rétablissement a été présentée et que le paiement y afférent a été versé selon les prescriptions de la loi. Si la Cour devait rendre une décision

applications.

Held, the application should be dismissed.

The argument that the Commissioner had made no decision that could be judicially reviewed went against the holding of O'Reilly J. in *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*. Both the Trial Division and the Federal Court of Appeal have remarked that section 18 judicial review is to be given a broad and liberal interpretation. But the Court could not accept applicant's argument that the "usual practices" of the Office gave rise to a legitimate expectation that applicant would be notified if his payment and reinstatement request were not received. The question was whether the Commissioner, through the past practices of the Office, represented that a particular procedure would be followed if a request and payment for reinstatement on one section 73 ground arrived at the Office while that on another ground did not.

The doctrine of legitimate expectations applies where one is led to believe that he will have a right to make representations, or to be consulted, prior to a governmental decision being taken. It has no application where an administrative body is said, in the past, to have brought deficiencies in a filing process to an applicant's attention. Under the legislative scheme, applicant bears the entire responsibility for obtaining the reinstatement of an abandoned application. Were applicant's argument to be accepted, a positive obligation would be imposed upon the Commissioner of informing applicants of any deficiency in materials filed. The acknowledgement sent to applicant was not worded such as to convey a reasonable expectation that the application had been fully reinstated on all grounds of abandonment. Section 152 of the Rules explicitly states that, for an application deemed abandoned to be reinstated, applicant must "in respect of each failure to take an action referred to in subsection 73(1) of the Act or section 151" make a request for reinstatement and take such action as should have been taken to avoid the deemed abandonment.

The Federal Court of Appeal has held that the requirement for the payment of maintenance fees has two purposes: to defray the costs of administering the patent regime and to discourage the proliferation of "deadwood" patents. This requirement had to be strictly interpreted by the Court and by

favorable au demandeur, elle devrait en limiter la portée afin de ne pas encourager, à l'avenir, des litiges concernant des demandes de rétablissement.

Jugement: la demande est rejetée.

L'argument que le commissaire n'a rendu aucune décision susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire va à l'encontre de la décision du juge O'Reilly dans *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*. Tant la Section de première instance que la Cour d'appel fédérale ont indiqué que le contrôle judiciaire, prévu à l'article 18 de la Loi, doit être interprété de façon englobante et libérale. La Cour n'a cependant pas accepté l'argument du demandeur voulant que, selon les «pratiques constantes» de l'Office, il pouvait s'attendre légitimement à être informé que sa demande de rétablissement et le paiement n'avaient pas été reçus. La question était de savoir si le commissaire, vu les pratiques passées de l'Office, a donné à penser qu'une procédure particulière serait suivie dans les cas où l'Office reçoit une demande de rétablissement visant une des omissions prévues à l'article 73 et le paiement y afférent, mais qu'il ne reçoit pas une demande de même nature visant une autre omission.

La théorie de l'expectative légitime s'applique à des situations où un demandeur a été amené à croire qu'il aura le droit de présenter des observations à un décideur administratif, ou d'être consulté par celui-ci, avant qu'une décision ne soit prise par le gouvernement. Cette théorie ne s'applique pas dans le cas où un organisme administratif aurait, par le passé, porté à l'attention d'un demandeur des manquements à la procédure de dépôt. Il est clair que le cadre législatif impose entièrement au demandeur l'obligation d'obtenir le rétablissement d'une demande abandonnée. Si la prétention du demandeur était acceptée, le commissaire se verrait imposer une obligation positive voulant qu'il informe les demandeurs de tout manquement concernant les documents déposés. Le libellé de l'accusé de réception envoyé au demandeur ne lui permettait pas de s'attendre légitimement à ce que sa demande ait été rétablie et que tous les motifs d'abandon aient été levés. L'article 152 des Règles prévoit explicitement que, pour que la demande considérée comme abandonnée soit rétablie, le demandeur doit présenter au commissaire, «à l'égard de chaque omission mentionnée au paragraphe 73(1) de la Loi ou visée par l'article 151», une demande de rétablissement et prendre les mesures qui s'imposaient pour éviter la présomption d'abandon.

La Cour d'appel fédérale a statué que les dispositions relatives aux taxes périodiques ont un double objet: couvrir les frais d'administration du régime des brevets et décourager la prolifération de brevets inutiles. Cette exigence doit être interprétée strictement tant par le commissaire que par la Cour,

the Commissioner to ensure the timely and diligent payment of fees. Contrary to the situation in *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, there was here no ambiguity in the enactment that could justify a decision in applicant's favour.

Applicant's agents chose to rely on the Commissioner's informal practice of giving notice prior to the deadline that an application was not in good standing and, since the Commissioner was under no duty of giving such notice, applicant was without a remedy.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 4(2), 27.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 9), 46(2) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 43), 73(1) (as am. *idem*, s. 52), (3) (as am. *idem*).
Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.
Patent Rules, SOR/96-423, ss. 64(2), 152.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents), [2004] 2 F.C.R. 405; (2003) 9 Admin. L.R. (4th) 106; 242 F.T.R. 64 (F.C.) (QL); *Lamy Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 541; (2002), 216 D.L.R. (4th) 230; 43 Admin. L.R. (3d) 264; 222 F.T.R. 29 (T.D.); *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; (2000), 189 D.L.R. (4th) 96; 32 Admin. L.R. (3d) 292; 256 N.R. 85 (C.A.); *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DISTINGUISHED:

Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), [2003] 4 F.C. 67; (2003), 24 C.P.R. (4th) 157; 301 N.R. 152 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. dismissed, [2003] 3 S.C.R. vi.

de manière à ce que les demandeurs versent diligemment les taxes dans le délai imparti. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, les dispositions législatives ne comportent aucune ambiguïté pouvant jouer en faveur du demandeur.

Les agents du demandeur ont choisi de s'appuyer sur la pratique officieuse du commissaire selon laquelle il avise les agents, avant l'expiration du délai, qu'une demande n'est pas en état et, comme le commissaire n'avait pas l'obligation de donner un tel avis, le demandeur n'avait pas droit à réparation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 4(2), 27.1 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 9), 46(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 43), 73(1) (mod., *idem*, art. 52), (3) (mod., *idem*).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 64(2), 152.
Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n^o 22.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets), [2004] 2 R.C.F. 405; (2003), 9 Admin. L.R. (4th) 106; 242 F.T.R. 64 (C.F.); *Lamy Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 541; (2002), 216 D.L.R. (4th) 230; 43 Admin. L.R. (3d) 264; 222 F.T.R. 29 (1^{re} inst.); *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30; (2000), 189 D.L.R. (4th) 96; 32 Admin. L.R. (3d) 292; 256 N.R. 85 (C.A.); *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets), [2003] 4 C.F. 67; (2003), 24 C.P.R. (4th) 157; 301 N.R. 152 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2003] 3 R.C.S. vi.

REFERRED TO:

University of Saskatchewan v. Canada (Commissioner of the Plant Breeders' Rights Office), [2001] 3 F.C. 247; (2001), 11 C.P.R. (4th) 348; 201 F.T.R. 173 (T.D.); *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13; 269 N.R. 373 (F.C.A.); *Hopkinson v. Canada (Commissioner of Patents)* (1997), 74 C.P.R. (3d) 332; 133 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); affd (2000), 5 C.P.R. (4th) 414; 254 N.R. 331 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of the Commissioner's determination that a patent application had been abandoned. Application dismissed.

APPEARANCES:

Teresa M. Martin for applicant.
F. B. Woyiwada for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Shapiro Cohen, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MOSLEY J.: This is an application for judicial review in relation to a purported decision of the Commissioner of Patents (the Commissioner), dated March 24, 2003. The Commissioner took the position that Canadian patent application No. 2182092 (the application) was abandoned and beyond the period for reinstatement due to the applicant's failure to pay the required maintenance and reinstatement fees. The applicant, Mr. Peter Eiba, seeks an order setting aside the abandonment of his application and an order that the Commissioner reinstate his application and accept the maintenance fees that are due in respect thereto. The applicant also seeks costs in this application.

BACKGROUND

[2] Mr. Eiba is a resident of Germany and had originally claimed protection in that country for an invention entitled "Method and System for the

DÉCISIONS CITÉES:

University of Saskatchewan c. Canada (Directrice du Bureau de la protection des obtentions végétales), [2001] 3 C.F. 247; (2001), 11 C.P.R. (4th) 348; 201 F.T.R. 173 (1^{re} inst.); *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13; 269 N.R. 373 (C.A.F.); *Hopkinson c. Canada (Commissaire aux brevets)* (1997), 74 C.P.R. (3d) 332; 133 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2000), 5 C.P.R. (4th) 414; 254 N.R. 331 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du commissaire selon laquelle une demande de brevet a été abandonnée. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Teresa M. Martin pour le demandeur.
F. B. Woyiwada pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Shapiro Cohen, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE MOSLEY: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du commissaire aux brevets (le commissaire) datée du 24 mars 2003. Le commissaire a conclu que la demande de brevet canadien n° 2182092 (la demande) avait été abandonnée et que le délai pour la rétablir avait expiré, le demandeur ayant fait défaut de verser les taxes périodiques et les taxes de rétablissement réglementaires. Le demandeur, M. Peter Eiba, sollicite une ordonnance annulant l'abandon de sa demande de brevet et enjoignant au commissaire de rétablir cette demande et d'accepter le versement des taxes périodiques dues à l'égard de celle-ci. Le demandeur sollicite en outre les dépens de la présente demande.

LES FAITS

[2] M. Eiba réside en Allemagne et, au départ, soit en 1995, il a demandé la protection dans ce pays d'une invention intitulée «Procédé et système d'organisation

Automatic Control of a Tournament” in 1995. He brought an application in Canada for similar protection on July 25, 1996. Pursuant to the *Patent Rules*, SOR/96-423 (the Rules) and Article 11 of the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22], the application bears the filing date of the international application, that is January 27, 1995.

[3] Annual maintenance fees pursuant to section 27.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.) c. 33, s. 9] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act) were payable to the Canadian Intellectual Property Office (the Office) on or before January 27 of each year after 1997. Pursuant to subsection 64(2) of the Rules, a request for examination of the application had to be filed at the Office within seven years of the international filing date. Since January 27, 2002, was a Sunday, the due date for requesting an examination was January 28, 2002.

[4] For each of the years between 1997 and 2001, the required maintenance fees were paid to the Office, on instruction by the applicant to his Canadian agents. This was not done for the year ending on January 27, 2002, nor was the request for examination filed within time along with the appropriate fee.

[5] By letters dated February 23, 2002, and March 11, 2002, the Office notified the applicant’s agents that the application was deemed abandoned on two grounds. First, for failure to pay the yearly maintenance fee, pursuant to paragraph 73(1)(c) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52] of the Act and secondly, for failure to request examination and pay the prescribed fee, pursuant to paragraph 73(1)(d) [as am. *idem*]. For each ground, a 12-month reinstatement period in which the applicant could request reinstatement and pay the prescribed fees was available pursuant to subsection 73(3) [as am. *idem*].

automatisée de tournoi». En vue d’obtenir une protection similaire, il a présenté une demande au Canada le 25 juillet 1996. Conformément aux *Règles sur les brevets*, DORS/96-423 (les Règles), et à l’article 11 du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22], la demande porte la date du dépôt de la demande internationale, soit le 27 janvier 1995.

[3] En application de l’article 27.1 [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 9] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi), des taxes, appelées taxes périodiques, devaient être versées annuellement, à savoir le ou avant le 27 janvier à partir de 1997, à l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (l’Office). Selon le paragraphe 64(2) des Règles, la requête en examen de la demande devait être déposée auprès de l’Office dans les sept années suivant la date du dépôt international. Étant donné que le 27 janvier 2002 était un dimanche, le délai pour présenter une requête en examen expirait le 28 janvier 2002.

[4] Pour chacune des années entre 1997 et 2001, les taxes périodiques prévues par la Loi et les Règles ont été versées à l’Office selon les directives que le demandeur avait données à ses agents canadiens. Toutefois, pour l’année se terminant le 27 janvier 2002, ces taxes n’ont pas été versées, et le demandeur n’a pas déposé la requête en examen ni versé la taxe réglementaire s’y rapportant dans le délai imparti.

[5] Dans des lettres datées du 23 février 2002 et du 11 mars 2002, l’Office a avisé les agents du demandeur que la demande était considérée comme abandonnée pour deux motifs. D’abord, en application de l’alinéa 73(1)c) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52] de la Loi, pour omission de verser la taxe annuelle visant à maintenir la demande en état, et ensuite, en application de l’alinéa 73(1)d) [mod., *idem*], pour omission de présenter une demande d’examen de la requête et de payer la taxe réglementaire s’y rapportant. Pour chacun de ces motifs, le demandeur avait un délai de douze mois pour rétablir sa demande, période durant laquelle il lui était loisible, en vertu du paragraphe 73(3) [mod., *idem*], de présenter une requête à cet effet et de payer les taxes réglementaires.

[6] The applicant has filed affidavits from a lawyer and three patent agents familiar with the process of patent applications filed with the Office. The evidence of Mr. Robert Wilkes, patent agent, is that his firm prepared two sets of submissions, both dated June 20, 2002, each addressing a different ground of the deemed abandonment and instructing the Office to debit their Visa account with the applicable fees. Both submissions requested reinstatement of the patent application. These submissions, Mr. Wilkes attests, were handed over to the firm's file room personnel for transmission to the Office. There is no evidence that they were thereafter entrusted to Canada Post or other means of delivery, nor is there any evidence that the firm took any active steps to ascertain whether the submissions were in fact delivered or that the related fees were paid through their Visa account.

[7] There is no question that the Office received the submission pertaining to paragraph 73(1)(d), requesting an examination and providing payment of the examination fee and late fee. However, there is no record of receipt of the second submission by the Office including no entry on the certified patent file, particularly the "Case History for Application/Patent" print-out. It evidently went astray somewhere in transit.

[8] By notice dated August 6, 2002, the Commissioner sent the applicant an "Acknowledgement of Request for Examination", stating that the request for examination and prescribed fee had been received in relation to the application, and that examination of the application "will take place in due course". There was nothing in this acknowledgement to indicate the status of the application with respect to the deemed abandonment due to the failure to pay the annual maintenance fees. However, from the evidence of Mr. Robert Hendry, the responsible patent agent for the application, it appears that the applicant's agents assumed from the issuance of the acknowledgement that the application was in good standing. He attests that it was the invariable practice of the Office to contact the responsible agent where there

[6] Le demandeur a déposé les déclarations sous serment d'un avocat et de trois agents de brevets qui connaissent bien la procédure de demande de brevet auprès de l'Office. Il a été mis en preuve par M. Robert Wilkes, agent de brevets, que son cabinet a préparé deux séries de présentations datées du 20 juin 2002, chacun des motifs sur lesquels se fonde la présomption d'abandon y étant traité séparément. Dans chacune des présentations, on donne instruction à l'Office de débiter la carte Visa du cabinet d'un montant équivalant aux taxes applicables et on demande le rétablissement de la demande. M. Wilkes atteste que les deux présentations ont été remises aux employés de la salle des dossiers du cabinet pour qu'elles soient envoyées à l'Office. Il n'a pas été établi en preuve qu'elles avaient par la suite été confiées à Postes Canada ou un autre service de livraison ni que le cabinet a pris d'autres mesures concrètes pour vérifier si les présentations avaient effectivement été livrées ou si les taxes en question avaient été payées au moyen de leur carte Visa.

[7] Il ne fait aucun doute que l'Office a reçu la présentation concernant l'alinéa 73(1)d), qui contient une demande d'examen et qui prévoit le paiement de la taxe et de la surtaxe. Toutefois, rien n'indique que l'Office a reçu la deuxième présentation: aucune inscription n'a été faite à ce sujet dans le dossier de brevet certifié, et plus particulièrement sur la copie papier de l'historique des procédures pour une demande/brevet. La deuxième présentation a manifestement été égarée pendant son acheminement.

[8] Dans un avis daté du 6 août 2002, le commissaire a fait parvenir un «accusé de réception de la requête en examen», indiquant que la requête d'examen concernant la demande de brevet ainsi que les taxes y afférentes avaient été reçues, et que l'examen de la demande de brevet «aurait lieu en temps opportun». Cet accusé de réception ne spécifiait pas à quelle étape en était la demande relative à la présomption d'abandon résultant du non-paiement des taxes périodiques. Il ressort toutefois de la déclaration de M. Robert Hendry, l'agent de brevets responsable de cette demande, que les agents du demandeur ont tenu pour acquis, en se fondant sur l'accusé de réception, que la dite demande avait été valablement déposée. Il atteste que l'Office avait pour pratique de communiquer avec l'agent responsable du

remained an outstanding ground of abandonment. Similar evidence was offered by the principal of another patent agency firm.

[9] Ms. Heather Probert is a lawyer and registered patent agent at the applicant's counsel's law firm, who, since November 2002, has had primary responsibility at the firm for all matters relating to maintenance fees. Ms. Probert attests that the Office does not issue receipts for maintenance fee payments or reinstatement fee payments. She attests that applicant's agents had no reason to believe after June 20, 2002, that the application had not been reinstated on both grounds, that is pursuant to both paragraphs 73(1)(c) and (d) of the Act. Applicant's counsel received no communication from the Office in relation to the application, other than the "Acknowledgement of Request for Examination" notice described above.

[10] On January 22, 2003, applicant's counsel submitted payment of the maintenance fee for the next year that was due by January 27, 2003. Ms. Probert attests that this indicates that the applicant believed that his application was already reinstated on both grounds and also demonstrates the applicant's intention to continuously maintain the application in good standing for subsequent years.

[11] Ms. Probert deposes that her firm was informed by the Office, by telephone in mid-March 2003, that the application was abandoned and incapable of being reinstated because the maintenance fee due on January 27, 2002, had never been paid, nor the reinstatement fee received.

[12] By letter dated March 24, 2003, the Office set out in writing its refusal of the maintenance fee payments for 2003 on the grounds that the payments for reinstatement and maintenance for 2002 had not been received prior to January, 28, 2003.

[13] By submissions dated March 27, 2003, Mr. Robert Hendry, a patent agent at the firm of applicant's counsel, wrote to the Office, attaching a previous "direction" from the firm to the Office, dated January 8, 2001, stating that any fee deficiency in relation to the

dossier si un motif d'abandon demeurait non résolu. Une preuve similaire a été présentée par le directeur d'un autre cabinet d'agents de brevets.

[9] M^{me} Heather Probert est avocate et agent de brevet enregistré, membre du cabinet de l'avocat du demandeur, et, depuis novembre 2002, elle s'occupe principalement des questions relatives aux taxes périodiques. M^{me} Probert atteste que l'Office ne remet pas de reçus pour le paiement des taxes périodiques et des taxes de rétablissement. Elle atteste aussi qu'après le 20 juin 2002, les agents du demandeur n'avaient aucune raison de croire que la demande n'avait pas été rétablie et que les deux motifs d'abandon prévus aux alinéas 73(1)c) et d) de la Loi n'avaient pas été levés. Mis à part l'«accusé de réception de la requête en examen» susmentionné, l'Office n'est pas entré en communication avec l'avocate du demandeur concernant la requête.

[10] Le 22 janvier 2003, l'avocate du demandeur a procédé au paiement des taxes périodiques pour l'année suivante, payables au plus tard le 27 janvier 2003. M^{me} Probert atteste que ce paiement témoigne du fait que le demandeur croyait que sa demande avait déjà été rétablie à l'égard des deux omissions et qu'il avait l'intention, pour les années subséquentes, de maintenir sa demande en état.

[11] M^{me} Probert déclare qu'à la mi-mars 2003, l'Office a informé son cabinet par téléphone que la demande avait été abandonnée et qu'il était impossible de la rétablir étant donné que ni les taxes périodiques exigibles le 27 janvier 2002 ni la taxe de rétablissement n'avaient été versées.

[12] Dans une lettre datée du 24 mars 2003, l'Office a refusé d'accepter le paiement de la taxe pour le maintien en état de la demande pour l'année 2003 étant donné que les paiements visant le rétablissement de la demande et son maintien en état pour 2002 n'avaient pas été reçus avant le 28 janvier 2003.

[13] M. Robert Hendry, un agent de brevets, membre du cabinet de l'avocate du demandeur, a remis à l'Office des observations écrites datées du 27 mars 2003 auxquelles il a joint une «directive» antérieure du cabinet portant la date du 8 janvier 2001. Cette directive

application was to be charged to the firm's deposit account.

[14] Again, by letter dated April 7, 2003, the Office confirmed its refusal to accept maintenance or reinstatement fees for the application. That letter stated, in part, as follows:

However, the Office has never received your letter dated June 20, 2002 to pay the maintenance fee which was due January 27, 2002 and the reinstatement fee (requested after January 27, 2002). Therefore, no acknowledgement of reinstatement was issued and the application is now beyond period of reinstatement.

Please note that, the Patent Office does not accept any corrective payments which are submitted after the prescribed time, to compensate for having incorrectly paid the prescribed fees. . . .

[15] The respondent filed no evidence in this proceeding and did not cross-examine the affiants who provided affidavits on behalf of the applicant.

APPLICANT'S SUBMISSIONS

[16] The applicant submits that the Commissioner's decision is properly the subject of judicial review, pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], as amended. The applicant argues that the standard of review warranted in this case is correctness. Applying the pragmatic and functional approach, and considering particularly that the decision of the Commissioner as to the payment of maintenance fees does not engage any specialized expertise, and is far removed from the core area of the Commissioner's expertise, the applicant argues that minimal deference is warranted to the Commissioner's decision in this case.

[17] The applicant submits that he was entitled to procedural fairness at each stage of the reinstatement process, and that judicial review would lie of each decision of the Commissioner within the maintenance fee process.

prévoyait que toute taxe en souffrance concernant la demande devait être portée au compte du cabinet.

[14] Dans une lettre datée du 7 avril 2003, l'Office confirme de nouveau son refus d'accepter le paiement des taxes périodiques et des taxes de rétablissement concernant la demande. Voici un extrait de cette lettre:

[TRADUCTION] Toutefois, l'Office n'a jamais reçu votre lettre datée du 20 juin 2002 prévoyant le paiement des taxes périodiques, qui étaient exigibles le 27 janvier 2002, et de la taxe de rétablissement (requis après le 27 janvier 2002). Par conséquent, aucune attestation de rétablissement n'a été délivrée et le délai pour présenter une demande de rétablissement est maintenant échu.

Veillez noter qu'après le délai prescrit, l'Office ne peut accepter de paiement visant à remédier au fait que des taxes réglementaires n'ont pas été correctement versées [. . .]

[15] Le défendeur n'a présenté aucune preuve dans la présente instance et il n'a pas contre-interrogé les déposants qui ont fourni des déclarations sous serment au nom du demandeur.

LES PRÉTENTIONS DU DEMANDEUR

[16] Le demandeur prétend que la décision du commissaire peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire sous le régime de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], et ses modifications. Il soutient que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. Appliquant la méthode pragmatique et fonctionnelle et considérant plus particulièrement que la décision du commissaire concernant le paiement des taxes périodiques ne fait pas appel à une expertise particulière et qu'elle échappe à son domaine d'expertise fondamentale, le demandeur fait valoir que la décision contestée commande une retenue minimale.

[17] Le demandeur soutient qu'il avait droit à l'équité procédurale à chaque étape du processus de rétablissement et que chacune des décisions rendues par le commissaire concernant les taxes périodiques donne ouverture au contrôle judiciaire.

[18] Next, the applicant's main submission focuses on the legal doctrine of legitimate expectations, and that the applicant had an expectation that certain procedures would be followed. The applicant says he relied on such expectation to his detriment, and that while the principle of legitimate expectation cannot be used to create substantive rights, it can be seen as one element of the duty of fairness owed to an applicant by an administrative body.

[19] The applicant submits that he had a reasonable expectation that his application had been brought into good standing after June 20, 2002. The applicant refers to the affidavit evidence filed on his behalf that details the "usual practice" of the Office, and the manner in which he was led to believe that both his submissions of June 20, 2002, reinstating his application pursuant to paragraphs 73(1)(c) and (d), had been received and processed in the regular course.

[20] The applicant refers specifically to the following "usual practices" of the Office, as attested to by the lawyer and agents of his counsel's law firm:

- the Office would not process a request for examination and send out the notice, "Acknowledgment of Request for Examination" to the applicant if an application had not been fully reinstated on all grounds of deemed abandonment;
- the Office would contact the applicant's representative agent if there was an irregularity or query concerning a request for reinstatement, particularly if there were multiple grounds required for reinstatement and it appeared that only one ground of reinstatement had been sought, prior to the last possible date for reinstatement;
- the Office "consistently" contacts representative agents in situations where the documents received by the Office are not consistent with the apparent intention of an applicant who has filed other documents requesting reinstatement;

[18] Ensuite, le principal argument mis de l'avant par le demandeur porte sur la théorie de l'expectative légitime, vu qu'il s'attendait à ce qu'une certaine procédure soit suivie. Le demandeur affirme qu'il a subi un préjudice en se fondant sur une telle attente et que, même si la doctrine de l'expectative légitime n'est pas génératrice de droits, on peut considérer qu'elle est englobée dans l'obligation d'équité qu'un demandeur est en droit d'exiger d'un organisme administratif.

[19] Le demandeur soutient qu'il pouvait légitimement s'attendre à ce que sa demande soit remise en état après le 20 juin 2002. Il se réfère aux déclarations sous serment déposées en son nom qui décrivent la «pratique constante» de l'Office et la manière dont il fut amené à croire que ses deux présentations datées du 20 juin 2002, qui visaient à rétablir sa demande considérée comme abandonnée aux termes des alinéas 73(1)c) et d), avaient été reçues et que l'Office y avait données suite dans le cadre du processus habituel.

[20] Le demandeur fait plus particulièrement référence aux «pratiques habituelles» que l'avocate et les agents faisant partie du cabinet de son avocat ont décrites dans leur témoignage:

- l'Office n'aurait pas donné suite à une requête en examen et n'aurait pas envoyé d'«accusé de réception de la requête en examen» au demandeur si la demande n'avait pas été rétablie à l'égard de tous les motifs d'abandon répété;
- l'Office aurait contacté l'agent du demandeur si la demande de rétablissement avait comporté une irrégularité ou suscité un doute, particulièrement si, pour rétablir la demande, des mesures devaient être prises à l'égard de plusieurs omissions et qu'il apparaissait qu'une demande de rétablissement ne visant qu'une seule omission avait été déposée avant la date ultime pour obtenir un tel rétablissement;
- «habituellement», l'Office communique avec les agents dans les cas où les documents reçus ne sont pas conformes à l'intention apparente d'un demandeur qui a déposé d'autres documents dans lesquels il sollicite un rétablissement;

- the Office would not accept the fee for requesting an examination unless an application was in good standing, that is, unless all maintenance fees had been fully paid, as the fee for requesting an examination is non-refundable;

- the Office does not provide receipts or acknowledgment for payment of maintenance fees, including payment of reinstatement fees.

[21] The applicant argues that the Office's failure to follow its usual practices led him to reasonably believe, to his detriment, that his application was in good standing. The applicant submits that the Office was in the "exclusive position" of knowing that receipt of the applicant's submissions had inadvertently not occurred. According to the applicant, the Office's practices led him to rely on a legitimate expectation that his application had been fully and properly reinstated.

[22] The applicant submits that the Commissioner had the discretion to investigate whether or not the loss of the applicant's June 2002 submission was wholly or to any extent attributable to an act or omission of the Office. The applicant argues that by declining any review of that possibility, the Commissioner declined to exercise his discretionary jurisdiction, contrary to the principles of natural justice. Here, the applicant relies on *University of Saskatchewan v. Canada (Commissioner of the Plant Breeders' Rights Office)*, [2001] 3 F.C. 247 (T.D.) and refers to subsection 4(2) of the Act. The applicant argues that the Commissioner had the jurisdiction to find that a request for reinstatement and payment had gone astray in the administrative process and could be "deemed" to have been received by the appropriate deadline.

[23] The applicant submits that the Commissioner's refusal to exercise his jurisdiction has resulted in a complete loss of his substantive rights under the Act. Referring to *Dutch Industries Ltd. v. Canada*

- l'Office n'accepterait pas le paiement de la taxe afférente à une requête en examen si une demande n'était pas en état, c'est-à-dire si les taxes périodiques n'avaient pas été entièrement versées, la taxe due en rapport avec la demande d'examen n'étant pas remboursable;

- l'Office ne délivre pas de reçus attestant du paiement des taxes périodiques et des taxes de rétablissement ou d'accusé de réception à cet effet.

[21] Le demandeur fait valoir qu'étant donné que l'Office n'a pas suivi ses pratiques habituelles, il a légitimement été amené à croire que sa demande était en état, ce qui lui a été préjudiciable. Le demandeur prétend que, vu sa «position particulière», l'Office était le seul à être au courant que, par mégarde, les présentations du demandeur n'avaient pas été reçues. Selon le demandeur, les pratiques de l'Office l'ont amené à s'appuyer sur l'expectative légitime que sa demande avait été rétablie à tous égards.

[22] Le demandeur soutient que le commissaire avait le pouvoir discrétionnaire de faire les vérifications nécessaires afin de déterminer si la perte de la présentation datée du mois de juin 2002 était en tout ou en partie attribuable à un acte ou une omission de l'Office. Il prétend qu'en n'effectuant pas un tel examen, le commissaire a fait défaut d'exercer son pouvoir discrétionnaire, contrairement aux principes de justice naturelle. Sur cette question, le demandeur s'appuie sur la décision *University of Saskatchewan c. Canada (Directrice du Bureau de la protection des obtentions végétales)*, [2001] 3 C.F. 247 (1^{re} inst.), et il fait référence au paragraphe 4(2) de la Loi. Le demandeur soutient que le commissaire avait compétence pour conclure qu'une demande de rétablissement et le paiement s'y rapportant avaient été égarés pendant le déroulement du processus administratif et qu'ils pouvaient être «réputés» avoir été reçus dans le délai prescrit.

[23] Selon le demandeur, en refusant d'exercer sa compétence, le commissaire lui a fait perdre tous ses droits sous le régime de la Loi. S'appuyant sur l'arrêt *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux*

(*Commissioner of Patents*), [2003] 4 F.C. 67 (C.A.), leave to appeal to the S.C.C. dismissed December 11, 2003, [2003] 3 S.C.R. vi, the applicant argues that this refusal of the Commissioner does not advance any object of the Act. The purpose of the provision providing for the abandonment of an application for non-payment of maintenance fees is to allow for the lapse of “deadwood” applications where an applicant has lost interest in pursuing the application. The applicant submits that it is contrary to the intention of the Act to allow his application to lapse where his actions have demonstrated that he is interested in maintaining the application and no prejudice would result to any other person if his application is reinstated.

RESPONDENT’S SUBMISSIONS

[24] The respondent submits that the non-reinstatement of the applicant’s abandoned application occurred independently of any decision or action of the Commissioner and that this occurrence was “entirely the result of the operation” of the Act and the Rules, without any intervention or discretionary power on the part of the Commissioner.

[25] Therefore, according to the respondent, this Court is without jurisdiction, pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, to set aside the non-reinstatement on the grounds suggested by the applicant, as there is no “decision” flowing from a federal board, commission or tribunal. Rather, the challenged result arises only by operation of the legislation. The respondent submits that the Court may only determine whether, as a matter of fact, the applicant completed the necessary actions to reinstate his application and if so, declare the application reinstated.

[26] The respondent refers to the provisions in the Act and Rules that address payment of maintenance fees and the process for reinstating an abandoned application. The respondent characterizes these provisions as “non-discretionary” or having “declaratory effect”. The respondent submits that there is a mandatory requirement to pay fees at particular times and a mandatory consequence of failure to pay. The respondent argues that neither the Commissioner nor the Court has jurisdiction to modify, set aside or ignore these mandatory provisions.

brevets), [2003] 4 C.F. 67 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 11 décembre 2003, [2003] 3 R.C.S. vi, le demandeur soutient que le refus du commissaire ne sert aucunement les objets de la Loi. L’objet de la disposition prévoyant l’abandon d’une demande au motif que des taxes périodiques n’ont pas été versées est de permettre d’éliminer le «bois mort», à savoir les demandes auxquelles le demandeur concerné ne donne pas suite. Le demandeur soutient que ses actes témoignent de sa volonté de maintenir sa demande en état et que, dans ce contexte, la péremption de celle-ci serait contraire à l’intention du législateur. De plus, le rétablissement de sa demande ne causerait préjudice à qui que ce soit.

LES PRÉTENTIONS DU DÉFENDEUR

[24] Le défendeur soutient que le non-rétablissement de la demande abandonnée du demandeur ne résultait pas d’une décision ou d’une action du commissaire. L’abandon de la demande «découlait entièrement de l’application» de la Loi et des Règles, et non d’une intervention du commissaire ou de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[25] Ainsi, selon le défendeur, la Cour n’a pas compétence sous le régime de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour annuler le non-rétablissement en se fondant sur les motifs mis de l’avant par le demandeur, étant donné l’absence d’une «décision» d’un office fédéral. Au contraire, le résultat contesté découle uniquement de l’application de la Loi. Le défendeur prétend que la Cour doit s’en tenir à déterminer si le demandeur a effectivement rempli les exigences pour que sa demande soit rétablie et, dans l’affirmative, déclarer que la demande en question est rétablie.

[26] Le défendeur se réfère aux dispositions de la Loi et des Règles qui concernent le paiement des taxes périodiques et le processus de rétablissement d’une demande abandonnée. Il affirme que ces dispositions sont «non discrétionnaires» ou qu’elles ont un «caractère déclaratoire». Le défendeur ajoute que la Loi exige que des taxes soient payées périodiquement et qu’elle prévoit les conséquences impératives du non-paiement. Il fait valoir que ni le commissaire ni la Cour n’ont compétence pour modifier, annuler ou faire abstraction de ces dispositions impératives.

[27] The respondent relies on *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13 (F.C.A.) and, by analogy, on *Hopkinson v. Canada (Commissioner of Patents)* (1997), 74 C.P.R. (3d) 332 (F.C.T.D.), affd (2000), 5 C.P.R. (4th) 414 (F.C.A.). For the sake of contrast, the respondent also sets out several provisions of the Act that confer an actual duty or power on the Commissioner.

[28] The respondent also relies on *Dutch Industries Ltd.*, *supra* and the recent decision of *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2004] 2 F.C.R. 405 (F.C.).

[29] The respondent argues that the applicant has presented no evidence that the June 20, 2002 document and payment, requesting reinstatement pursuant to paragraph 73(1)(c) of the Act were in fact transmitted to and received by the Patent Office. The applicant, instead, has presented indirect evidence that such transmittal did not occur. The respondent argues that, on a balance of probabilities, the applicant has not demonstrated that the request for reinstatement and appropriate payments were in fact made as required by the Act and the Rules.

[30] The respondent also submits that this Court should be mindful of narrowing the effect of any decision in favour of the applicant, to avoid encouragement of “inappropriate” future litigation over reinstatement of applications. If this Court is to allow this application, the respondent requests that the relief be limited to a declaration that the patent application be reinstated because the applicant fulfilled the requirements of the legislation.

ISSUES

- [31] 1. Is judicial review available in the present case?
2. Has the applicant demonstrated that the doctrine of legitimate expectations is applicable and that he was therefore denied procedural fairness?

[27] Le défendeur s’appuie sur l’arrêt *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13 (C.A.F.) et, par analogie, sur *Hopkinson c. Canada (Commissaire aux brevets)* (1997), 74 C.P.R. (3d) 332 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par (2000), 5 C.P.R. (4th) 414 (C.A.F.). Il renvoie également à plusieurs dispositions de la Loi qui, à l’inverse, confèrent effectivement un devoir ou un pouvoir au commissaire.

[28] Le défendeur s’appuie également sur l’arrêt *Dutch Industries Ltd.*, précité, et sur la récente décision *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2004] 2 R.C.F. 405 (C.F.).

[29] Le défendeur fait valoir que le demandeur n’a pas mis en preuve que le document du 20 juin 2002 qui contient une demande de rétablissement en application de l’alinéa 73(1)c) de la Loi ainsi que le paiement y afférent ont effectivement été transmis à l’Office et qu’il les a reçus. Le demandeur a plutôt présenté une preuve indirecte de ces faits. Le défendeur soutient que le demandeur n’a pas démontré selon la prépondérance de la preuve que la demande de rétablissement a effectivement été présentée et que le paiement y afférent a été versé comme l’exigent la Loi et les Règles.

[30] Le défendeur fait également valoir que si la Cour devait rendre une décision favorable au demandeur, elle devrait veiller à en limiter la portée afin de ne pas encourager, à l’avenir, des litiges «inopportuns» concernant des demandes de rétablissement. Si la Cour devait faire droit à la présente demande, le défendeur voudrait que la réparation accordée se limite à une déclaration portant que la demande de brevet est rétablie parce que le demandeur s’est conformé aux exigences de la Loi.

QUESTIONS EN LITIGE

- [31] 1. Le contrôle judiciaire est-il un recours possible en l’espèce?
2. Le demandeur a-t-il démontré que la doctrine de l’expectative légitime s’applique et que, par conséquent, il y a eu violation de son droit à l’équité procédurale?

ANALYSIS

[32] In my view, the scope of judicial review jurisdiction provided in section 18.1 of the *Federal Courts Act* is broad enough to encompass the current situation. The respondent argues that the Commissioner did not make any “decision” that can be judicially reviewed, as the applicant’s application was deemed abandoned and not properly reinstated by only the mandatory operation of the legislation. In response to a similar argument that the Commissioner did not make any “decision” or “order”, Justice O’Reilly in *F. Hoffmann-La Roche AG, supra*, held that judicial review was available in respect of the Commissioner’s notice to the applicant that its patent had lapsed for failure to pay the proper maintenance fees. Such action by the Commissioner was, properly in my opinion, found to be within the ambit of subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, that is, a “decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal”.

[33] The decisions of *Larny Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 541 (T.D.) and *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.) support my conclusion that the challenged matter in the present case is properly within the scope of judicial review provided by section 18.1 of the *Federal Courts Act*. At paragraph 18 of *Larny Holdings Ltd., supra*, Justice Nadon, as he then was, stated as follows:

Mr. Justice Stone’s remarks in *Morneault, supra*, [at paragraphs 40-45] like those of Décaré J.A. in *Gestion Complexe, supra*, are to the effect that judicial review under section 18 of the Act must be given a broad and liberal interpretation, as a result of which a wide range of administrative actions will fall within the Court’s judicial review mandate. It is also clear that judicial review is no longer restricted to decisions or orders that a decision maker was expressly charged to make under the enabling legislation. Rather, judicial review will extend to decisions or orders that determine a party’s rights, even if the decision at issue is not the ultimate decision. It also follows from the Court of Appeal’s decision in *Morneault, supra*, that the word “matter” found in section 18.1 of the Act is not restricted to “decisions

ANALYSE

[32] À mon avis, la portée du contrôle judiciaire prévu à l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* est suffisamment large pour englober la présente situation. Selon le défendeur, le commissaire n’a d’aucune façon rendu une «décision» susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire étant donné que, par le seul effet des dispositions impératives de la Loi et des Règles, la demande de brevet a été considérée comme abandonnée et n’a pas été correctement rétablie. En réponse à un argument similaire voulant que le commissaire n’ait rendu aucune «décision» ou «ordonnance», le juge O’Reilly a conclu dans la décision *F. Hoffmann-La Roche AG*, précitée, que l’avis par lequel le commissaire avait informé le demandeur que son brevet avait expiré pour non-paiement des taxes applicables pouvait faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Je souscris à la conclusion suivant laquelle l’acte posé par le commissaire est visé par le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* en ce qu’il s’agit d’une «décision, ordonnance, procédure ou [d’un] autre acte [d’un] office fédéral».

[33] Les décisions *Larny Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 541 (1^{re} inst.) et *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.), appuient ma conclusion selon laquelle l’acte contesté dans la présente instance entre dans le champ d’application du contrôle judiciaire prévu à l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Dans la décision *Larny Holdings Ltd.*, précitée, le juge Nadon (maintenant juge à la Cour d’appel fédérale), dit ce qui suit au paragraphe 18:

Les remarques formulées par le juge Stone dans l’arrêt *Morneault*, précité [aux paragraphes 40 à 45], tout comme celles formulées par le juge Décaré dans l’arrêt *Gestion Complexe*, précité, indiquent que le contrôle judiciaire, en vertu de l’article 18 de la Loi, doit être interprété de façon englobante et libérale, donc qu’une grande gamme de procédures administratives feront partie du mandat de contrôle judiciaire de la Cour. Il est également clair que le contrôle judiciaire n’est plus limité aux décisions ou aux ordonnances dont un décideur avait été chargé selon la loi habilitante. Au lieu de cela, le contrôle judiciaire touchera les décisions ou les ordonnances qui déterminent les droits d’une partie, même si la décision en question ne constitue pas la décision finale. Il s’ensuit également, depuis la décision rendue par la Cour

or orders”, but encompasses any matter in regard to which a remedy might be available under section 18 or subsection 18.1(3).

[34] Moving now to the applicant’s argument that he was denied procedural fairness through the Commissioner’s actions, in that he had a legitimate expectation that certain procedures would be followed, I am not satisfied that the Office’s “usual practices” created a duty of the Commissioner to inform the applicant that his request for reinstatement and payment of the required fee had not been received. In my view, the Act is clear that an applicant must be held responsible for not allowing his application to become irrevocably abandoned and, as I will outline below, I am not satisfied that the Office created a legitimate expectation for the applicant that the paragraph 73(1)(c) reinstatement request had, in fact, been received.

[35] Subsection 27.1(1), paragraphs 73(1)(c) and (d) and subsection 73(3) of the Act provide that an applicant has the duty to pay maintenance fees, as may be prescribed, and sets out the procedure to be followed for abandonment and reinstatement of applications if such fees are not paid. These provisions read as follows:

27.1 (1) An applicant for a patent shall, to maintain the application in effect, pay to the Commissioner such fees, in respect of such periods, as may be prescribed.

...

73. (1) An application for a patent in Canada shall be deemed to be abandoned if the applicant does not

...

(c) pay the fees payable under section 27.1, within the time provided by the regulations;

(d) make a request for examination or pay the prescribed fee under subsection 35(1) within the time provided by the regulations;

...

d’appel dans l’arrêt *Morneault*, précité, que «*matter*» (objet de la demande ou question) que l’on retrouve à l’article 18.1 de la Loi n’est pas limité aux «décisions ou [aux] ordonnances» , mais englobe toute question pour laquelle une réparation pourrait être possible en vertu de l’article 18 ou du paragraphe 18.1(3).

[34] J’examine maintenant l’argument invoqué à l’appui de la demande selon lequel par ses actions, le commissaire a violé le droit du demandeur à l’équité procédurale étant donné que ce dernier s’attendait légitimement à ce que certaines procédures soient respectées. Je ne suis pas convaincu que les «pratiques constantes» de l’Office imposaient au commissaire l’obligation d’informer le demandeur que sa demande de rétablissement ainsi que le paiement de la taxe s’y rattachant n’avaient pas été reçus. Je suis d’avis que la Loi énonce clairement qu’un demandeur a la responsabilité de prendre les mesures qui s’imposent pour éviter l’abandon irrévocable de sa demande et, comme nous le verrons, je ne suis pas convaincu qu’une expectative légitime a été créée par l’Office de sorte que le demandeur s’attende à ce que la demande de rétablissement fondée sur l’alinéa 73(1)c) ait effectivement été reçue.

[35] Le paragraphe 27.1(1), les alinéas 73(1)c) et d) ainsi que le paragraphe 73(3) de la Loi prévoient qu’un demandeur a l’obligation de verser des taxes périodiques comme il est prévu par règlement, et ils établissent la procédure à suivre en matière d’abandon et de rétablissement dans les cas où ces taxes ne sont pas payées. Ces dispositions sont ainsi libellées:

27.1 (1) Le demandeur est tenu de payer au commissaire, afin de maintenir sa demande en état, les taxes réglementaires pour chaque période réglementaire.

[...]

73. (1) La demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet, selon le cas:

[...]

c) de payer, dans le délai réglementaire, les taxes visées à l’article 27.1;

d) de présenter la requête visée au paragraphe 35(1) ou de payer la taxe réglementaire dans le délai réglementaire;

[...]

(3) An application deemed to be abandoned under this section shall be reinstated if the applicant

(a) makes a request for reinstatement to the Commissioner within the prescribed period;

(b) takes the action that should have been taken in order to avoid the abandonment; and

(c) pays the prescribed fee before the expiration of the prescribed period.

(3) Elle peut être rétablie si le demandeur:

a) présente au commissaire, dans le délai réglementaire, une requête à cet effet;

b) prend les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon;

c) paie les taxes réglementaires avant l'expiration de la période réglementaire.

[36] Section 152 of the Rules provides as follows:

152. In order for an application deemed to be abandoned under section 73 of the Act to be reinstated, the applicant must, in respect of each failure to take an action referred to in subsection 73(1) of the Act or section 151, make a request for reinstatement to the Commissioner, take the action that should have been taken in order to avoid the deemed abandonment and pay the fee set out in item 7 of Schedule II before the expiry of the twelve-month period after the date on which the application is deemed to be abandoned as a result of that failure.

[37] The legitimate expectations doctrine has been recognized in Canada as allowing for procedural protection for applicants to be consulted or make representations, in certain circumstances. Justice Sopinka described the basis of this doctrine in *Old St. Boniface Residents Ass. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1204 as follows:

The principle developed in these cases is simply an extension of the rules of natural justice and procedural fairness. It affords a party affected by the decision of a public official an opportunity to make representations in circumstances in which there otherwise would be no such opportunity. The court supplies the omission where, based on the conduct of the public official, a party has been led to believe that his or her rights would not be affected without consultation.

[38] Further, as stated by Justice L'Heureux-Dubé in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 26:

This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into

[36] L'article 152 des Règles porte que:

152. Pour que la demande considérée comme abandonnée en application de l'article 73 de la Loi soit rétablie, le demandeur, à l'égard de chaque omission mentionnée au paragraphe 73(1) de la Loi ou visée à l'article 151, présente au commissaire une requête à cet effet, prend les mesures qui s'imposaient pour éviter la présomption d'abandon et paie la taxe prévue à l'article 7 de l'annexe II, dans les douze mois suivant la date de prise d'effet de la présomption d'abandon.

[37] Au Canada, il est reconnu qu'en vertu de la doctrine de l'expectative légitime, un demandeur bénéficie d'une protection sur le plan de la procédure selon laquelle il peut, dans certaines circonstances, se voir accorder la possibilité d'être consulté et de présenter des observations. Le juge Sopinka décrit le fondement de cette doctrine dans l'arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1204:

Le principe élaboré dans cette jurisprudence n'est que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. Il accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter.

[38] De plus, comme le déclarait la juge L'Heureux-Dubé au paragraphe 26 de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817:

Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les «circonstances» touchant l'équité procédurale

account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure. . . .

[39] Did the Commissioner, through the past practices of the Office, represent that a particular procedure would be followed in the event that an applicant's request and payment for reinstatement on one section 73 ground is received by the Office and such request and payment for reinstatement on another ground is not? In other words, did past practices of the Office, and particularly the fact that the applicant received an "Acknowledgement of Request for Examination", without further contact from the Office, lead the applicant to legitimately expect that his application had been reinstated pursuant to both grounds of abandonment?

[40] The legitimate expectations doctrine is meant to apply to situations where an applicant has been led to believe that he will have a right to make representations to, or be consulted by, a government decision-maker, prior to a particular decision. I am not persuaded that this doctrine applies to the situation where an administrative body has allegedly, in past situations, brought deficiencies in the filing process to an applicant's attention, so as to create an expectation that the Commissioner will catch each slip, even inadvertent ones, of an applicant in the reinstatement process. The Commissioner has no duty to provide notice to an applicant that an application has not been properly reinstated, when the obligation to reinstate an abandoned application, by submitting certain, prescribed materials and fees, is clearly placed on the shoulders of the applicant by the legislative scheme. If the applicant's submission as to legitimate expectations is accepted, a positive obligation would be placed on the Commissioner to inform applicants, on its own initiative, of any deficiency in the materials filed in the reinstatement process.

[41] The sending of the "Acknowledgement of Request for Examination" notice does not create a legitimate expectation that an application is fully reinstated pursuant to all grounds for which

comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures [. . .]

[39] Le commissaire, vu les pratiques passées de l'Office, a-t-il donné à penser qu'une procédure particulière serait suivie dans les cas où l'Office reçoit une demande de rétablissement visant une des omissions prévues à l'article 73 et le paiement y afférent, mais qu'il ne reçoit pas une demande de même nature visant une autre omission? Autrement dit, les pratiques antérieures de l'Office et, plus particulièrement, le fait que le demandeur ait reçu un «accusé de réception de la requête en examen» et que, par la suite, l'Office n'ait pas communiqué avec lui, ont-elles amené le demandeur à légitimement s'attendre à ce que sa demande ait été rétablie et que les deux motifs d'abandon aient été levés?

[40] La théorie de l'expectative légitime est censée s'appliquer à des situations où un demandeur a été amené à croire qu'il aura le droit de présenter des observations à un décideur administratif, ou d'être consulté par celui-ci, avant qu'une décision ne soit prise. Je ne suis pas convaincu que cette théorie s'applique dans le cas où un organisme administratif aurait, par le passé, porté à l'attention d'un demandeur des manquements à la procédure de dépôt, créant ainsi l'attente que le commissaire relève toutes les erreurs, même involontaires, commises par le demandeur dans le cadre du processus de rétablissement. Le commissaire n'a pas l'obligation d'informer un demandeur que sa demande n'a pas été correctement rétablie s'il est clair que le cadre législatif impose au demandeur l'obligation de rétablir une demande abandonnée, et ce, en soumettant, comme il est prescrit, certains documents et en versant les taxes applicables. Si la prétention du demandeur concernant les expectatives légitimes était acceptée, le commissaire se verrait imposer une obligation positive voulant qu'il informe les demandeurs, de sa propre initiative, de tout manquement concernant les documents déposés dans le cadre du processus de rétablissement.

[41] L'envoi d'un «accusé de réception de la requête en examen» ne crée pas l'expectative légitime qu'une demande est pleinement rétablie à l'égard de tous les motifs d'abandon ayant pu être invoqués en vertu du

abandonment may have occurred pursuant to subsection 73(1). This notice states that the request for examination and prescribed fee “have been received” and that examination of the application “will take place in due course”. I am not satisfied that this wording conveys any sort of reasonable expectation that an application is fully reinstated, on all grounds of abandonment, and the fact that the applicant’s representatives had in previous dealings interpreted this notice in this manner is not sufficient for a legitimate expectation to arise, in light of the clear wording of section 152 of the Rules. This Rule explicitly states that in order for an application that is deemed abandoned under section 73 of the Act to be reinstated, an applicant must, “in respect of each failure to take an action referred to in subsection 73(1) of the Act or section 151” [underlining added] make a request for reinstatement to the Commissioner and take the action that should have been taken in order to avoid the deemed abandonment.

[42] Moreover, in *F. Hoffmann-La Roche AG, supra*, the Court held that there was no duty on the Commissioner to give an applicant notice that its patent was about to lapse pursuant to subsection 46(2) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 43] of the Act, even where the applicant placed reliance on the Commissioner’s general practice of delivering notice when an initial deadline was missed. Such past practice in that case was, to quote Justice O’Reilly at paragraph 38 “not enough to create a corresponding duty on the part of the Commissioner”. In that case, the Court noted that the limited role of the Commissioner in relation to the mandatory payment of maintenance fees did not allow for acceptance of the legitimate expectations doctrine. In my view, such reasoning is applicable to the present case.

[43] The object of the annual maintenance fee provisions, as stated by the Federal Court of Appeal in *Dutch Industries Ltd., supra*, is to provide for defrayment of the costs of administering the patent regime and also to discourage the proliferation of “deadwood” patents and patent applications by requiring patentees to take steps on an annual basis to keep them in good standing. While the affidavit evidence filed in this proceeding reveals that the application in the present case was not intended to be abandoned, I am satisfied

paragraphe 73(1). L’avis indique que la demande d’examen et le paiement de la taxe réglementaire «ont été reçus» et que l’examen de la demande «aura lieu en temps opportun». Je ne suis pas convaincu que ce libellé porte une personne à légitimement s’attendre à ce que sa demande ait été rétablie et que tous les motifs d’abandon aient été levés. De plus, vu les termes clairs de l’article 152 des Règles, le fait que les représentants du demandeur aient à d’autres occasions donné une telle interprétation à cet avis ne justifie pas la création d’une attente raisonnable. L’article 152 établit explicitement que pour que la demande considérée comme abandonnée en application de l’article 73 de la Loi soit rétablie, le demandeur doit présenter au commissaire, «à l’égard de chaque omission mentionnée au paragraphe 73(1) de la Loi ou visée par l’article 151» [non souligné dans l’original], une demande de rétablissement et prendre les mesures qui s’imposaient pour éviter la présomption d’abandon.

[42] De plus, dans la décision *F. Hoffmann-La Roche AG*, précitée, la Cour a conclu que le commissaire n’avait pas l’obligation d’aviser le demandeur que son brevet serait bientôt périmé en application du paragraphe 46(2) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 43] de la Loi même si le demandeur s’était fié à la pratique générale du commissaire selon laquelle il délivre un avis lorsqu’une première échéance n’est pas respectée. Comme le dit le juge O’Reilly au paragraphe 38, l’existence dans cette affaire d’une telle pratique «n’est toutefois pas suffisant pour créer l’obligation correspondante chez le commissaire». Dans cette instance, la Cour a signalé que le rôle restreint du commissaire concernant le paiement obligatoire des taxes périodiques ne pouvait justifier l’application de la doctrine de l’expectative raisonnable. À mon avis, ce raisonnement s’applique en l’espèce.

[43] Comme l’a précisé la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Dutch Industries Ltd.*, précité, l’objet des dispositions relatives aux taxes périodiques est de couvrir les frais d’administration du régime des brevets et, aussi, de décourager la prolifération de brevets et de demandes de brevets inutiles en obligeant leurs titulaires à entreprendre, une fois par année, des démarches pour les conserver en état. Bien qu’en l’espèce la preuve par affidavit révèle que le demandeur avait l’intention de maintenir sa demande en état, je suis d’avis que les

that the maintenance fee provisions of the Act and the Rules must be interpreted strictly by the Commissioner, and also this Court, in order to ensure compliance by applicants through the timely and diligent filing of fees.

[44] It is clear that the Commissioner has no authority pursuant to the Act and the Rules to extend the deadline for payment of maintenance fees: *Pfizer Inc.*, *supra*, and *Dutch Industries Ltd.*, *supra*.

[45] The Court in *Dutch Industries Ltd.*, *supra*, recognized that the maintenance fee regime is complicated and that there is a risk of innocent error in compliance that could have “catastrophic consequences”. In that case the patent holder was given the benefit of ambiguity in statutory provisions dealing with the payment of maintenance fees on the “small entity” scale. There is no ambiguity in the enactments relating to the situation before me.

[46] The evidence is clear that the applicant’s agents took steps to satisfy the requirements for reinstatement prior to the expiry of the applicable time period. Unfortunately, it is also clear that those steps were not completed and the agents did not ensure that the requests for reinstatement on both grounds had in fact been made to the Commissioner and the necessary fees paid in accordance with section 152 of the Rules, before the expiry of the 12-month period during which reinstatement could be achieved. They chose to rely on the Commissioner’s informal practise of notifying agents that applications were not in good standing prior to the expiry of that period. As I have concluded above, the Commissioner was under no duty to provide such notice. In the circumstances, I can find no remedy for the applicant.

ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review is dismissed.

Costs to the respondent.

dispositions de la Loi et des Règles concernant les taxes périodiques doivent être interprétées strictement tant par le commissaire que par la Cour, de manière à ce que les demandeurs respectent ces dispositions et versent diligemment les taxes dans le délai imparti.

[44] Il est clair que la Loi et les Règles ne confèrent pas au commissaire la compétence voulue pour proroger les délais de paiement des taxes périodiques: *Pfizer Inc.*, précité, et *Dutch Industries Ltd.*, précité.

[45] Dans l’arrêt *Dutch Industries Ltd.*, précité, la Cour a reconnu que les dispositions législatives régissant les taxes périodiques sont complexes et qu’il existe un risque qu’une erreur commise de bonne foi ait des «conséquences catastrophiques». Dans cette affaire, l’ambiguïté des dispositions législatives régissant le paiement des taxes périodiques en fonction du barème applicable aux «petites entités» a joué en faveur du titulaire du brevet. Or, les dispositions applicables en l’espèce ne sont pas ambiguës.

[46] Il a clairement été démontré que les agents du demandeur ont pris des mesures pour se conformer, avant l’expiration du délai applicable, aux dispositions visant le rétablissement de la demande. Malheureusement, il a également été démontré que les démarches entreprises n’ont pas été poursuivies et que les agents ne se sont pas assurés qu’avant l’expiration du délai de 12 mois pendant lequel le rétablissement pouvait être effectué, le commissaire avait effectivement été saisi des demandes de rétablissement concernant les deux omissions et que les taxes applicables avaient été payées conformément à l’article 152 des Règles. Ils ont choisi de s’appuyer sur la pratique officieuse du commissaire selon laquelle il avise les agents, avant l’expiration du délai, qu’une demande n’est pas en état. Suivant la conclusion à laquelle je suis précédemment arrivé, le commissaire n’avait pas l’obligation de donner un tel avis. Dans les circonstances, je ne peux accorder réparation au demandeur.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée.

Les dépens sont adjugés au défendeur.

A-35-02
2004 FCA 66

A-35-02
2004 CAF 66

Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage
(*Appellant*)

Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien
(*appelante*)

v.

c.

Mikisew Cree First Nation and The Thebacha Road Society (*Respondents*)

Première nation crie Mikisew et la Thebacha Road Society (*intimées*)

and

et

Attorney General of Alberta (*Intervener*)

Procureur général de l'Alberta (*intervenant*)

INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW c. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Sexton and Sharlow J.J.A.—Edmonton, September 29, 2003; Ottawa, February 13, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Sexton et Sharlow, J.C.A.—Edmonton, 29 septembre 2003; Ottawa, 13 février 2004.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Minister approving construction of winter road through National Park — Mikisew Cree First Nation, descendants of Treaty 8 signatories, objecting for fear of habitat fragmentation, death of wildlife they trap, hunt — Purpose of Treaty 8 — Treaty provided tracts could be “taken up” for certain purposes — Wood Buffalo National Park, established in 1922, occupies 5% of Treaty 8 area — Nature, purpose of winter road explained — Wood Buffalo National Park Game Regulations prohibiting firearms use within 200-metre-wide road corridor — Parks Canada apologized for lack of consultation regarding project — F.C.T.D. Judge holding Treaty 8 rights infringed for inadequate consultation — Majority of F.C.A. allowing Heritage Minister’s appeal — Creation of Park not a “taking up” — Treaty right to hunt not abrogated by statute — In dissent, Sharlow J.A. failed to determine whether road approval was “taking up” — Decision did not have to be justified under test in R. v. Sparrow since road approval a “taking up” — That issue not relied on by Minister in F.C.A. but raised by intervener, Attorney General of Alberta — Appropriate intervener assist Court by useful submissions different from those of parties — Use of land as winter access road, prohibiting firearm use was “visible, incompatible land use” with hunting — Express limitations in Treaty 8 not exhaustive — Purposes mentioned imply access, transportation — Road construction implied — “Taking up” of land for purpose implied by Treaty 8 not prima facie constitutional infringement — What s. 35 protects is right to hunt on land not required for settlement, other purposes — Court bound by analysis of Cory J. in R. v. Badger.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — La ministre avait approuvé la construction d’une route d’hiver à travers un parc national — La Première nation crie Mikisew, dont les membres sont les descendants des signataires du Traité n° 8, s’y était opposée parce qu’elle craignait la fragmentation de l’habitat et la mort des animaux que les membres piégeaient et chassaient — Objet du Traité n° 8 — Le Traité prévoyait que des terrains pouvaient être «pris» à certaines fins — Le parc national Wood Buffalo, créé en 1922, occupe 5 p. 100 du secteur visé par le Traité n° 8 — Nature et but de la route d’hiver — Le Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffer interdit l’utilisation d’armes à feu dans un corridor routier de 200 mètres de largeur — Parcs Canada s’est excusé de l’absence de consultation au sujet du projet — La juge de la C.F. 1^{re} inst. a statué qu’on avait porté atteinte aux droits issus du Traité n° 8 du fait de la consultation inadéquate — La majorité de la C.A.F. a accueilli l’appel interjeté par la ministre du Patrimoine — La création du parc ne constitue pas une «prise» — Le droit de chasse reconnu par le Traité n’a pas été aboli par la loi — En dissidence, la juge Sharlow n’a pas décidé si l’approbation de la route constituait une «prise» — La décision n’avait pas à être justifiée selon le critère énoncé dans R. c. Sparrow étant donné que l’approbation de la route constituait une «prise» — La ministre ne s’était pas fondée sur cette question devant la C.A.F., mais celle-ci avait été soulevée par l’intervenant, le procureur général de l’Alberta — Un bon intervenant aide la Cour au moyen d’observations utiles différentes de celles des parties — L’utilisation des terres comme route d’accès hivernale et l’interdiction concernant l’utilisation d’armes à feu constituent une «utilisation des terres visible incompatible» avec la chasse

Native Peoples — Lands — Heritage Minister approving construction of winter road through Wood Buffalo National Park under authority of Canada National Parks Act, s. 8 — Mikisew Cree, descendants of Treaty 8 signatories, opposed for fear road having negative impact on hunting, trapping — Park entirely within Treaty 8 area, occupying 5% thereof — No hunting allowed in 200-metre-wide road corridor — Minister proceeding without Indians' consent — Parks Canada apologized for want of consultation — Creation of Park not a "taking up" under Treaty 8 — But road approval was a "taking up" — As held by S.C.C. in R. v. Badger, use of land as road, firearm use prohibition "visible, incompatible land use" with hunting — Purposes expressly mentioned in Treaty 8 imply access, transportation and therefore road construction — Land may be "taken up" under Treaty 8 for road — Constitution Act, 1982, s. 35 (Aboriginal and treaty rights) protecting only right to hunt on land not required for settlement, other purposes.

Environment — Government approving construction of winter road in Wood Buffalo National Park over Indians' objections — Cree trappers fearing road could fragment habitat, cause death of wildlife due to collision with motor vehicles — Independent environmental assessment concluding some habitat fragmentation likely — Proposed road realigned after biophysical resource assessment, field inspection — Government satisfied proponent's mitigation measures adequate to prevent adverse environmental effects — Per Sharlow J.A. (dissenting): while mitigation measures may prove adequate, Court should not speculate on adequacy as process fundamentally flawed.

This was an appeal from a Trial Division judgment, setting aside the Minister's decision to approve construction of a

— Les restrictions expresses énoncées dans le Traité n° 8 ne sont pas exhaustives — Les fins mentionnées comportent implicitement l'accès et le transport — La construction de la route était implicite — La «prise» des terres aux fins implicites prévues par le Traité n° 8 ne constitue pas une atteinte constitutionnelle prima facie — L'art. 35 protège le droit de chasser sur les terres qui ne sont pas nécessaires aux fins de colonisation et à d'autres fins — La Cour était liée par l'analyse du juge Cory dans R. c. Badger.

Peuples autochtones — Terres — La ministre du Patrimoine avait approuvé la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo en vertu de l'art. 8 de la Loi sur les parcs nationaux du Canada — Les Cris Mikisew, qui sont descendants des signataires du Traité n° 8, s'opposaient à la route parce qu'ils craignaient que la route ait des effets défavorables sur la chasse et le piégeage — Le parc est entièrement situé dans le secteur visé par le Traité n° 8 et occupe 5 p. 100 de ce secteur — La chasse est prohibée dans un corridor routier de 200 mètres de largeur — La ministre est allée de l'avant sans obtenir le consentement des Indiens — Parcs Canada s'est excusé pour l'absence de consultation — La création d'un parc ne constitue pas une «prise» au sens du Traité n° 8 — Cependant, l'approbation de la route constituait une «prise» — Comme l'a statué la C.S.C. dans R. c. Badger, l'utilisation des terres en tant que route et l'interdiction d'utiliser des armes à feu constituent une «utilisation des terres visible incompatible» avec la chasse — Les fins expressément mentionnées dans le Traité n° 8 comprennent implicitement l'accès et le transport et, par conséquent, la construction de la route — Les terres peuvent être «prises» pour la route en vertu du Traité n° 8 — L'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 (droits ancestraux et issus de traités) protège uniquement le droit de chasser sur les terres qui ne sont pas nécessaires aux fins de colonisation et à d'autres fins.

Environnement — Le gouvernement avait approuvé la construction d'une route d'hiver dans le parc national Wood Buffalo malgré les objections des Indiens — Les trappeurs cris craignaient que la route ne fragmente l'habitat et ne cause la mort d'animaux par suite de collisions avec des véhicules — À la suite d'une évaluation environnementale indépendante, on a conclu qu'une certaine fragmentation de l'habitat était probable — Le tracé de la route proposée a été modifié à la suite d'une évaluation des ressources biophysiques et d'une inspection sur le terrain — Le gouvernement était convaincu que les mesures d'atténuation qui devaient être prises par le promoteur étaient adéquates pour empêcher des effets environnementaux préjudiciables — La juge Sharlow (dissidente): les mesures d'atténuation pouvaient s'avérer adéquates, mais la Cour ne devrait pas faire de conjectures au sujet du caractère adéquat des mesures élaborées en raison d'un processus fondamentalement vicié.

Il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Section de première instance annulant la décision de la ministre

winter road through Wood Buffalo National Park. Statutory authority for the decision was provided by section 8 of the *Canada National Parks Act*.

Respondent, Mikisew Cree First Nation, is an Indian Band and its members are descendants of the Cree Indians of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 in 1899. That Treaty indicated Her Majesty's desire to open an Indian territory for settlement, immigration, trade, travel, mining and lumbering and was intended to ensure peace and good will between Her Indian and other subjects. It was also intended to assure the Indians "of what allowances they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence". While yielding all title to the lands, the Indians would be allowed to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing, subject to any regulations which might, from time to time, be made by the Government and "saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes".

The tract covered by Treaty 8 is an immense area in what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories. Wood Buffalo National Park was established in 1922. It is partly in Alberta and partly in the Northwest Territories and is entirely within the Treaty 8 area, occupying about 5% of that area. The Peace Point Reserve for the respondent First Nation is located within the Park.

The respondent, the Thebacha Road Society, a non-profit organization, the members of which include the town of Fort Smith, the Fort Smith Métis Council, Salt River First Nation and Little Red River Cree First is a proponent of a winter road through the Park each year, constructed of snow, compacted and watered to create an ice base. While the road would disappear each spring, the right of way for a winter road would endure so long as it is kept clear of trees and bushes. The proposed road would be 118 kilometres in length, joining a Little Red River Cree settlement within the Park with Alberta's highway system. For the most part, it would follow the route of an abandoned former winter road which has not been in use since 1960. Under *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, subsection 36(5), establishment of this road would create a 200-metre-wide corridor wherein firearms use would be prohibited. Mikisew Cree trappers fear that the road might fragment habitat, allow for increased poaching and bring about the death of wildlife due to collisions with motor vehicles. An environmental assessment report, prepared by an independent agency according to Parks Canada terms of

d'approuver la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo. Le pouvoir législatif de prendre la décision était prévu à l'article 8 de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*.

L'intimée, la Première nation crie Mikisew, est une bande indienne; dont les membres sont descendants des Indiens cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n° 8 en 1899. Le Traité indiquait le désir de Sa Majesté d'ouvrir un territoire indien à la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux opérations minières et forestières et il était destiné à assurer la paix et la bonne harmonie entre les Indiens et les autres sujets. Il était également destiné à assurer que les Indiens puissent connaître et savoir avec certitude «quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de Sa Majesté». Tout en cédant tous leurs titres relatifs aux terres, les Indiens avaient le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de chasse, de piégeage et de pêche sous réserve des règlements faits de temps à autre par le gouvernement et «sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets».

L'étendue de terre dont il est fait mention dans le Traité n° 8 est un secteur immense situé dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et le sud des Territoires du Nord-Ouest. Le parc national Wood Buffalo a été créé en 1922. Il est situé en partie en Alberta et en partie dans les Territoires du Nord-Ouest; il est entièrement situé dans le secteur visé par le Traité n° 8 et occupe environ 5 p. 100 de ce secteur. La réserve de Peace Point destinée à la Première nation intimée est située dans les limites du parc.

La Thebacha Road Society, intimée, organisme sans but lucratif dont les membres comprennent la ville de Fort Smith, le conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River est la promotrice d'une route d'hiver passant dans le parc, construite chaque année à l'aide de neige tassée et arrosée pour créer une base en glace. La route disparaîtrait au printemps, mais le droit de passage pour une route d'hiver serait permanent, dans la mesure où elle demeure libre d'arbres et de broussailles. La route d'hiver proposée aurait 118 kilomètres de long et relierait un peuplement de la Première nation crie de Little Red River qui est situé dans le parc au réseau routier de l'Alberta. Presque tout le tracé de la route d'hiver proposée suivrait un droit de passage abandonné pour une route d'hiver qui avait uniquement été utilisée jusqu'en 1960. Par application du paragraphe 36(5) du *Règlement sur le gibier du Parc national de Wood-Buffalo*, l'aménagement de cette route aurait pour effet de créer un corridor routier de 200 mètres de largeur à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Certains trappeurs membres de la Première nation crie Mikisew craignent que la

reference, confirmed that the road would likely result in some habitat fragmentation.

The Mikisew Cree First Nation eventually advised that it would not consent to construction of this road through its Peace Point Reserve, identifying not only the trappers' concerns but also unresolved issues as to its role in Park Management—the subject of litigation. At a meeting with the Thebacha Road Society representatives, the Chief expressed the Band's frustration by the manner in which Parks Canada had been handling the process. It was at this meeting that the First Nation learned that road construction was imminent.

Following a field inspection and biophysical resource assessment, the route of the proposed road was realigned so as to avoid the Peace Point Reserve but the First Nation was neither advised of nor consulted with regarding the realignment. Parks Canada apologized to the First Nation peoples "for the way in which the consultation process unfolded" but announced on its website that the project would proceed as it was satisfied that the Thebacha Road Society's mitigation measures were adequate to prevent adverse environmental effects. The Crown entered into an agreement with the Society for the construction and operation of the road. A judicial review application challenging the Minister's decision was brought by the Canadian Parks and Wilderness Society but the Trial Division's denial of that application was affirmed by the Federal Court of Appeal.

The First Nation also filed for judicial review, raising grounds additional to those in the other proceeding and was successful in the Trial Division, the Judge concluding that Treaty 8 Rights had been infringed due to inadequate consultation.

Held (Sharlow J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Rothstein J.A. (Sexton J.A. concurring): As found by Sharlow J.A. the creation of Wood Buffalo National Park did not constitute a "taking up" within the meaning of Treaty 8 and the Indians' treaty right to hunt has not been abrogated by statute. She did not, however, determine whether approval of the winter road was a "taking up". But she found that even if

route entraîne la fragmentation de l'habitat et qu'elle augmente le braconnage et le nombre d'animaux tués par suite de collisions avec des véhicules. Un rapport d'évaluation environnementale, dressé par une entreprise indépendante conformément au cadre de référence de Parcs Canada, confirmait que la route entraînerait probablement une certaine fragmentation de l'habitat.

La Première nation crie Mikisew a finalement fait savoir qu'elle ne consentait pas à ce que la route soit construite à travers la réserve de Peace Point, mentionnant les craintes des trappeurs ainsi que les problèmes non résolus concernant son rôle dans la gestion du parc, l'objet du litige. Lors d'une rencontre avec les représentants de la Thebacha Road Society, le chef a expliqué que la façon dont Parcs Canada avait traité le processus frustrait la bande. C'est lors de cette rencontre que la Première nation a appris que les travaux de construction devaient commencer sous peu.

À la suite d'une inspection sur le terrain, et d'une évaluation des ressources biophysiques, le tracé de la route proposée a été modifié de façon à éviter la réserve de Peace Point mais on n'a jamais informé la Première nation au sujet du nouveau tracé et on ne l'a pas consultée sur ce point. Parcs Canada s'est excusé auprès des membres de la Première nation «pour la façon dont s'est déroulé le processus de consultation» mais il annonçait dans son site Web que le projet irait de l'avant étant donné qu'il était convaincu que les mesures d'atténuation prévues par la Thebacha Road Society étaient adéquates pour empêcher des effets négatifs sur l'environnement. La Couronne a conclu une entente relative à la construction et à l'exploitation de la route avec la Thebacha Road Society. La Société de la protection des parcs et des sites naturels du Canada a déposé une demande de contrôle judiciaire dans laquelle elle contestait la décision de la ministre, mais la demande a été rejetée par la Section de première instance et le rejet a été confirmé par la Cour d'appel fédérale.

La Première nation a également présenté une demande de contrôle judiciaire, en invoquant d'autres motifs, en plus de ceux qui étaient invoqués dans l'autre instance; elle a eu gain de cause en première instance, la juge concluant qu'on avait porté atteinte aux droits reconnus par le Traité n° 8 parce qu'aucune consultation adéquate n'avait eu lieu.

Arrêt (la juge Sharlow, J.C.A. étant dissidente): l'appel est accueilli.

Le juge Rothstein, J.C.A. (le juge Sexton, J.C.A. souscrivant à ses motifs): Comme l'a conclu la juge Sharlow J.C.A., la création du parc national Wood Buffalo ne constituait pas une «prise» au sens du Traité n° 8 et le droit de chasse des Indiens issu d'un traité n'a pas été aboli par une loi. Toutefois, la juge n'a pas décidé si l'approbation de la route d'hiver constituait

it was, such a “taking up” could amount to a *prima facie* infringement of Treaty 8 hunting rights and would have to be justified according to the test in *R. v. Sparrow*. That opinion could not be concurred with. There was no necessity to apply the *Sparrow* analysis since the road approval did constitute a “taking up”.

Upon this appeal, the issue whether the approval amounted to a “taking up” was raised by the intervener, Attorney General of Alberta. The Minister did not rely on this issue. But the Attorney General’s position did not go against this Court’s conclusion in *Batchewana Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, that “an intervenor in an appellate court must take the case as she finds it and cannot, to the prejudice of the parties, argue new issues which require the production of fresh evidence”. Alberta’s position was that the road approval did not infringe treaty rights since taking up land for use as a road was a geographical limitation of the treaty right to hunt and trap as was provided for in the treaty. That submission fell squarely within the scope of Alberta’s permitted intervention. The question of whether the road approval constituted a treaty infringement was still a live issue. It had been raised by the Minister in the Trial Division. Accordingly Alberta was entitled to make submissions on appeal, bearing in mind that the purpose of an intervention is to present to the Court submissions which are useful and different from the perspective of a non-party. Nor was the Minister’s position inconsistent with that of Alberta.

Applying what was said by Cory J. in *R. v. Badger*, putting land to use as a winter access road and prohibiting firearm use within 200 metres thereof is “visible, incompatible land use” with hunting on the land. While road construction is not one of the express geographic limitations mentioned in Treaty 8, the express limitations are not exhaustive. The purposes expressly mentioned necessarily imply access and transportation. This in turn implies road construction. A road therefore is another purpose for which land may be “taken up” under Treaty 8. The approval of the road therefore constituted a “taking up” within the meaning of Treaty 8.

The next question was whether the taking up of land could constitute a *prima facie* constitutional infringement. In considering Treaty 8 in context, Cory J. concluded that the Indians “understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting, when it was put to a visible

une «prise». Elle a conclu que même si c’était le cas, cette «prise» pouvait néanmoins constituer une atteinte *prima facie* aux droits de chasse issus du Traité n° 8, laquelle devait être justifiée conformément au critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Sparrow*. Il était impossible de souscrire à cet avis. Il n’était pas nécessaire d’appliquer l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow* étant donné que l’approbation de la route constituait une «prise».

En appel, la question de savoir si l’approbation constituait une «prise» a été soulevée par l’intervenant, le procureur général de l’Alberta. La ministre ne se fondait pas sur cette question. Mais la position prise par le procureur général n’allait pas à l’encontre de la conclusion tirée par cette Cour dans l’arrêt *Bande indienne de Batchewana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, à savoir qu’«une intervenante devant une cour d’appel doit accepter l’affaire telle qu’elle la trouve et ne saurait, au préjudice des parties, débattre de nouveaux points litigieux qui exigent l’introduction de nouveaux éléments de preuve». La position de l’Alberta était que l’approbation de la route ne constituait pas une atteinte aux droits issus d’un traité parce que la prise de terres aux fins de leur utilisation comme route constituait une limitation territoriale du droit de chasser et de piéger issu d’un traité, laquelle était prévue dans le traité. Cet argument s’inscrivait clairement dans le cadre de l’intervention permise de l’Alberta. La question de savoir si l’approbation de la route constituait une atteinte au traité se posait encore. Cet argument avait été invoqué par la ministre devant la Section de première instance. Par conséquent, l’Alberta pouvait à bon droit présenter des arguments en appel, compte tenu du fait qu’une intervention vise à saisir la Cour d’allégations utiles et différentes du point de vue d’un tiers. La position prise par la ministre n’était pas non plus incompatible avec celle de l’Alberta.

Si on applique les remarques faites par le juge Cory dans l’arrêt *R. c. Badger*, le fait d’utiliser les terres comme route d’accès hivernale, dans les 200 mètres de laquelle l’utilisation d’armes à feu est prohibée, est «visiblement incompatible» avec la chasse sur ces terres. La construction de routes ne constitue pas l’une des limitations territoriales expresses mentionnées dans le Traité n° 8, mais les limitations expresses ne sont pas exhaustives. Les fins expresses mentionnées impliquent nécessairement l’accès et le transport, ce qui de son côté, laisse entendre que des routes doivent être construites. Une route constitue donc une autre fin pour laquelle les terres peuvent être «prises» en vertu du Traité n° 8. L’approbation de la route constituait donc une «prise» au sens du Traité n° 8.

La question suivante était de savoir si la prise de terres pouvait constituer une atteinte constitutionnelle *prima facie*. Après avoir examiné le contexte dans lequel le Traité n° 8 avait été signé, le juge Cory a conclu que les Indiens «comprenaient que des terres seraient prises et occupées d’une manière qui les

use that was incompatible with hunting”. Unless the Crown has taken up land in bad faith or taken so much that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose expressly or necessarily implied in the treaty does not infringe a treaty right. It is the right to hunt on land not required for settlement or other purposes that was given constitutional protection by *Constitution Act, 1982*, section 35. This Court was bound by the analysis of Cory J. in *Badger*, which was directly applicable to the facts herein.

Per Sharlow J.A. (dissenting): Alberta first raised a procedural point, arguing that, pursuant to *Federal Court Act*, section 57, it should have been given notice of a constitutional question in the Federal Court Trial Division. Such notice was not required. Whether a section 57 notice is required depends upon the nature of the remedy sought in the particular case. There is no necessity for such notice where the remedy sought is other than a judgment that a statute or regulation is invalid, inapplicable or inoperable on constitutional grounds. The Mikisew Cree Nation merely argued that their treaty rights had been infringed by the manner in which the Minister exercised her discretion. That argument did not call for a decision as to the constitutional validity, applicability or operability of legislation. No section 57 notice was required.

The Minister’s argument, that the land now comprising Wood Buffalo National Park was “taken up” by the Crown when it was established, thereby placing it outside the geographical limitations of Treaty 8, was not accepted. As was held by the Judge below, use of the land as a Park was not visible and incompatible with Treaty 8 hunting rights. The leading authority on “taking up” is the opinion of Cory J. in *R. v. Badger* and it was considered at length.

The Minister suggested that section 2 of the *Regulations Respecting Game in Dominion Parks*, enacted in 1919, and which prohibited the harassment, pursuit and killing of any game within a Dominion Park, applied immediately to Wood Buffalo National Park and was necessarily inconsistent with the continuance of the treaty right to hunt. Regulation 2 notwithstanding, there was no evidence that a total prohibition on hunting was ever enforced in Wood Buffalo National Park against Aboriginal people entitled to the benefit of Treaty 8. The Minister conceded that those with Aboriginal treaty rights

empêcheraient d’y chasser, lorsqu’elles feraient l’objet d’une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse». À l’exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu’il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément ou implicitement prévu par le traité ne constitue pas une atteinte à un droit issu du traité. C’est le droit de chasse sur les terres qui ne sont pas nécessaires pour la colonisation ou d’autres objets qui a été protégé par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette Cour était liée par l’analyse effectuée par le juge Cory dans l’arrêt *Badger*, laquelle s’appliquait directement aux faits de l’affaire.

La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente): l’Alberta a d’abord soulevé un point de procédure en soutenant que, conformément à l’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, elle aurait dû recevoir un avis de question constitutionnelle devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Pareil avis n’était pas nécessaire. C’est la nature de la réparation demandée dans un cas particulier qui permettra de décider s’il faut donner un avis en vertu de l’article 57. Il n’est pas nécessaire de signifier pareil avis dans un cas où la réparation demandée est autre chose qu’un jugement portant qu’une loi ou un règlement est invalide, inapplicable ou sans effet sur le plan constitutionnel. La Première nation crie Mikisew a simplement soutenu que la façon dont la ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire portait atteinte à ses droits issus d’un traité. Cet argument n’exigeait pas qu’une décision soit rendue au sujet de la validité, de l’applicabilité ou de l’effet de la législation sur le plan constitutionnel. Aucun avis de question constitutionnelle n’était nécessaire en vertu de l’article 57.

L’argument de la ministre, à savoir que les terres dont est maintenant composé le parc national Wood Buffalo ont été «prises» par la Couronne lorsque le parc a été établi, de sorte qu’elles ne sont plus situées dans les limites territoriales du Traité n° 8, n’a pas été retenu. Comme la juge de première instance l’a statué, l’utilisation des terres comme parc ne constituait pas une utilisation visible et incompatible avec le maintien des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. Le jugement qui fait autorité en ce qui concerne la question de la «prise» a été rendu par le juge Cory dans l’affaire *R. c. Badger*, et il a été examiné à fond.

La ministre a soutenu que l’article 2 des *Regulations Respecting Game in Dominion Parks*, adopté en 1919, et qui interdisait de harceler, de poursuivre ou d’abattre du gibier dans un parc du Dominion, s’appliquait immédiatement au parc national Wood Buffalo et il était nécessairement incompatible avec le maintien du droit de chasse issu d’un traité. Malgré l’article 2 du Règlement, il n’a pas été prouvé qu’une interdiction totale de chasser a été appliquée, dans le parc national Wood Buffalo, à l’encontre des peuples autochtones qui avaient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8. La

who had habitually hunted and trapped in the area of the Park were allowed to continue to do so. The 1984 Wood Buffalo National Park Management Plan acknowledged that the original intent—that the Park be free of hunting and trapping—was never achieved, treaty status Indians having been permitted to continue hunting and trapping, subject to closed seasons and regulations. Having permitted hunting in the Park throughout its history, the Minister could not now contend that use as a park was visibly incompatible with the continued existence of Treaty 8 hunting rights.

The Minister's next argument was that the Park is "occupied Crown land" to which Treaty 8 Indians have no right of access for hunting or trapping. This argument was based on *Natural Resources Transfer Agreement*, paragraph 12 which provides that provincial laws respecting game apply to Indians but the Province assures their right of hunting, trapping and fishing at all seasons on unoccupied Crown lands. Since this argument was not raised in the Trial Division, it was rejected with little discussion.

Nor had Treaty 8 hunting rights within the Park been abolished by statute. Having already found that there was nothing about establishment of the Park that was incompatible with the exercise of Treaty 8 hunting rights, it could not be accepted, in the words of Mahoney J. in *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indians Affairs and Northern Development*, that the "necessary effect" of the legislation creating Wood Buffalo National Park on governing its administration was to extinguish the hunting rights in Treaty 8, or that the legislation was inconsistent with the continuation of those rights. The Trial Division Judge correctly concluded that the hunting rights guaranteed in Treaty 8 subsisted in the Park, subject to applicable regulations.

Alberta's argument, that a "taking up" of land is contemplated by Treaty 8 and cannot be even a *prima facie* infringement within the *Sparrow* analysis so that no justification is required and the Minister had no duty to consult with the First Nation prior to approving construction of the road, was not sound. But even if it did have merit, it should not determine the outcome of this appeal. The argument, based on a literal approach, was that because Treaty 8 conferred the right to "take up", the Crown had no duty to consult, negotiate or even give advance notice to the First Nation. A similar argument was rejected in *Halfway River First Nation v. British*

ministre a concédé que les Autochtones possédant des droits issus de traités qui avaient habituellement pratiqué la chasse et le piégeage dans le secteur du parc étaient autorisés à continuer à le faire. Le plan de gestion du parc national Wood Buffalo de 1984 reconnaissait qu'on n'avait jamais donné suite à l'intention initiale—de ne pas permettre la chasse et le piégeage dans le parc—les Autochtones visés par un traité ayant été autorisés à continuer à pratiquer la chasse et le piégeage, sauf pendant certaines périodes et sous réserve des règlements. La ministre, qui avait toujours permis la chasse dans le parc, ne pouvait pas maintenant soutenir que l'utilisation en tant que parc était visiblement incompatible avec le maintien des droits de chasse reconnus par le Traité n° 8.

La ministre a ensuite soutenu que le parc était constitué de «terres occupées de la Couronne», auxquelles les Indiens visés par le Traité n° 8 n'avaient aucun droit d'accès aux fins de la chasse ou du piégeage. Cet argument était fondé sur le paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, qui prévoit que les lois provinciales relatives au gibier s'appliquent aux Indiens mais que la province leur assure le droit de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson en toute saison de l'année sur les terres innocupées de la Couronne. Étant donné que cet argument n'a pas été invoqué devant la Section de première instance, il a été rejeté sans être examiné.

Les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 à l'intérieur du parc n'ont pas non plus été abolis par la loi. Puisqu'il avait déjà été conclu que l'établissement du parc ne comportait rien qui soit incompatible avec l'exercice des droits de chasse garantis par le Traité n° 8, on ne pouvait reconnaître que l'«effet nécessaire», pour reprendre les termes employés par le juge Mahoney dans l'arrêt *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, de la législation créant le parc national Wood Buffalo ou régissant l'administration du parc était d'éteindre les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8, ou que la législation n'était pas compatible avec le maintien de ces droits. La juge de la Section de première instance a eu raison de conclure que les droits de chasse garantis par le Traité n° 8 subsistaient dans le parc, sous réserve des règlements applicables.

L'argument invoqué par l'Alberta, à savoir qu'une «prise» de terres est prévue par le Traité n° 8 et ne peut même pas constituer une atteinte *prima facie* au sens de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Sparrow*, de sorte qu'aucune justification n'est nécessaire et que la ministre n'était pas tenue de consulter la Première nation avant d'approuver la construction de la route, n'était pas sensé; même s'il était fondé, il ne devait pas être déterminant pour ce qui est du résultat du présent appel. L'argument, fondé sur une approche textuelle, était qu'étant donné que le Traité no 8 conférait le droit à la «prise» de terres, la Couronne n'était pas tenue de consulter la

Columbia (Ministry of Forests). The Minister has always been aware of the “taking up” argument now propounded by Alberta—in the Court below counsel for the Minister mentioned it “as an aside”—and it would be wrong for this Court to affirm the Minister’s decision on a ground upon which she chose not to rely.

As to whether the Judge below erred in finding a *prima facie* infringement, in view of the opinion of Lamer C.J. in *R. v. Gladstone, Sparrow* could not be taken as authority for the proposition that a finding of *prima facie* infringement is wrong in law unless it is preceded by an express consideration of each of the three *Sparrow* questions. In the context herein, the question was whether the decision to construct the winter road would result in a meaningful limitation of the First Nation’s rights to hunt and trap within the boundaries of Wood Buffalo National Park. The Judge was aware of the relevant facts: size of the Park and of the road and corridor within which firearms would be prohibited, probable impact on wildlife, location of road in relation to the First Nation’s reserve, traplines and hunting grounds and the role of these activities in the life of the Mikisew Cree. The Judge did not err in any of her findings of fact from which she concluded that construction of the road would have an adverse effect on hunting and trapping sufficient to meet the *prima facie* infringement test. There was no valid reason for interfering with that conclusion even though the Judge did not address the *Sparrow* questions expressly. While the Park is large and the corridor is small by comparison, the fact was that the Indians’ preferred method of hunting and trapping, was integrally linked to the very place where the road is to be built.

The next question was whether the Treaty 8 infringement was justifiable. The first branch of the justification analysis involves the objective of the legislation or government action resulting in the *prima facie* infringement. As explained in *Sparrow*, an objective of preserving subsection 35(1) rights by natural resource management would be valid as would the prevention of the exercise of these rights in a way that would harm the general population or the native peoples themselves. Thus, it may be necessary to balance Aboriginal rights with those of others. Still, in *Sparrow*, a cautious approach was taken to that possibility, and the suggestion that the “public interest” could justify breach of an Aboriginal right was rejected. “Public interest” was seen as being so vague as to furnish no meaningful guidance for justifying a limitation of

Première nation, de négocier avec elle ou même de lui donner un préavis. Un argument similaire avait été rejeté dans l’arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*. La ministre a toujours été au courant de l’argument fondé sur la «prise» maintenant avancé par l’Alberta—en première instance, l’avocat de la ministre avait mentionné qu’il s’agissait d’un argument «accessoire»—mais il serait erroné pour la Cour de confirmer la décision de la ministre pour un moyen que cette dernière a décidé de ne pas invoquer.

Quant à la question de savoir si la juge de première instance a commis une erreur en concluant à une atteinte *prima facie*, compte tenu de l’avis exprimé par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Gladstone*, l’arrêt *Sparrow* ne pouvait servir d’appui à la thèse voulant qu’une conclusion selon laquelle il y a atteinte *prima facie* est erronée en droit à moins d’être précédée d’un examen exprès de chacune des trois questions énoncées dans l’arrêt *Sparrow*. Dans le contexte de la présente espèce, le point à examiner était de savoir si la décision de construire la route d’hiver imposerait une restriction réelle au droit de la Première nation de pratiquer la chasse et le piégeage dans les limites du parc national Wood Buffalo. La juge était au courant des faits pertinents: la superficie du parc, l’étendue de la route et du corridor dans lequel les armes à feu seraient prohibées, les répercussions probables de la route sur la faune, l’emplacement de la route par rapport aux terres de la réserve de la Première nation ainsi que par rapport aux réseaux de piégeage et aux zones de chasse, et le rôle de ces activités dans la vie des Cris Mikisew. La juge n’a commis aucune erreur dans les conclusions de fait qu’elle a tirées, selon lesquelles la construction de la route aurait sur la chasse et le piégeage un effet préjudiciable suffisant pour satisfaire au critère de l’atteinte *prima facie*. Il n’existait aucun fondement valable permettant de modifier cette conclusion, même si la juge n’a pas examiné les questions mentionnées dans l’arrêt *Sparrow*. Le parc est étendu et le corridor est comparativement petit, mais le moyen préféré de chasser et de piéger des Indiens était intégralement lié à l’emplacement même où la route devait être construite.

L’étape suivante consistait à décider si la violation du Traité n° 8 était justifiable. Le premier volet de l’analyse relative à la justification se rapporte à l’objectif de la législation ou de la mesure gouvernementale causant l’atteinte *prima facie*. Comme on l’a expliqué dans l’arrêt *Sparrow*, l’objectif de préserver, par la gestion d’une ressource naturelle, des droits visés au paragraphe 35(1) serait régulier, comme le serait le fait d’empêcher l’exercice de ces droits lorsque cet exercice nuirait à l’ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes. Il peut donc être nécessaire d’établir un équilibre entre les droits des Autochtones et les droits des autres peuples. Toutefois, dans l’arrêt *Sparrow*, une approche prudente a été adoptée au sujet de cette possibilité, et l’on a rejeté l’argument selon lequel l’«intérêt public» pourrait justifier la violation

constitutional rights. Enhancement of the social and economic interests of people residing at Fort Smith and at other places near the Park was insufficiently compelling to override the First Nation's constitutionally protected right to hunt in the Park. In justifying a *prima facie* infringement, an objective could not be pressing and substantial unless it relates in some way to the long-term enhancement or preservation of the Aboriginal right infringed or is overwhelmingly in the interests of the entire population. The winter road failed to meet either test.

As to the second branch of the justification test, the Crown's obligation as fiduciary, its discharge required, at the least, meaningful consultation prior to making a decision that would infringe an Aboriginal right. The consultation has to be "in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue". The Judge's conclusion, that the Crown had failed to demonstrate that a meaningful First Nations consultation had taken place, was agreed with. This was inconsistent with the honour of the Crown as fiduciary.

While it was true that the First Nation failed to avail itself of the opportunity of commenting on the road project in the environmental assessment context and also that, as suggested by counsel for the Minister, multi-purpose consultations are a possibility, there must be evidence that treaty rights were on the table, understood and addressed. The Minister failed even to respond to the First Nation's attempts to place its treaty rights on the table. The conduct of responsible Crown officials herein indicated a complete disregard for the concerns of the Mikisew Cree First Nation regarding the breach of their Treaty 8 rights.

Finally, while it was true that attempts at mitigation which may prove sufficient are to be taken, the Court should not speculate upon the adequacy of the mitigation measures when the process was fundamentally flawed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, s. 8.
Constitution Act, 1930, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule

d'un droit reconnu aux Autochtones. L'«intérêt public» était considéré comme si vague qu'il ne fournissait aucune ligne directrice utile pour décider si une restriction imposée à des droits constitutionnels était justifiée. Le fait de favoriser les intérêts économiques et sociaux des gens vivant à Fort Smith et ailleurs près du parc n'était pas suffisamment impérieux pour l'emporter sur le droit protégé par la Constitution autorisant la Première nation à chasser dans le parc. Pour justifier l'atteinte *prima facie*, l'objectif visé ne pouvait pas être pressant et important à moins de se rapporter d'une façon ou d'une autre à l'amélioration ou à la préservation à long terme du droit ancestral auquel il était porté atteinte ou à moins de favoriser énormément l'intérêt de l'ensemble de la population. L'approbation de la route d'hiver ne satisfaisait pas à l'un ou l'autre critère.

Quant au deuxième volet du critère relatif à la justification, l'obligation de la Couronne en sa qualité de fiduciaire exigeait, au moins, une consultation réelle avant la prise d'une décision portant atteinte à un droit ancestral. La consultation doit être «menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu». La Cour a souscrit à la conclusion de la juge, à savoir que la Couronne n'avait pas démontré que la Première nation avait été consultée comme il se doit. Cela était incompatible avec l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire.

Il est vrai que la Première nation ne s'est pas prévalu de la possibilité de faire des remarques au sujet de la route d'hiver proposée dans le contexte de l'évaluation environnementale et que, comme l'a soutenu l'avocat de la ministre, les consultations à multiples fins sont possibles, mais il doit être évident que des droits issus d'un traité sont en cause, qu'ils sont compris et qu'ils sont examinés. La ministre n'a même pas répondu aux tentatives que la Première nation avait faites pour invoquer ses droits issus d'un traité. La conduite des représentants responsables de la Couronne indiquait qu'on n'avait fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité n° 8.

Enfin, il est vrai que des mesures d'atténuation qui pouvaient s'avérer suffisantes devaient être prises, mais la Cour ne devrait pas se lancer dans des conjectures au sujet du caractère adéquat des mesures d'atténuation élaborées par suite d'un processus qui était fondamentalement vicié.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) [confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982*

to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], s. 1.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Dominion Forest Reserves and Parks Act (The), S.C. 1911, c. 10, ss. 2, 18 (as am. by S.C. 1913, c. 18, s. 5).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 110.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2(1) "band".
 Natural Resources Transfer Agreement (Alberta) [confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], s. 2], para. 12, 14.
 Order in Council P.C. 1922-2498.
Regulations Respecting Game in the Dominion Parks, P.C. 1919-2415.
 Treaty No. 6 (1876).
 Treaty No. 8 (1899).
Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1.
Wood Buffalo National Park Game Regulations, SOR/78-830, s. 36(5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Badger, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321.

APPLIED:

R. v. Morgentaler, [1993] 1 S.C.R. 462; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89; (1980), 111 D.L.R. (3d) 443; [1980] 4 W.W.R. 24; 3 Man. R. (2d) 338; 52 C.C.C. (2d) 140; [1980] 3 C.N.L.R. 63; 31 N.R. 620; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

DISTINGUISHED:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Batchewana Indian Band v. Canada (Minister of Indian*

sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], art. 2], par. 12, 14.

Décret C.P. 1922-2498.

Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs fédéraux, S.C. 1911, ch. 10, art. 2, 18 (mod. par S.C. 1913, ch. 18, art. 5).

Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], art. 1.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande». *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32, art. 8.

Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo, DORS/78-830, art. 36(5).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 110.

Regulations Respecting Game in the Dominion Parks, C.P. 1919-2415.

Traité n° 6 (1876).

Traité n° 8 (1899).

Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Morgentaler, [1993] 1 R.C.S. 462; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; (1980), 111 D.L.R. (3d) 443; [1980] 4 W.W.R. 24; 3 Man. R. (2d) 338; 52 C.C.C. (2d) 140; [1980] 3 C.N.L.R. 63; 31 N.R. 620; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Bande indienne de Batchewana c. Canada (Ministre des*

and Northern Affairs) (1996), 199 N.R. 1 (F.C.A.); *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.); *Brodby v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255; 142 D.L.R. (3d) 151; [1983] 1 W.W.R. 481; 23 Alta. L.R. (2d) 77; 31 R.F.L. (2d) 225 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51; 30 Admin. L.R. (3d) 113; 8 C.C.E.L. (3d) 211 (C.A.); *Gitsxan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135; (1999), 177 D.L.R. (4th) 687; 249 N.R. 37 (C.A.).

CONSIDERED:

Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666; [1999] 9 W.W.R. 645; 64 B.C.L.R. (3d) 206; 129 B.C.A.C. 32; [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.); *R. v. Sundown*, [1993] 1 S.C.R. 393; (1999), 170 D.L.R. (4th) 385; [1999] 6 W.W.R. 278; 177 Sask. R. 1; 132 C.C.C. (3d) 353; [1999] 2 C.N.L.R. 289; 236 N.R. 251; *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681; (2001), 207 Sask. R. 57; [2001] 2 C.N.L.R. 158 (C.A.); *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.); *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; (1999), 178 N.S.R. (2d) 201; 177 D.L.R. (4th) 513; 138 C.C.C. (3d) 97; [1999] 4 C.N.L.R. 161; 246 N.R. 83; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

REFERRED TO:

Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273; 212 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); affd [2003] 4 F.C. 672; (2003), 1 Admin. L.R. (4th) 103; 1 C.E.L.R. (3d) 20 (C.A.); *Canada (Minister of Canadian Heritage) v. Mikisew Cree First Nation* (2002), 293 N.R. 182 (F.C.A.); *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; (1979), 107 D.L.R. (3d) 513; [1980] 5 W.W.R. 193; [1979] 3 C.N.L.R. 17 (T.D.); *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161; [1989] 5 W.W.R. 82; 36 B.C.L.R. (2d) 79; [1989] 3 C.N.L.R. 46 (C.A.); *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109

Affaires indiennes et du Nord) (1996), 199 N.R. 1 (C.A.F.); *McIntosh c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.); *Brodby v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255; 142 D.L.R. (3d) 151; [1983] 1 W.W.R. 481; 23 Alta. L.R. (2d) 77; 31 R.F.L. (2d) 225 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51; 30 Admin. L.R. (3d) 113; 8 C.C.E.L. (3d) 211 (C.A.); *Gitsxan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135; (1999), 177 D.L.R. (4th) 687; 249 N.R. 37 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666; [1999] 9 W.W.R. 645; 64 B.C.L.R. (3d) 206; 129 B.C.A.C. 32; [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.); *R. c. Sundown*, [1993] 1 R.C.S. 393; (1999), 170 D.L.R. (4th) 385; [1999] 6 W.W.R. 278; 177 Sask. R. 1; 132 C.C.C. (3d) 353; [1999] 2 C.N.L.R. 289; 236 N.R. 251; *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681; (2001), 207 Sask. R. 57; [2001] 2 C.N.L.R. 158 (C.A.); *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.); *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; (1999), 178 N.S.R. (2d) 201; 177 D.L.R. (4th) 513; 138 C.C.C. (3d) 97; [1999] 4 C.N.L.R. 161; 246 N.R. 83; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

DÉCISIONS CITÉES:

Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273; 212 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [2003] 4 C.F. 672; (2003), 1 Admin. L.R. (4th) 103; 1 C.E.L.R. (3d) 20 (C.A.); *Canada (Ministre du Patrimoine canadien) c. Première nation Crie Mikisew* (2002), 293 N.R. 182 (C.A.F.); *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; (1979), 107 D.L.R. (3d) 513; [1980] 5 W.W.R. 193; [1979] 3 C.N.L.R. 17 (1^{re} inst.); *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161; [1989] 5 W.W.R. 82; 36 B.C.L.R. (2d) 79; [1989] 3 C.N.L.R. 46 (C.A.); *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80

C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; 62 C.C.C. (2d) 227; [1981] 3 C.N.L.R. 114 (C.A.).

APPEAL from the Trial Division judgment ([2002] 1 C.N.L.R. 169; (2001), 214 F.T.R. 48), setting aside the Minister's decision approving construction of a winter road through Wood Buffalo National Park. Appeal allowed, Sharlow J.A. dissenting.

APPEARANCES:

Paul A. Shenher and Teresa A. Crotty-Wong for appellant.
Jeffrey R. W. Rath and Allisum Taylor Rana for respondent Mikisew Cree First Nation.
Elizabeth A. Johnson for respondent The Thebacha Road Society.
Robert J. Normey and Angela J. Brown for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Rath & Company, Priddis, Alberta, for respondent Mikisew Cree First Nation.
Ackroyd, Piasta, Roth & Day LLP, Edmonton, for respondent The Thebacha Road Society.
Alberta Department of Justice, Constitutional and Aboriginal Law Branch for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: Sharlow J.A. has conducted a thorough review of the facts and history of this case which I need not repeat. I agree with her findings that the creation of Wood Buffalo National Park did not constitute a "taking up" within the meaning of Treaty 8 [1899] and that the Mikisew's treaty right to hunt has not been abolished by statute. However, Sharlow J.A. did not determine whether the approval of a winter road

B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; 62 C.C.C. (2d) 227; [1981] 3 C.N.L.R. 114 (C.A.).

APPEL d'un jugement de la Section de première instance ([2002] 1 C.N.L.R. 169; (2001), 214 F.T.R. 48), annulant la décision de la ministre d'approuver la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo. Appel accueilli, la juge Sharlow, J.C.A. étant dissidente.

ONT COMPARU:

Paul A. Shenher et Teresa A. Crotty-Wong pour l'appelante.
Jeffrey R. W. Rath et Allisum Taylor Rana pour la Première nation crie Mikisew, l'intimée.
Elizabeth A. Johnson pour la Thebacha Road Society, l'intimée.
Robert J. Normey et Angela J. Brown pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Rath & Company, Priddis (Alberta) pour la Première nation crie Mikisew, l'intimée.
Ackroyd, Piasta, Roth & Day LLP, Edmonton, pour la Thebacha Road Society, l'intimée.
Alberta Department of Justice, Constitutional and Aboriginal Law Branch pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: La juge Sharlow, J.C.A., a procédé à un examen approfondi des faits et de l'historique de la présente affaire, de sorte que je n'ai pas à les reprendre. Je souscris à ses conclusions lorsqu'elle dit que la création du parc national Wood Buffalo ne constituait pas une «prise» au sens du Traité n° 8 [1899] et que le droit de chasse issu d'un traité des Mikisew n'a pas été aboli par une loi. Toutefois, la juge Sharlow n'a

between Peace Point and Garden River in the southwestern portion of the Park was a “taking up.” She found that even if it was, such a “taking up” could still be a *prima facie* infringement of the Treaty 8 hunting rights that would have to be justified according to the test set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. I am unable to agree.

[2] For the reasons that follow, I think that the approval of the road did constitute a “taking up” within the meaning of Treaty 8, properly interpreted according to the canons of Aboriginal treaty interpretation. As such, the Mikisew Cree First Nation have no continued right to hunt on land taken up for the road and there is no violation by the Minister of section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. There is therefore no need to apply the *Sparrow* analysis. Although, as a matter of good practice, the Minister might have consulted more extensively with the Mikisew before approving the road, she was not constitutionally obliged to do so.

ALBERTA’S STANDING TO RAISE THE “TAKING UP” ARGUMENT

[3] On appeal, the issue of whether the approval of the road was a “taking up” was raised by the intervener the Attorney General of Alberta. At the hearing of the appeal, counsel for the Minister at first indicated that the Minister had abandoned this issue but later clarified that the Minister was simply not relying on it. Sharlow J.A. is of the opinion that it would be wrong for this Court to affirm the Minister’s decision on a ground upon which the Minister herself chooses not to rely.

[4] It is true that “an intervenor in an appellate court must take the case as she finds it and cannot, to the prejudice of the parties, argue new issues which require the introduction of fresh evidence” (*Batchewana Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 199 N.R. 1 (F.C.A.), at paragraph 2).

pas décidé si l’approbation d’une route d’hiver entre Peace Point et Garden River, dans le secteur sud-ouest du parc, constituait une «prise». Elle a conclu que même si c’était le cas, cette «prise» pouvait néanmoins constituer une atteinte *prima facie* aux droits de chasse issus du Traité n° 8, laquelle devait être justifiée conformément au critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Je ne puis souscrire à cet avis.

[2] Pour les motifs ci-après énoncés, je crois que l’approbation de la route constituait de fait une «prise» au sens du Traité n° 8, selon l’interprétation qu’il convient de lui donner d’après les principes d’interprétation des traités conclus avec les Autochtones. Cela étant, la Première nation crie Mikisew ne possède aucun droit de chasse continu sur les terres prises pour la route et la ministre ne viole pas l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Il n’est donc pas nécessaire d’appliquer l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*. Conformément aux règles de bonnes pratiques, la ministre aurait pu consulter plus amplement les Mikisew avant d’approuver la route, mais elle n’était pas tenue de le faire sur le plan constitutionnel.

LA QUALITÉ POUR AGIR DE L’ALBERTA POUR CE QUI EST DE L’ARGUMENT FONDÉ SUR LA «PRISE»

[3] En appel, la question de savoir si l’approbation de la route constituait une «prise» a été soulevée par l’intervenant, le procureur général de l’Alberta. À l’audition de l’appel, l’avocat de la ministre a d’abord fait savoir que la ministre avait abandonné cette question, mais il a ensuite précisé que la ministre ne se fondait tout simplement pas sur cette question. La juge Sharlow est d’avis qu’il serait erroné pour la Cour de confirmer la décision de la ministre pour un motif sur lequel la ministre elle-même a décidé de ne pas se fonder.

[4] Il est vrai qu’«une intervenante devant une cour d’appel doit accepter l’affaire telle qu’elle la trouve et ne saurait, au préjudice des parties, débattre de nouveaux points litigieux qui exigent l’introduction de nouveaux éléments de preuve» (*Bande indienne de Batchewana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*,

However, that is not what Alberta is attempting to do.

[5] Alberta was granted leave to intervene on, among other things, “the issues raised in grounds 2 and 3 of the Notice of Appeal.” Ground 2 reads as follows:

In the alternative, if there are treaty rights to hunt and trap within Wood Buffalo National Park, the judge made an error of law in finding that the Minister’s decision to approve the winter road within Wood Buffalo National Park constituted an infringement of treaty rights.

I agree with Sharlow J.A. that there are still treaty rights to hunt and trap within Wood Buffalo National Park. Alberta’s position is that the approval of the road was not an infringement of those treaty rights because taking up land for use as a road is a geographical limitation of the treaty right to hunt and trap provided for in the treaty itself. The submission that Alberta is making is one that falls squarely within the scope of the permitted intervention.

[6] Even though the Minister’s counsel chose not to rely on this argument at the hearing of the appeal, the question of whether the approval of the road constituted an infringement of the Mikisew’s treaty right to hunt was still a live issue. This argument was raised by the Minister in the Trial Division [[2002] 1 C.N.L.R. 169] (as it then was) but dismissed on the grounds that even if the road approval was a taking up, it would still need to be justified according to the *Sparrow*, *supra*, analysis (paragraphs 84-86). Accordingly, Alberta was entitled to make submissions on appeal. After all, “[t]he purpose of an intervention is to present the court with submissions which are useful and different from the perspective of a non-party” (*R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, at page 463).

[7] While the Minister does not rely on the argument raised by Alberta, she has not contradicted or otherwise disavowed Alberta’s position. Nor has she made admissions or taken a position inconsistent with Alberta’s arguments. For these reasons, I am of the view that the issues raised by the Attorney General of Alberta

(1996), 199 N.R. 1 (C.A.F.), au paragraphe 2). Toutefois, ce n’est pas ce que l’Alberta tente de faire.

[5] L’Alberta a obtenu l’autorisation d’intervenir, entre autres choses, sur «les points soulevés dans les moyens 2 et 3 de l’avis d’appel». Le moyen 2 est ainsi libellé:

Subsidiairement, s’il existe des droits de chasser et de piéger issus d’un traité dans le parc national Wood Buffalo, la juge a commis une erreur de droit en concluant que la décision de la ministre d’approuver la route d’hiver dans le parc national Wood Buffalo constituait une atteinte aux droits issus d’un traité.

Je suis d’accord avec la juge Sharlow lorsqu’elle dit qu’il existe encore des droits de chasser et de piéger issus d’un traité dans le parc national Wood Buffalo. La position de l’Alberta est que l’approbation de la route ne constituait pas une atteinte à ces droits parce que la prise de terres aux fins de leur utilisation comme route constitue une limitation territoriale du droit de chasser et de piéger issu d’un traité, laquelle est prévue dans le traité lui-même. L’argument de l’Alberta peut nettement être invoqué dans le cadre de l’intervention permise.

[6] Même si l’avocat de la ministre a décidé de ne pas se fonder sur cet argument à l’audition de l’appel, la question de savoir si l’approbation de la route constituait une atteinte au droit de chasse issu d’un traité des Mikisew se posait encore. Cet argument a été invoqué par la ministre devant la Section de première instance [[2002] 1 C.N.L.R. 169] (telle qu’elle s’appelait alors), mais il a été rejeté pour le motif que, même si l’approbation de la route constituait une prise, elle devait néanmoins être justifiée conformément à l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*, précité (paragraphes 84 à 86). Par conséquent, l’Alberta pouvait à bon droit présenter des arguments en appel. Somme toute, «[u]ne intervention vise à saisir la cour d’allégations utiles et différentes du point de vue d’un tiers» (*R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, à la page 463).

[7] La ministre ne se fonde pas sur l’argument soulevé par l’Alberta, mais elle n’a pas contredit ou autrement désavoué la position de cette dernière. Elle n’a pas non plus fait d’aveux ou pris une position incompatible avec les arguments de l’Alberta. Pour ces motifs, je suis d’avis que les questions soulevées par le procureur général de

may be considered in assessing the constitutionality of the Minister's decision to approve the road.

l'Alberta peuvent être prises en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité, sur le plan constitutionnel, de la décision de la ministre d'approuver la route.

WAS THE APPROVAL OF THE ROAD A "TAKING UP"?

L'APPROBATION DE LA ROUTE CONSTITUAIT-ELLE UNE «PRISE»?

[8] Alberta says that the approval of the road cannot be a constitutional infringement because the land for the road has been "taken up" in accordance with a geographic limitation that is expressly stated in the Treaty.

[8] L'Alberta affirme que l'approbation de la route ne peut pas constituer une atteinte constitutionnelle parce que les terres nécessaires pour la route ont été «prises» conformément à une limitation territoriale qui est expressément prévue dans le traité.

[9] The relevant portion of Treaty 8 reads as follows:

[9] La partie pertinente du Traité n° 8 est ainsi libellée:

And Her Majesty the Queen hereby agrees with the said Indians that they shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets.

The Supreme Court analyzed the extent of this treaty right to hunt in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. As Cory J. pointed out, "by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation" (paragraph 37).

La Cour suprême a analysé l'étendue de ce droit de chasse issu d'un traité dans l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Comme le juge Cory l'a dit, «suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale» (paragraphe 37).

[10] It is true that, on the facts of *Badger*, the treaty right to hunt was subject to paragraph 12 of the Natural Resources Transfer Agreement (NRTA) as given effect by the *Constitution Act, 1930* [20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], s. 2]. Here, the NRTA does not apply because Wood Buffalo National Park remained vested in the Government of Canada under paragraph 14 of the NRTA. However, Cory J. held that "the geographical limitation on the right to hunt for food provided by Treaty No. 8 has not been modified by para. 12 of the NRTA" (paragraph 66). His analysis is therefore equally applicable to the unmodified Treaty 8 right to hunt.

[10] Il est vrai que, selon les faits de l'affaire *Badger*, le droit de chasser issu d'un traité était assujéti au paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) (CTRN) à laquelle la *Loi constitutionnelle de 1930* [20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], art. 2] a donné effet. Dans ce cas-ci, la CTRN ne s'applique pas parce que le parc national Wood Buffalo a continué à être dévolu au gouvernement du Canada en vertu du paragraphe 14 de cette convention. Toutefois, le juge Cory a statué que «la limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir qui est prévu par le Traité n° 8 n'a pas été modifiée par le par. 12 de la Convention»

[11] Cory J. examined the oral history of the signatories in order to determine how the parties would have understood the geographical limitation on the right to hunt. He concluded that “[a]n interpretation of the Treaty properly founded upon the Indians’ understanding of its terms leads to the conclusion that the geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use” (paragraphe 54).

[12] Putting land to use as a winter access road, on or within 200 metres of which the use of firearms is prohibited, is clearly visibly incompatible with hunting on the land.

[13] Although constructing roads is not one of the express geographic limitations referred to in Treaty 8, the express limitations are not exhaustive. Treaty 8 specified that lands may be taken up “for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.” Roads are not expressly mentioned as one of these contemplated uses, but settlement, mining, lumbering, and trading all necessarily imply access and transportation. In turn, access and transportation necessarily imply the construction of roads. A road therefore is another purpose for which land may be “taken up” under Treaty 8. In *Badger*, Cory J. cited *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, as an example of Crown land being taken up for a public road (paragraphe 59). The approval of the road therefore did constitute a “taking up” within the meaning of Treaty 8.

CAN TAKING UP LAND BE A *PRIMA FACIE* CONSTITUTIONAL INFRINGEMENT?

[14] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* constitutionalized “the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada” (emphasis added). In order to determine whether there has been a

(paragraphe 66). Son analyse s’applique donc également au droit de chasse non modifié issu du Traité n° 8.

[11] Le juge Cory a examiné l’histoire orale des signataires afin de déterminer comment les parties auraient conçu la limitation territoriale du droit de chasse. Il a conclu que «[s]i on interprète les termes du Traité en se fondant, comme il se doit, sur la conception qu’en ont les Indiens, on est amené à conclure que la limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s’appuyer sur le critère de l’utilisation visible et incompatible des terres en cause» (paragraphe 54).

[12] Le fait d’utiliser les terres comme route d’accès hivernale, sur laquelle ou dans les 200 mètres de laquelle l’utilisation d’armes à feu est prohibée, est visiblement incompatible avec la chasse sur ces terres.

[13] La construction de routes ne constitue pas l’une des limitations territoriales expresses mentionnées dans le Traité n° 8, mais les limitations expresses ne sont pas exhaustives. Le Traité n° 8 précisait que des terres pouvaient être prises «pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Or, les routes ne sont pas expressément mentionnées comme étant l’une des utilisations envisagées, mais l’établissement, les mines, le commerce de bois ou autres objets laissent tous nécessairement entendre qu’il doit y avoir accès et transport. De leur côté, l’accès et le transport laissent nécessairement entendre que des routes doivent être construites. Une route constitue donc une autre fin pour laquelle les terres peuvent être «prises» en vertu du Traité n° 8. Dans l’arrêt *Badger*, le juge Cory a cité l’arrêt *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, comme exemple de cas dans lequel des terres de la Couronne avaient été prises pour la construction d’une voie publique (paragraphe 59). L’approbation de la route constituait donc une «prise» au sens du Traité n° 8.

LA PRISE DE TERRES PEUT-ELLE CONSTITUER UNE ATTEINTE CONSTITUTIONNELLE *PRIMA FACIE*?

[14] L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitutionnalisait «[l]es droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada» (non souligné dans l’original). Afin de décider s’il y a eu

prima facie infringement of a constitutionally-protected treaty right, it is therefore necessary to determine the scope of the treaty right that existed in 1982.

[15] Sharlow J.A. says that Treaty 8 should not be interpreted as if it were just an ordinary contract. I agree. Aboriginal treaties should be liberally construed and any uncertainties, ambiguities, or doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians. The words of the treaty must not be interpreted in their strict technical sense but rather must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing (*Badger, supra*, at paragraph 52).

[16] However, in *Badger*, Cory J., after considering the context in which Treaty 8 was signed and the oral history of its signatories, held that (at paragraph 58):

Accordingly, the oral promises made by the Crown's representatives and the Indians' own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting.

[17] As Cory J. held, a proper interpretation of Treaty 8 indicates that the parties never intended the treaty right to hunt to be an unlimited right; rather, the Indians were willing to accept settlement and other uses of the land that would restrict their right to hunt so long as sufficient unoccupied land would remain to allow them to maintain their traditional way of life.

[18] With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt. Neither of these exceptions apply here. This is not a case where the Minister has acted in bad faith; nor, as the land required for the road corridor comprises approximately 23 square kilometres out of the 44,807 square kilometres of Wood Buffalo National Park or the approximately 840,000 square kilometres

atteinte *prima facie* à un droit issu d'un traité protégé par la Constitution, il faut donc déterminer la portée du droit issu d'un traité qui existait en 1982.

[15] La juge Sharlow dit que le Traité n° 8 ne doit pas être interprété comme s'il s'agissait simplement d'un contrat ordinaire. Je suis d'accord. Les traités conclus avec les Autochtones doivent être interprétés libéralement et toute incertitude, ambiguïté ou expression douteuse doit être réglée en faveur des Indiens. Le texte du traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, mais il doit plutôt être interprété suivant le sens que les Indiens lui auraient naturellement donné à l'époque de sa signature (*Badger*, précité, au paragraphe 52).

[16] Toutefois, dans l'arrêt *Badger*, après avoir examiné le contexte dans lequel le Traité n° 8 avait été signé ainsi que l'histoire orale de ses signataires, le juge Cory a statué ce qui suit (au paragraphe 58):

Par conséquent, il ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l'histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d'une manière qui les empêcherait d'y chasser, lorsqu'elles feraient l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse.

[17] Comme le juge Cory l'a statué, une interprétation appropriée du Traité n° 8 montre que les parties n'ont jamais voulu que le droit de chasse issu d'un traité soit un droit absolu; les Indiens étaient plutôt prêts à accepter l'établissement et d'autres utilisations des terres qui restreindraient leur droit de chasse dans la mesure où il restait suffisamment de terres non occupées pour leur permettre de maintenir leur mode de vie traditionnel.

[18] À l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité. Ni l'une ni l'autre de ces exceptions ne s'applique dans ce cas-ci. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel la ministre a agi de mauvaise foi; de plus, étant donné que les terres nécessaires pour le corridor routier ont une superficie d'environ 23 kilomètres carrés sur les 44 807

encompassed by Treaty 8, is this a case where no meaningful right to hunt remains.

[19] The treaty right to hunt has always been limited by the fact that hunting is not permitted on land that has been taken up. It is the right to hunt on land which is not required for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes which obtained constitutional protection when section 35 came into force.

[20] In *Badger, supra*, Cory J. recognized the limited nature of the treaty right to hunt. He found that Mr. Badger and Mr. Kiyawasew were hunting on land that was visibly being used. As their treaty right to hunt did not extend to hunting on such land, the hunting limitations set out in the provincial *Wildlife Act* [S.A. 1984, c. W-9.1] did not infringe their existing right and were properly applied to them (paragraph 67). Accordingly, Cory J. did not find a *prima facie* infringement of section 35 and did not apply the *Sparrow, supra*, test to those defendants.

[21] Where a limitation expressly provided for by a treaty applies, there is no infringement of the treaty and thus no infringement of section 35. This is to be contrasted with the case where the limitations provided by the treaty do not apply but the government nevertheless seeks to limit the treaty right. In such a case, the *Sparrow* test must be satisfied in order for the infringement to be constitutionally permissible.

[22] Sharlow J.A. relies on the reasons of Finch J.A. in *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (B.C.C.A.) as support for the proposition that a “taking up” could itself be a *prima facie* infringement of the Mikisew’s treaty rights. However, I find that I am bound by the analysis of Cory J. in *Badger, supra*, which is directly applicable to the facts of this case.

[23] As the approval of the road constituted a taking up within the meaning of Treaty 8, the Mikisew’s treaty

kilomètres carrés dont est composé le parc national Wood Buffalo ou sur les quelque 840 000 kilomètres carrés visés par le Traité n° 8, il ne s’agit pas non plus d’un cas dans lequel il ne reste aucun droit réel de chasse.

[19] Le droit de chasse issu d’un traité a toujours été restreint étant donné que la chasse n’est pas permise sur les terres qui ont été prises. C’est le droit de chasse sur les terres qui ne sont pas nécessaires pour la colonisation, les mines, le commerce de bois ou d’autres objets qui a été protégé par la Constitution lorsque l’article 35 est entré en vigueur.

[20] Dans l’arrêt *Badger*, précité, le juge Cory a reconnu la nature restreinte du droit de chasse issu d’un traité. Il a conclu que M. Badger et M. Kiyawasew chassaient sur des terres qui étaient visiblement utilisées. Étant donné que le droit de chasse issu d’un traité ne s’étendait pas à la chasse sur ces terres, les limites applicables à la chasse énoncées dans la *Wildlife Act* [S.A. 1984, ch. W-9.1] provinciale ne portaient pas atteinte au droit existant des intimés et elles leur ont donc à juste titre été appliquées (paragraphe 67). Le juge Cory n’a donc pas conclu à une atteinte *prima facie* aux droits prévus à l’article 35 et il n’a pas appliqué le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*, précité, à ces intimés.

[21] Lorsqu’une limitation expressément prévue par un traité s’applique, le traité n’est pas violé et l’article 35 n’est donc pas non plus violé. Il faut faire la distinction avec le cas où les limitations prévues par le traité ne s’appliquent pas, mais où le gouvernement cherche néanmoins à limiter le droit issu du traité. En pareil cas, il faut satisfaire au critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* pour que l’atteinte soit permise sur le plan constitutionnel.

[22] La juge Sharlow se fonde sur les motifs prononcés par le juge Finch dans l’arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (C.A.C.-B.) à l’appui de la thèse selon laquelle une «prise» peut en soi constituer une atteinte *prima facie* aux droits issus d’un traité des Mikisew. Toutefois, je conclus que je suis lié par l’analyse effectuée par le juge Cory dans l’arrêt *Badger*, précité, laquelle s’applique directement aux faits de l’affaire.

[23] Étant donné que l’approbation de la route constituait une prise au sens du Traité n° 8, le droit issu

right to hunt on the road corridor is suspended for as long as it is being used for a purpose visibly incompatible with hunting. There therefore has been no infringement of Treaty 8, as constitutionalized by section 35, that requires the application of the *Sparrow* test.

[24] Although the Minister was not obligated to consult with the Mikisew before approving the road project, it may well have been good practice for her to have consulted more extensively than she did. However, the advisability and extent of such consultation was within the Minister's discretion. There is no basis for this Court interfering with that exercise of discretion.

CONCLUSION

[25] A number of environmental and administrative law issues were raised in the Mikisew's original application for judicial review. The Trial Division Judge did not consider it necessary to deal with these issues given her finding on the constitutional issue. The Mikisew did not address these issues in their factum or in oral argument. Nor have they requested that the matter be sent back to the Federal Court for a determination of those issues.

[26] The appeal should be allowed, the decision of the Trial Division set aside, and the decision of the Minister of Canadian Heritage restored.

SEXTON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[27] SHARLOW J.A. (dissenting): The Minister is appealing a judgment of the Federal Court Trial Division setting aside the decision of the Minister of Canadian Heritage to approve the construction of a winter road through Wood Buffalo National Park: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*,

d'un traité des Mikisew de chasser dans le corridor routier est suspendu tant que le corridor est utilisé à des fins visiblement incompatibles avec la chasse. Il n'y a donc pas eu atteinte aux droits reconnus par le Traité n° 8, tel qu'il a été constitutionnalisé par l'article 35, qui exige l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*.

[24] La ministre n'était pas tenue de consulter les Mikisew avant d'approuver le projet de route, mais les règles de bonne pratique auraient peut-être bien exigé qu'elle les consulte plus amplement qu'elle ne l'a fait. Toutefois, l'opportunité et l'ampleur de cette consultation relevaient du pouvoir discrétionnaire de la ministre. Rien ne permet à la Cour d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

CONCLUSION

[25] Dans leur demande initiale de contrôle judiciaire, les Mikisew ont soulevé un certain nombre de points relevant du droit environnemental et du droit administratif. La juge de première instance n'a pas estimé nécessaire d'examiner ces points étant donné la conclusion qu'elle avait tirée au sujet de la question constitutionnelle. Les Mikisew n'ont pas abordé ces points dans leur exposé ou dans leur argumentation orale. Ils n'ont pas non plus demandé que l'affaire soit renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle les tranche.

[26] J'estime que l'appel doit être accueilli, que la décision de la Section de première instance doit être annulée et que la décision de la ministre du Patrimoine canadien doit être rétablie.

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

* * *

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

[27] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. (dissidente): La ministre interjette appel d'un jugement de la Cour fédérale, première instance annulant la décision de la ministre du Patrimoine canadien d'approuver la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo: *Première nation Crie Mikisew c. Canada*

[2002] 1 C.N.L.R. 169 (F.C.T.D.). The statutory authority for the Minister's decision is section 8 of the *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32.

(*Ministre du Patrimoine canadien*), [2002] 1 C.N.L.R. 169 (C.F. 1^{re} inst.). Le pouvoir législatif de la ministre de prendre la décision est prévu à l'article 8 de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32.

[28] A number of issues are raised in this appeal. My discussion is organized under the following headings:

[28] Un certain nombre de questions sont soulevées dans le présent appel. L'analyse sera effectuée sous les titres suivants:

A. Facts

A. Les faits

B. Standard of review

B. Norme de contrôle

C. Was notice required under section 57 of the *Federal Court Act*?

C. Un avis devait-il être signifié en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

D. Do Treaty 8 hunting rights subsist in Wood Buffalo National Park?

D. Les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 subsistent-ils dans le parc national Wood Buffalo?

(1) Has the land comprising Wood Buffalo National Park been "taken up" by the Crown?

(1) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo ont-elles été «prises» par la Couronne?

(2) Is the land comprising Wood Buffalo National Park "occupied Crown land"?

(2) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo sont-elles des «terres occupées de la Couronne»?

(3) Have hunting rights been abolished by statute within Wood Buffalo National Park?

(3) Les droits de chasse ont-ils été abolis par la loi à l'intérieur du parc national Wood Buffalo?

(4) Conclusion

(4) Conclusion

E. *Prima facie* infringement

E. Atteinte *prima facie*

(1) The establishment of the road as a "taking up"

(1) L'établissement de la route en tant que «prise»

(2) Was the winter road approval a *prima facie* infringement?

(2) L'approbation de la route d'hiver constituait-elle une atteinte *prima facie*?

F. Justification

F. Justification

(1) First branch: the objective of the decision

(1) Premier volet: but de la décision

(2) Second branch: the Crown's obligation as fiduciary

(2) Deuxième volet: obligation de la Couronne en sa qualité de fiduciaire

G. Conclusion

G. Conclusion

A. Facts

A. Les faits

[29] Mikisew Cree First Nation is an Indian Band as defined by the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5

[29] La Première nation crie Mikisew est une bande indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985),

[subsection 2(1)]. George Poitras is the Chief of Mikisew Cree First Nation.

[30] The members of Mikisew Cree First Nation are descendants of the Cree Indians of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 on June 21, 1899 at Fort Chipewyan. Accordingly, they are entitled to the benefits of Treaty 8.

[31] The relevant portions of Treaty 8 read as follows:

Whereas the Indians inhabiting the territory hereinafter defined have . . . been convened to meet a Commission representing Her Majesty's Government of the Dominion of Canada at certain places in the said territory in this present year 1899, to deliberate upon certain matters of interest to Her Most Gracious Majesty, of the one part, and the said Indians of the other.

And whereas, the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering, and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country bounded and described as hereinafter mentioned, and to obtain the consent thereto of Her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a treaty, and arrange with them, so that there may be peace and good will between them and Her Majesty's other subjects, and that Her Indian people may know and be assured of what allowances they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence.

...

And whereas, the said Commissioners have proceeded to negotiate a treaty with the Cree, Beaver, Chipewyan and other Indians, inhabiting the district hereinafter defined and described, and the same has been agreed upon and concluded by the respective Bands at the dates mentioned hereunder, the said Indians DO HEREBY CEDE, RELEASE, SURRENDER AND YIELD UP to the Government of the Dominion of Canada, for Her Majesty the Queen and Her successors for ever, all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands included within the following limits . . .

...

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such

ch. I-5 [paragraphe 2(1)]. George Poitras est chef de la Première nation crie Mikisew.

[30] Les membres de la Première nation crie Mikisew sont les descendants des Indiens cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n° 8 le 21 juin 1899 à Fort Chipewyan. Ils ont donc droit aux avantages qu'offre le Traité n° 8.

[31] Les parties pertinentes du Traité n° 8 sont ci-après reproduites:

Considérant que les sauvages habitant le pays ci-après décrit se sont [. . .] réunis en conférence pour rencontrer une commission représentant le gouvernement de Sa Majesté pour le Dominion du Canada, à certains endroits dans lesdits territoires dans cette présente année 1899, pour délibérer sur certaines affaires qu'intéressent Sa Très Gracieuse Majesté, d'une part, et lesdits sauvages, d'autre part;

Et considérant, que lesdits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux opérations minières et forestières et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets sauvages habitant le dit pays, et de faire un Traité et de s'arranger avec eux de manière que la paix et la bonne harmonie puissent exister entre eux et les autres sujets de Sa Majesté, et qu'ils puissent connaître et savoir avec certitude quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de Sa Majesté;

[. . .]

Et considérant que les dits Commissaires ont procédé à négocier un traité avec les Cris, les Castors, les Chippewyans et les autres sauvages habitant le district ci-après défini et décrit, et que ce traité a été finalement accepté et conclu par les bandes respectives aux dates ci-dessous mentionnées, les dits sauvages par le présent cèdent, abandonnent, remettent et rendent au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté la Reine et ses successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques qu'ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes [. . .]

[. . .]

Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que

regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [My emphasis.]

[32] The “tract of country bounded and described” in Treaty 8 is the area in which the Aboriginal signatories were guaranteed the right to hunt, trap and fish, subject to the other terms of the Treaty. That area encompasses 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories.

[33] Wood Buffalo National Park was created in 1922 and expanded in 1926. The area that is now Wood Buffalo National Park is partly in Alberta and partly in the Northwest Territories. It is administered from Fort Smith, Northwest Territories, located near the northeastern boundary of the Park.

[34] Wood Buffalo National Park is located entirely within the area of Treaty 8, occupying approximately 5% of that area. Thus, all of the land now comprising Wood Buffalo National Park is land on which the Aboriginal signatories to Treaty 8 had the right to hunt, trap and fish before the Park was established.

[35] An agreement dated December 23, 1986 resulted in the establishment of a number of reserves for Mikisew Cree First Nation, including a reserve at Peace Point, which is located within the boundaries of Wood Buffalo National Park on the all-weather road that runs into the Park from Fort Smith. The area of the Peace Point Reserve has been formally removed from the Park, although the Park surrounds it.

[36] The 1986 agreement provided for the continuation of hunting rights within the Park, subject to regulation and to the advice and recommendations of a Wildlife Advisory Board consisting of four members of Mikisew Cree First Nation, three persons appointed by the Crown and, as a non-voting member, the

ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets. [Non souligné dans l'original.]

[32] L'«étendue de pays, bornée et décrite» dont il est fait mention dans le Traité n° 8 est le secteur dans lequel les signataires autochtones s'étaient vu garantir le droit de chasser, de piéger et de pêcher, sous réserve des autres dispositions du Traité. Ce secteur, d'une superficie de 840 000 kilomètres carrés, est situé dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et le sud des Territoires du Nord-Ouest.

[33] Le parc national Wood Buffalo a été créé en 1922; il a été agrandi en 1926. La région qui constitue maintenant le parc national Wood Buffalo est située en partie en Alberta et en partie dans les Territoires du Nord-Ouest. Le parc est administré depuis Fort Smith (Territoires du Nord-Ouest), ville qui est située près de la limite nord-est du parc.

[34] Le parc national Wood Buffalo est entièrement situé dans le secteur visé par le Traité n° 8; il occupe environ 5 p. 100 de ce secteur. Par conséquent, toutes les terres dont est maintenant composé le parc national Wood Buffalo sont des terres sur lesquelles les signataires autochtones du Traité n° 8 avaient un droit de chasse, de piégeage et de pêche avant la création du parc.

[35] Une entente en date du 23 décembre 1986 a abouti à la création d'un certain nombre de réserves destinées à la Première nation crie Mikisew, notamment une réserve à Peace Point, qui est située dans les limites du parc national Wood Buffalo, sur la route carrossable en tout temps qui traverse le parc depuis Fort Smith. Le secteur de la réserve de Peace Point a officiellement été exclu du parc, mais le parc entoure la réserve.

[36] L'entente de 1986 prévoyait le maintien des droits de chasse à l'intérieur du parc, sous réserve des règlements applicables ainsi que des conseils et recommandations d'un comité consultatif sur la faune composé de quatre membres de la Première nation crie Mikisew, de trois personnes nommées par la Couronne et,

Superintendent of the Park.

[37] The proponent of the winter road through Wood Buffalo National Park is the respondent The Thebacha Road Society, a non-profit organization registered in both the Northwest Territories and Alberta. Its members include the town of Fort Smith (located in the Northwest Territories on the northeastern boundary of Wood Buffalo National Park), the Fort Smith Métis Council, Salt River First Nation, and Little Red River Cree First Nation.

[38] A winter road is essentially an ice road, constructed annually in early winter when there is sufficient snow to be compacted and watered to create an ice base. The road disappears in the spring when the snow and ice melt. The right of way for a winter road is permanent, as long as it is kept clear of trees and bushes.

[39] The record contains ample evidence that the construction of the winter road is supported by individuals living in and near Wood Buffalo National Park, including residents of Fort Smith and individuals from the First Nations who are members of the Thebacha Road Society. The anticipated benefits of the winter road to its proponents are obvious and well documented.

[40] The proposed winter road would be 118 kilometres long, joining Peace Point and Garden River, a settlement of the Little Red River Cree First Nation that is located within Wood Buffalo National Park, near the southwestern boundary, and would thus connect with the Alberta highway system. Most of the route of the proposed winter road would follow an abandoned right of way that was cleared for a winter road in 1958, but was only operational until 1960. It would be wide enough to allow two vehicles to meet and pass. The road allowance would be 10 metres wide. Vehicle use would be limited to pick-up trucks, cars and vans. The posted speed limits would range from 10 to 40 kilometres per hour.

[41] Pursuant to subsection 36(5) of the *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, SOR/78-830, the

en sa qualité de membre sans droit de vote, du surintendant du parc.

[37] La promotrice de la route d'hiver passant dans le parc national Wood Buffalo est la Thebacha Road Society, intimée, un organisme sans but lucratif inscrit dans les Territoires du Nord-Ouest et en Alberta. Parmi les membres de cet organisme, il y a la ville de Fort Smith (située dans les Territoires du Nord-Ouest, à la limite nord-est du parc national Wood Buffalo), le conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River.

[38] Une route d'hiver est essentiellement une route en glace, construite chaque année au début de l'hiver, lorsqu'il y a suffisamment de neige à tasser et à arroser pour créer une base en glace. La route disparaît au printemps lorsque la neige et la glace fondent. Le droit de passage pour une route d'hiver est permanent, dans la mesure où on le garde libre d'arbres et de broussailles.

[39] Le dossier renferme de nombreux éléments de preuve montrant que la construction de la route d'hiver est appuyée par des personnes qui habitent dans le parc national Wood Buffalo et près du parc, y compris des résidents de Fort Smith et des membres des Premières nations qui font partie de la Thebacha Road Society. Les avantages prévus qu'offrirait la route d'hiver à ses promoteurs sont évidents et bien documentés.

[40] La route d'hiver proposée aurait 118 kilomètres de long et relierait Peace Point à Garden River, un peuplement de la Première nation crie de Little Red River qui est situé dans le parc national Wood Buffalo, près de la limite sud-ouest, et qui serait relié au réseau routier de l'Alberta. Presque tout le tracé de la route d'hiver proposée suivrait un droit de passage abandonné qui avait été défriché pour une route d'hiver en 1958, mais qui avait uniquement été utilisé jusqu'en 1960. La route serait suffisamment large pour permettre la circulation à deux sens et le doublement. La réserve routière aurait une largeur de dix mètres. Seules les camionnettes, les voitures et les fourgonnettes pourraient utiliser la route. Les vitesses limites affichées seraient de 10 à 40 kilomètres à l'heure.

[41] Par application du paragraphe 36(5) du *Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo*, DORS/78-830,

establishment of the winter road would result in the creation of a 200-metre-wide road corridor in which the use of firearms would be prohibited. The total area of this corridor would be approximately 23 square kilometres (approximately .05% of the total area of Wood Buffalo National Park).

[42] There are approximately 14 trappers who are members of Mikisew Cree First Nation and who reside in the trapping area to be traversed by the proposed road. There are other members of Mikisew Cree First Nation who may trap in that area although they do not live there. There may be as many as 100 such individuals who hunt in the vicinity of the proposed winter road. Mikisew Cree First Nation is concerned that the road would result in fragmentation of habitat, loss of vegetation, erosion, increased poaching, increased wildlife mortality due to vehicle collisions, increased risk to sensitive and unique karst landforms and the introduction of foreign invasive plant species brought in on the wheels of vehicles and the buckets of graders and back-hoes.

[43] Construction of a road along the route in question was accepted in principle in 1984. In the summer of 1999, a meeting was held at Fort Smith between government officials and supporters of the road. The supporters later formed the Thebacha Road Society and submitted a proposal to Parks Canada for the re-establishment of a winter road along the route of the 1958 winter road. The proposed road would cross a 0.8 km long section of the Peace Point Reserve at the east end to connect with the existing all weather road from Fort Smith. Parks Canada developed terms of reference for the environmental assessment of the winter road project.

[44] Mikisew Cree First Nation was informed by the Thebacha Road Society of their desire to construct a winter road from Peace Point to Garden River. The Thebacha Road Society asked Mikisew Cree First Nation to support the road. Mikisew Cree First Nation advised that it would have to explore the proposal in detail and consider whether the road would be in their best interests.

l'aménagement de la route d'hiver aurait pour effet de créer un corridor routier de 200 mètres de largeur à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Ce corridor aurait une superficie totale d'environ 23 kilomètres carrés (soit environ 0,05 p. 100 de la superficie totale du parc national Wood Buffalo).

[42] Environ 14 trappeurs membres de la Première nation crie Mikisew vivent dans la zone de piégeage que la route proposée doit traverser. D'autres membres de la Première nation crie Mikisew peuvent pratiquer le piégeage dans cette zone même s'ils n'y vivent pas. Il peut y avoir jusqu'à 100 personnes qui chassent aux alentours de la route d'hiver proposée. La Première nation crie Mikisew craint que la route entraîne la fragmentation de l'habitat et le dépérissement de la végétation, favorise l'érosion, augmente le braconnage, augmente le nombre d'animaux tués par suite de collisions avec des véhicules, fasse courir un plus grand risque aux délicates formations karstiques uniques en leur genre et introduise des espèces végétales étrangères envahissantes, transportées par les roues des véhicules et par les godets des niveleuses et des pelles rétrocaveuses.

[43] La construction d'une route suivant le tracé en question a été acceptée en principe en 1984. Pendant l'été 1999, une rencontre a eu lieu à Fort Smith entre les représentants du gouvernement et les promoteurs de la route. Les promoteurs ont par la suite formé la Thebacha Road Society et ont soumis à Parcs Canada une proposition visant le rétablissement d'une route d'hiver suivant le tracé de la route d'hiver de 1958. La route proposée devait traverser sur une distance de 0,8 kilomètre une section de la réserve de Peace Point, à l'extrémité est, et être reliée à la route carrossable en tout temps existant depuis Fort Smith. Parcs Canada a établi un cadre de référence pour l'évaluation environnementale du projet de route d'hiver.

[44] La Thebacha Road Society a informé la Première nation crie Mikisew qu'elle voulait construire une route d'hiver de Peace Point à Garden River. Elle a demandé à la Première nation crie Mikisew de donner son appui au projet. La Première nation crie Mikisew a répondu qu'elle devait examiner la proposition en détail et déterminer si la route servait au mieux ses intérêts.

[45] On January 19, 2000, Parks Canada provided Mikisew Cree First Nation with a copy of the terms of reference for the environmental assessment and advised on the timelines for responses and the subsequent public review period. The environmental assessment report was completed by an independent agency, Westworth Associates Environmental Ltd., in April of 2000. The report noted that the winter road would likely result in some fragmentation of habitat. Chief Poitras was provided with copies of the environmental assessment report in August of 2000. Mikisew Cree First Nation did not respond to the report during the 64-day period of public consultation.

[46] On July 20, 2000, Park Superintendent Josie Weninger met with Chief Poitras and provided him with more information regarding the status of the proposed road project. On July 25, 2000, an open house was held by Parks Canada at Fort Chipewyan. It was attended by two trappers who are members of Mikisew Cree First Nation.

[47] On August 3, 2000, Park Superintendent Weninger met with Chief Poitras and gave him an update on the status of the road proposal. By letter dated August 16, 2000, Lawrence Vermillion, a Mikisew Cree First Nation trapper, sent a letter to Richard Power of the Thebacha Road Society, with a copy to Park Superintendent Weninger, outlining the concerns of seven Mikisew Cree First Nation trappers who trap in the area of the proposed road. Among the concerns raised were impacts on the furbearers, increased vandalism and poaching, and possible compensation.

[48] On October 10, 2000, Mikisew Cree First Nation informed Park Superintendent Weninger by letter that it did not consent to the construction of the road through its Peace Point Reserve for a number of reasons. In particular, Mikisew Cree First Nation raised concerns about unresolved issues surrounding its role in the management of the Park, which was the subject of litigation, and identified the concerns of Mikisew Cree First Nation trappers and their commitment to

[45] Le 19 janvier 2000, Parcs Canada a remis à la Première nation crie Mikisew une copie du cadre de référence pour l'évaluation environnementale et l'a informée des dates limites des réponses et de la période subséquente d'examen public. Le rapport d'évaluation environnementale a été dressé par une entreprise indépendante, Westworth Associates Environmental Ltd., au mois d'avril 2000. Les auteurs du rapport faisaient remarquer que la route d'hiver entraînerait probablement une certaine fragmentation de l'habitat. Des exemplaires du rapport ont été transmis au chef Poitras au mois d'août 2000. La Première nation crie Mikisew n'a pas répondu au rapport pendant la période de consultation publique de 64 jours.

[46] Le 20 juillet 2000, la surintendante du parc, Josie Weninger, a rencontré le chef Poitras et lui a donné des renseignements additionnels au sujet de l'état du projet de route. Le 25 juillet 2000, une séance portes ouvertes a été organisée par Parcs Canada à Fort Chipewyan. Deux trappeurs qui étaient membres de la Première nation crie Mikisew y ont assisté.

[47] Le 3 août 2000, la surintendante du parc, M^{me} Weninger, a rencontré le chef Poitras et lui a remis un bilan de l'état du projet de route. Par une lettre en date du 16 août 2000, Lawrence Vermillion, un trappeur de la Première nation crie Mikisew, a envoyé une lettre à Richard Power, de la Thebacha Road Society, avec copie conforme à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, dans laquelle il y exposait les préoccupations de sept trappeurs de la Première nation crie Mikisew qui pratiquaient le piégeage dans le secteur de la route proposée. Ces trappeurs craignaient entre autres les incidences sur les animaux à fourrure et l'augmentation du vandalisme et du braconnage et ils soulevaient la question d'une indemnisation possible.

[48] Le 10 octobre 2000, la Première nation crie Mikisew a fait savoir par lettre à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, qu'elle ne consentait pas à ce que la route soit construite à travers la réserve de Peace Point, et ce, pour plusieurs raisons. En particulier, la Première nation crie Mikisew a exprimé de l'inquiétude au sujet des problèmes non résolus concernant son rôle dans la gestion du parc, qui faisait l'objet d'une action en justice, et a mentionné les craintes exprimées par les trappeurs de la

conservation of park lands.

[49] On January 19, 2001, Chief Poitras made a trip to Fort Smith for a planned meeting with Park Superintendent Weninger. Ms. Weninger took ill, and the Chief and Council met with Senior Policy Advisor Don Aubrey instead. They discussed a number of issues at the meeting, but most significantly Mikisew Cree First Nation learned that Parks Canada and the Thebacha Road Society had been engaged in ongoing discussions concerning the road initiative, and that the road was very near approval. Chief Poitras asked Mr. Aubrey to have Ms. Weninger call him immediately upon her return to work to discuss the decision-making process and specifically, to discuss Mikisew Cree First Nation's exclusion from it.

[50] On January 25, 2001, Chief Poitras spoke with Richard Power of the Thebacha Road Society. Mr. Power denied having knowledge of Mikisew Cree First Nation's concerns with the road, as set out in the letter of October 10, 2000, and asked that Mikisew Cree First Nation forward him a copy. Mr. Power advised the Chief that Parks Canada had led the Thebacha Road Society to believe that Mikisew Cree First Nation had no objection to the road going through the reserve, and that he had just been informed for the first time by Tom Lee, the Chief Executive Officer of Parks Canada, that Mikisew Cree First Nation did not support the road.

[51] On January 29, 2001, Chief Poitras and the Council of Mikisew Cree First Nation met with the Thebacha Road Society representatives. The Thebacha Road Society sought the support of Mikisew Cree First Nation, but the Chief and Council explained they were extremely frustrated by the manner in which Parks Canada had been handling the process. The Chief and Council circulated a letter they had just sent to the Minister, and told the representatives of the Thebacha Road Society that they would have to wait to hear from the Minister with regard to their concerns before they could give the Thebacha Road Society an answer. The Thebacha Road Society also committed to lobby their MLA and MP to impress on the Minister the urgency of

Première nation crie Mikisew ainsi que leur volonté de préserver les terres du parc.

[49] Le 19 janvier 2001, le chef Poitras s'est rendu à Fort Smith pour une rencontre prévue avec la surintendante du parc. M^{me} Weninger était malade; le chef et le conseil ont donc rencontré le conseiller principal en matière de politiques, Don Aubrey. Lors de la rencontre, ils ont discuté d'un certain nombre de questions, mais ce qui est encore plus important, la Première nation crie Mikisew a appris que Parcs Canada et la Thebacha Road Society avaient entrepris des discussions continues au sujet du projet de route et qu'une approbation était imminente. Le chef Poitras a chargé M. Aubrey de demander à M^{me} Weninger de l'appeler dès qu'elle retournerait travailler pour discuter du processus décisionnel et, plus précisément, de l'exclusion de la Première nation crie Mikisew.

[50] Le 25 janvier 2001, le chef Poitras a parlé à Richard Power, de la Thebacha Road Society. M. Power a nié avoir eu connaissance des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de la route, telles qu'elles étaient exprimées dans la lettre du 10 octobre 2000, et a demandé à la Première nation crie Mikisew de lui en transmettre une copie. M. Power a informé le chef que Parcs Canada avait amené la Thebacha Road Society à croire que la Première nation crie Mikisew ne s'opposait pas à ce que la route passe par la réserve et qu'il venait d'être informé pour la première fois par Tom Lee, directeur général à Parcs Canada, que la Première nation crie Mikisew n'appuyait pas le projet.

[51] Le 29 janvier 2001, le chef Poitras et le conseil de la Première nation crie Mikisew ont rencontré des représentants de la Thebacha Road Society. La Thebacha Road Society a demandé l'appui de la Première nation crie Mikisew, mais le chef et le conseil ont expliqué que la façon dont Parcs Canada avait traité le processus les frustrait énormément. Le chef et le conseil ont fait circuler une lettre qu'ils venaient d'envoyer à la ministre; ils ont dit aux représentants de la Thebacha Road Society qu'ils devaient attendre que la ministre réponde à leurs préoccupations avant de pouvoir répondre à la Thebacha Road Society. La Thebacha Road Society s'est également engagée à exercer des pressions auprès du député provincial et du député fédéral pour qu'ils fassent

meeting with Mikisew Cree First Nation on the road initiative.

[52] It was apparently at that meeting that Mikisew Cree First Nation learned that the commencement of construction was imminent. On the same day, Mikisew Cree First Nation sent a letter to the Minister expressing their concerns with the proposed road, and with Parks Canada's failure to consult with Mikisew Cree First Nation. They proposed a meeting the following week with the Minister, Mr. Lee and the then Minister of Indian Affairs, emphasizing the urgency of the situation.

[53] On February 2, 2001, Chief Poitras spoke to Park Superintendent Weninger. She advised him that the Thebacha Road Society was working on a proposal for an alternative route. There is conflicting evidence as to the content of the discussion. The Minister submits that traplines were discussed. Mikisew Cree First Nation submits that Chief Poitras asked to be involved in any deliberations on an alternative route, but Ms. Weninger was very vague with regard to what the route was and where the process was going from there.

[54] On February 5, 2001, Chief Poitras contacted Mr. Power of the Thebacha Road Society, and informed him that Mikisew Cree First Nation was still waiting to hear from the Minister, and its position on the road had not changed. Chief Poitras confirmed the conversation in a letter dated February 5, 2001. On the same day, Chief Poitras also spoke with Park Superintendent Weninger and again asked her about the alternative route. She advised him that they were still looking at two possible routes and also notified him about her research into *ex gratia* payments to individual trappers. When Chief Poitras met with the Peace Point trappers, they advised him that they had also expressed their concerns to Park Superintendent Weninger. They had told her that they were greatly concerned about the impact the road would have on their traplines, and that offering compensation did not solve the issue because once the nature of the land was changed, the damage could not be undone.

comprendre à la ministre qu'il fallait rencontrer sans délai la Première nation crie Mikisew au sujet du projet de route.

[52] C'est apparemment lors de cette rencontre que la Première nation crie Mikisew a appris que les travaux de construction devaient commencer presque immédiatement. Le même jour, la Première nation crie Mikisew a envoyé à la ministre une lettre lui exprimant ses préoccupations au sujet du projet de route et de l'omission de Parcs Canada de la consulter. La Première nation crie Mikisew invitait la ministre, M. Lee et le ministre des Affaires indiennes de l'époque à la rencontrer la semaine suivante, en insistant sur l'urgence de la situation.

[53] Le 2 février 2001, le chef Poitras a parlé à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, qui l'a informé que la Thebacha Road Society élaborait une proposition pour un autre tracé. Il existe des éléments de preuve contradictoires au sujet de la teneur de la conversation. La ministre affirme qu'il a été question des réseaux de piégeage. La Première nation crie Mikisew affirme que le chef Poitras a demandé à participer à toute discussion relative à un nouveau tracé, mais M^{me} Weninger a été très vague sur ce point et au sujet du processus qui serait suivi.

[54] Le 5 février 2001, le chef Poitras a communiqué avec M. Power, de la Thebacha Road Society, et l'a informé que la Première nation crie Mikisew attendait toujours des nouvelles de la ministre et que la position qui avait été prise au sujet de la route n'avait pas changé. Le chef Poitras a confirmé la conversation dans une lettre en date du 5 février 2001. Le même jour, le chef Poitras a également parlé à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, et lui a de nouveau demandé des détails au sujet du nouveau tracé. M^{me} Weninger lui a dit que deux possibilités étaient encore à l'étude et l'a également informé qu'elle examinait la possibilité d'effectuer des versements à titre gracieux aux trappeurs individuels. Lorsque le chef Poitras a rencontré les trappeurs de Peace Point, ceux-ci lui ont fait savoir qu'ils avaient également fait part de leurs craintes à la surintendante du parc. Ils avaient dit à celle-ci qu'ils redoutaient les incidences que la route aurait sur leurs réseaux de piégeage et qu'une offre d'indemnisation ne réglait pas le problème parce

[55] On February 9, 2001, Mikisew Cree First Nation received a standard-form response letter from the Minister's office stating that its correspondence "will be given every consideration".

[56] In March of 2001, Parks Canada and Westworth Associates Environmental Ltd. completed the field inspection and biophysical resource assessment on a realignment of the winter road that would avoid the Peace Point Reserve. The new proposal was that the road would track the Peace Point Reserve by extending 10 metres from the Reserve boundary for 2.5 kilometres before joining the all-weather road from Fort Smith. Mikisew Cree First Nation was never informed that the route for the realignment had been chosen, and was not consulted on the realignment, or the related environmental assessments.

[57] In March and April of 2001, Chief Poitras spoke on the telephone several times with Park Superintendent Weninger and Gaby Fortin, Director General West of Parks Canada, attempting to arrange a meeting with Parks Canada to address Mikisew Cree First Nation's concerns. It was extremely difficult to get a meeting arranged, for both parties, and a number of phone calls went back and forth. On April 27, 2001, Chief Poitras finally met with Gaby Fortin in Calgary. At that meeting the Chief learned the route of the realignment. He asked that someone meet with Mikisew Cree First Nation's Council to make a full presentation on the realignment, and was informed that it could not be done until after the formal announcement of the approval. The Chief strongly disagreed and was promised that a presentation would take place in Mikisew Cree First Nation's Council Chambers on May 2, 2001. Chief Poitras attested that Parks Canada made it very clear to him that the decision had already been made to approve the realignment.

[58] In response, Gaby Fortin sent Mikisew Cree First Nation a letter dated April 30, 2001 apologizing for

que, une fois modifiée la nature des terres, le dommage était irréparable.

[55] Le 9 février 2001, la Première nation crie Mikisew a reçu en réponse du bureau de la ministre une lettre type disant [TRADUCTION] qu'«il sera[it] donné suite à la lettre avec toute l'attention requise».

[56] Au mois de mars 2001, Parcs Canada et Westworth Associates Environmental Ltd. ont réalisé l'inspection sur le terrain et l'évaluation des ressources biophysiques concernant le nouveau tracé de la route d'hiver, qui éviterait la réserve de Peace Point. Selon la nouvelle proposition, la route longerait la limite de la réserve de Peace Point, à 10 mètres de celle-ci, sur une distance de 2,5 kilomètres et rejoindrait ensuite la route carrossable en tout temps de Fort Smith. On n'a jamais informé la Première nation crie Mikisew que le nouveau tracé avait été choisi et on ne l'a pas consultée sur ce point et au sujet des évaluations environnementales connexes.

[57] Aux mois de mars et d'avril 2001, le chef Poitras s'est entretenu au téléphone plusieurs fois avec la surintendante du parc, M^{me} Weninger, et avec Gaby Fortin, directeur exécutif, région de l'Ouest, à Parcs Canada, pour tenter d'organiser une rencontre avec Parcs Canada afin de discuter des préoccupations de la Première nation crie Mikisew. Il a été fort difficile pour les deux parties d'organiser une rencontre et plusieurs appels téléphoniques ont été échangés. Le 27 avril 2001, le chef Poitras a finalement rencontré Gaby Fortin, à Calgary. Lors de cette rencontre, le chef Poitras a été mis au courant du nouveau tracé. Il a demandé à ce que quelqu'un rencontre le conseil de la Première nation crie Mikisew pour lui donner des renseignements complets au sujet du nouveau tracé; il s'est fait dire qu'une telle rencontre était impossible avant l'annonce officielle de l'approbation. Le chef a fermement manifesté son désaccord et on lui a promis qu'une présentation serait faite dans la salle du conseil de la Première nation crie Mikisew le 2 mai 2001. Le chef Poitras a affirmé que Parcs Canada lui avait clairement dit que la décision d'approuver le nouveau tracé avait déjà été prise.

[58] En réponse, Gaby Fortin a envoyé à la Première nation crie Mikisew, le 30 avril 2001, une lettre dans

excluding Mikisew Cree First Nation from the consultation process. The letter stated in part: “I apologize to you and your people for the way in which the consultation process unfolded concerning the proposed winter road and any resulting negative public perception of the MCFN. It was never Parks Canada’s intention to exclude you from the process nor to place the MCFN in a negative light in the community.”

[59] On May 2, 2001, a meeting was held between Park Superintendent Weninger, Gaby Fortin, and the Chief and Council of Mikisew Cree First Nation. They discussed Mikisew Cree First Nation’s January 2001 letter to the Minister. The Chief and Council emphasized Mikisew Cree First Nation’s dissatisfaction with being excluded from the road proposal process.

[60] On May 17, 2001, Mikisew Cree First Nation sent the Minister another letter informing her of its concerns with the realignment. Mikisew Cree First Nation expressed their disappointment and concern over Parks Canada’s failure to consult, particularly in light of the fact that Parks Canada was aware, at least as of October 2000, that Mikisew Cree First Nation had substantial concerns with regard to the proposed road.

[61] On May 25, 2001, Mr. Lee issued a message to all staff announcing the approval of the road and indicating that Parks Canada would not consider an all-weather road proposal. Gaby Fortin called Chief Poitras to inform him of the decision. Mr. Lee also sent a letter to Chief Poitras as a formal response to the May 17, 2001 letter to the Minister. The letter indicated that Parks Canada recognized that the consultation process had not been adequately conducted, but pointed out that there had been meetings and discussions between Mikisew Cree First Nation and Parks Canada.

[62] On May 25, 2001, a notice entitled “Parks Canada Determination Regarding the Thebacha Road Society Proposal to Reopen a Winter Snow Road in Wood Buffalo National Park” was posted to the website of Wood Buffalo National Park. The following appeared under the heading “Finding and Determination”:

laquelle il s’excusait de l’avoir exclue du processus de consultation. La lettre était en partie ainsi libellée: [TRADUCTION] «Je vous fais, à vous et à votre peuple, mes excuses pour la façon dont s’est déroulé le processus de consultation relatif au projet de route d’hiver et pour toute perception publique négative de la PNCM. Parcs Canada n’a jamais eu l’intention de vous exclure du processus ni de faire paraître la PNCM sous un jour défavorable dans la communauté.»

[59] Le 2 mai 2001, une rencontre a eu lieu entre la surintendante du parc, Gaby Fortin et le chef et le conseil de la Première nation crie Mikisew. Il a été question de la lettre que la Première nation crie Mikisew avait envoyée à la ministre au mois de janvier 2001. Le chef et le conseil ont insisté sur le mécontentement que ressentait la Première nation crie Mikisew par suite de son exclusion du processus relatif au projet de route.

[60] Le 17 mai 2001, la Première nation crie Mikisew a envoyé à la ministre une autre lettre l’informant des préoccupations qu’elle avait au sujet du nouveau tracé. La Première nation crie Mikisew a exprimé sa déception et son inquiétude au sujet de l’omission de Parcs Canada de la consulter, étant donné en particulier que Parcs Canada savait, du moins au mois d’octobre 2000, que la route proposée la préoccupait grandement.

[61] Le 25 mai 2001, M. Lee a envoyé à l’ensemble du personnel un message annonçant l’approbation de la route et indiquant que Parcs Canada n’étudierait pas un projet de route carrossable en tout temps. Gaby Fortin a appelé le chef Poitras pour l’informer de la décision. M. Lee a également envoyé une lettre au chef Poitras à titre de réponse officielle à la lettre envoyée à la ministre le 17 mai 2001. La lettre indiquait que Parcs Canada reconnaissait que le processus de consultation n’avait pas été adéquat, mais on signalait qu’il y avait eu des rencontres et des discussions entre la Première nation crie Mikisew et Parcs Canada.

[62] Le 25 mai 2001, un avis intitulé «Décision de Parcs Canada concernant la proposition de la Thebacha Road Society—Réouverture d’une route de neige dans le Parc National Wood Buffalo» s’affichait dans le site Web du parc national Wood Buffalo. Sous le titre «Conclusion et décision», on pouvait lire ce qui suit:

Parks Canada and its [sic] co-Responsible Authority HRDC have found the proposed reopening of the Garden River to Peace Point winter snow road is not in contradiction with Parks Canada plans and policy, (or other federal laws and regulations). It is determined that, taking into account the implementation of the Thebacha Road Society's mitigation measures, the project (construction, maintenance and operation of a winter snow road) is not likely to cause significant adverse environmental effects.

Subject to the implementation of the mitigating measures, including adaptive management and environmental management strategies, the winter snow road project is approved and can proceed.

[63] The Crown has entered into an agreement with the Thebacha Road Society providing for the construction and operation of the winter road. At the time of the hearing of this matter in the Federal Court, it was anticipated that permits would be issued to give effect to the agreement and provide mechanisms for the implementation of mitigation measures.

[64] On June 18, 2001, Canadian Parks and Wilderness Society filed an application for judicial review to challenge the Minister's decision to approve the construction of the winter road. The application was based on administrative law grounds relating to the applicable framework of federal environmental legislation and regulations. The application was dismissed on October 16, 2001: *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273 (F.C.T.D.); affirmed [2003] 4 F.C. 672 (C.A.).

[65] On June 25, 2001, Mikisew Cree First Nation filed the application for judicial review that resulted in the decision now under appeal. That application raised the same issues as the previous application of Canadian Parks and Wilderness Society, which have now been decided in favour of the Minister. It also relied on additional grounds specific to Mikisew Cree First Nation. Those are the issues that were determined by the Judge in favour of Mikisew Cree First Nation, giving rise to this appeal by the Minister.

Parcs Canada et l'autre autorité responsable, DRHC, concluent que le projet de réouverture de la route d'hiver reliant Garden River à Peace Point n'enfreint pas les plans et les politiques de Parcs Canada (ou d'autres lois et règlements fédéraux). Il est donc établi que, compte tenu des mesures d'atténuation prévues par la Thebacha Road Society, le projet (la construction, l'entretien et l'exploitation d'une route de neige) n'est pas susceptible d'avoir d'effets négatifs importants sur l'environnement.

Sous réserve de la mise en œuvre des mesures d'atténuation, ainsi que des stratégies de gestion adaptative et de gestion de l'environnement énoncées plus haut, Parcs Canada approuve le projet de route d'hiver et autorise le promoteur à entamer ses travaux.

[63] La Couronne a conclu une entente relative à la construction et à l'exploitation de la route d'hiver avec la Thebacha Road Society. Au moment où l'affaire a été entendue devant la Cour fédérale, on prévoyait que des permis seraient délivrés pour donner effet à l'entente et prévoir les modalités de mise en œuvre des mesures d'atténuation.

[64] Le 18 juin 2001, la Société de la protection des parcs et des sites naturels du Canada a contesté l'approbation ministérielle de la route d'hiver en déposant une demande de contrôle judiciaire. La demande était fondée sur des moyens de droit administratif faisant intervenir la législation et la réglementation fédérales applicables en matière environnementale. La demande a été rejetée le 16 octobre 2001: *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273 (C.F. 1^{re} inst.); confirmé par [2003] 4 C.F. 672 (C.A.).

[65] Le 25 juin 2001, la Première nation crie Mikisew a déposé la demande de contrôle judiciaire qui a abouti au prononcé de la décision visée par le présent appel. Cette demande soulevait les mêmes questions que la demande antérieure de Parcs Canada et de la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada, à l'égard de laquelle une décision a maintenant été rendue en faveur de la ministre. La demande était également fondée sur des motifs additionnels intéressant plus particulièrement la Première nation crie Mikisew. Il s'agit des questions que la juge a tranchées en faveur de la Première nation crie Mikisew, d'où le présent appel interjeté par la ministre.

[66] The basis of the judgment is that the rights of the people of Mikisew Cree First Nation under Treaty 8 were infringed because the Minister's decision was not preceded by adequate consultation. The Minister appeals that judgment, and seeks restoration of the Minister's decision.

B. Standard of review

[67] The Judge did not specifically address the question of standard of review. However, it is clear that with respect to the issues raised before her, the Judge applied a standard of correctness. In my view, she was correct to do so.

[68] The Minister's decision was challenged on the basis that it was made without recognizing or taking into account certain Aboriginal rights, and resulted in an unjustified breach of those rights. That was a challenge based on one or more errors of law. As the Minister has no special expertise on such questions, and there is no preclusive clause in the legislation pursuant to which her decision was made, there was no basis upon which the Judge could or should have applied any standard of review except correctness.

[69] This Court must apply the correctness standard to the decision of the Judge, to the extent it consists of questions of law. Her findings of fact must be reviewed on the standard of palpable and overriding error. Any findings of mixed fact and law must be reviewed on the standard of palpable and overriding error, except to the extent they are based on an error of law.

C. Was notice required under section 57 of the *Federal Court Act*?

[70] I will deal first with a procedural point. The Attorney General of Alberta was not given notice of the proceedings in the Federal Court and was not a party to those proceedings, but has been permitted to intervene in the appeal on the basis of rule 110 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106: see *Canada (Minister of Canadian Heritage) v. Mikisew Cree First Nation* (2002), 293 N.R. 182 (F.C.A.). Rule 110 provides,

[66] Le jugement est fondé sur le fait qu'il a été porté atteinte aux droits reconnus au peuple de la Première nation crie Mikisew par le Traité n° 8 parce qu'aucune consultation adéquate n'a précédé la décision de la ministre. La ministre interjette appel contre ce jugement et demande que sa décision soit rétablie.

B. Norme de contrôle

[67] La juge n'a pas expressément abordé la question de la norme de contrôle. Toutefois, il est clair qu'en ce qui concerne les questions qui ont été soulevées devant elle, la juge a appliqué la norme de la décision correcte. À mon avis, elle a eu raison de le faire.

[68] La décision a été contestée pour le motif que la ministre l'avait prise sans reconnaître certains droits ancestraux ou sans tenir compte de ces droits et qu'elle avait entraîné une violation injustifiée de ces droits. La contestation était fondée sur au moins une erreur de droit. Étant donné que la ministre n'avait pas d'expertise spéciale sur pareilles questions et que la loi en vertu de laquelle la décision était prise ne renfermait aucune clause limitative, rien ne permettait à la juge d'appliquer une norme de contrôle autre que celle de la décision correcte ou n'obligeait la juge à le faire.

[69] La Cour doit appliquer la norme de la décision correcte dans la mesure où la décision de la juge porte sur des questions de droit. Les conclusions de fait tirées par la juge doivent être examinées selon la norme de l'erreur manifeste dominante. Les conclusions mixtes de fait et de droit doivent être examinées selon la norme de l'erreur manifeste dominante, sauf dans la mesure où elles sont fondées sur une erreur de droit.

C. Un avis devait-il être signifié en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

[70] J'examinerai d'abord un point de procédure. Le procureur général de l'Alberta n'a pas reçu d'avis de l'instance engagée devant la Cour fédérale et il n'était pas partie à cette instance, mais il a été autorisé à intervenir dans l'appel compte tenu de la règle 110 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106: voir *Canada (Ministre du Patrimoine canadien) c. Première nation Crie Mikisew* (2002), 293 N.R. 182 (C.A.F.). La règle

among other things, that the Attorney General of a province may apply for leave to intervene in any proceeding in this Court if a “question of general importance” is raised.

[71] Alberta argues that notice of a constitutional question should have been given in the Federal Court pursuant to section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, and that the matter should be returned to the Federal Court for a trial of the constitutional issues. Alberta has also submitted, in the alternative, a number of arguments in support of the position of the Minister that the appeal should be allowed.

[72] After oral submissions on this point by counsel for Alberta, and without calling upon counsel for Mikisew Cree First Nation to respond, the panel indicated that it was not persuaded that a section 57 notice was required. The reasons for that decision are stated below.

[73] Section 57 of the *Federal Court Act* reads as follows:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

(3) The Attorney General of Canada and the attorney general of each province are entitled to notice of any appeal or application for judicial review made in respect of the constitutional question described in subsection (1).

(4) The Attorney General of Canada and the attorney general of each province are entitled to adduce evidence and

110 prévoit, entre autres choses, que le procureur général d’une province peut demander l’autorisation d’intervenir dans une instance engagée devant la Cour si une «question d’importance générale» est soulevée.

[71] L’Alberta affirme qu’un avis de question constitutionnelle aurait dû être signifié devant la Cour fédérale conformément à l’article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée, et que l’affaire devrait être renvoyée à la Cour fédérale pour qu’une instruction soit tenue au sujet des questions constitutionnelles. L’Alberta a également invoqué, à titre subsidiaire, un certain nombre d’arguments à l’appui de la position de la ministre selon laquelle l’appel devrait être accueilli.

[72] Après que l’avocat de l’Alberta eut présenté des arguments oraux sur ce point, et sans que l’on ait demandé à l’avocat de la Première nation crie Mikisew de répondre, la formation a fait savoir qu’elle n’était pas convaincue qu’il soit nécessaire de signifier l’avis prévu à l’article 57. Les motifs de cette décision sont ci-dessous énoncés.

[73] L’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi libellé:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d’application, dont la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s’il s’agit d’un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n’aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(2) L’avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l’office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l’objet doit être débattue.

(3) Les avis d’appel et de demande de contrôle judiciaire portant sur une question constitutionnelle sont à signifier au procureur général du Canada et à ceux des provinces.

(4) Le procureur général à qui un avis visé aux paragraphes (1) ou (3) est signifié peut présenter une preuve et des

make submissions to the Court or federal board, commission or other tribunal in respect of the constitutional question described in subsection (1).

(5) Where the Attorney General of Canada or the attorney general of a province makes submissions under subsection (4), that attorney general shall be deemed to be a party to the proceedings for the purposes of any appeal in respect of the constitutional question described in subsection (1).

[74] The issue raised by Mikisew Cree First Nation in its application for judicial review required the Federal Court to determine whether certain treaty rights were infringed when the Minister decided to permit the construction of the winter road through Wood Buffalo National Park. This was a constitutional question because of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which reads as follows:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

[75] Notice of a constitutional question under section 57 of the *Federal Court Act* is not required in every case where a constitutional issue is raised, or in every case where a party asserts a constitutional right. It is the nature of the remedy sought in a particular case that will determine whether a section 57 notice is required.

[76] The objective of section 57 is to preclude a court from making a judgment that a statute or regulation is invalid, inapplicable or inoperable on constitutional grounds, unless the constitutional question underlying the judgment is the subject of prior notice to Canada and the provinces. A notice of constitutional question under section 57 is simply a means of ensuring that appropriate notice is given. It is axiomatic that there is no need for a section 57 notice in a case where the judicial remedy is something other than a judgment that a statute or regulation is invalid, inapplicable or inoperable on constitutional grounds. Of course, other remedies are possible. This is explained in the judgment of Justice Lamer, as he then was, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. Although he was in dissent, all of the judges agreed with his analysis on this point.

observations à la Cour, et à l'office fédéral en cause, à l'égard de la question constitutionnelle en litige.

(5) Le procureur général qui présente des observations est réputé partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle.

[74] La question soulevée par la Première nation crie Mikisew dans sa demande de contrôle judiciaire exigeait que la Cour fédérale décide si certains droits issus de traités avaient été violés lorsque la ministre avait décidé de permettre la construction de la route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo. Il s'agissait d'une question constitutionnelle en raison du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui est ainsi libellé:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

[75] Il n'est pas nécessaire de signifier l'avis de question constitutionnelle prévu à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* chaque fois qu'une question constitutionnelle est soulevée, ou chaque fois qu'une partie invoque un droit constitutionnel. C'est la nature de la réparation demandée dans un cas particulier qui permettra de décider s'il faut donner un avis en vertu de l'article 57.

[76] L'article 57 vise à empêcher un tribunal judiciaire de statuer qu'une loi ou un règlement est invalide, inapplicable ou sans effet sur le plan constitutionnel à moins que la question constitutionnelle sous-tendant le jugement n'ait fait l'objet d'un préavis au Canada et aux provinces. L'avis de question constitutionnelle prévu à l'article 57 permet simplement de s'assurer que l'avis approprié est donné. Il va sans dire qu'il n'est pas nécessaire de signifier l'avis prévu à l'article 57 dans un cas où la réparation judiciaire est autre chose qu'un jugement portant qu'une loi ou un règlement est invalide, inapplicable ou sans effet sur le plan constitutionnel. Bien sûr, d'autres réparations sont possibles. C'est ce qu'explique le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Le juge Lamer était dissident, mais tous les autres juges souscrivaient à son analyse sur ce point.

[77] *Slaight Communications* establishes that, generally speaking, a discretionary decision may be subject to two forms of constitutional challenge. One is a challenge to the legislation itself. Such a challenge is based on the premise that the legislation, properly interpreted, expressly or by necessary implication confers on the decision-maker the authority to make a decision that infringes a constitutional right. In a challenge of that kind, the argument must be that the legislation is unconstitutional, and the remedy will be aimed at the legislation.

[78] The other form of constitutional challenge to a discretionary decision is based on an argument that the legislation does not authorize the decision-maker to make a decision that infringes a constitutional right. In a challenge of that kind, the remedy is not aimed at the legislation at all, but only at the decision.

[79] In my view, the constitutional challenge in this case is limited to the decision. It is common ground that the Minister has the discretionary authority to decide whether to approve the construction of the winter road through Wood Buffalo National Park, and that her decision is subject to challenge on constitutional grounds. However, Mikisew Cree First Nation does not argue that the governing legislation expressly or by necessary implication authorizes the Minister to make a decision that infringes a constitutional right. Nor does Mikisew Cree First Nation argue that the legislation must be read down to conform to a constitutional principle, or to avoid the inevitable infringement of a constitutional right. The argument is that the manner in which the Minister exercised her discretion infringed the treaty rights of Mikisew Cree First Nation. That argument does not call for a decision as to the constitutional validity, applicability or operability of legislation. It follows that no notice of constitutional question was required under section 57 of the *Federal Court Act*.

[80] Alberta refers to a number of cases in which notice under section 57 of the *Federal Court Act*, or the equivalent notice required by another statute, was given. Those cases are not helpful because they disclose no debate on the scope of section 57. No doubt there are

[77] L'arrêt *Slaight Communications* établit qu'en général, une décision discrétionnaire peut faire l'objet de deux formes de contestations d'ordre constitutionnel. En premier lieu, on peut contester la loi elle-même. Une telle contestation est fondée sur la prémisse selon laquelle la loi, si elle est interprétée comme il convient de le faire, confère au décideur, expressément ou d'une façon nécessairement implicite, le pouvoir de rendre une décision qui porte atteinte à un droit constitutionnel. En pareil cas, il faut soutenir que la loi est inconstitutionnelle, et la réparation visera cette loi.

[78] En second lieu, une décision discrétionnaire peut faire l'objet d'une contestation d'ordre constitutionnel pour le motif que la loi n'autorise pas le décideur à rendre une décision qui porte atteinte à un droit constitutionnel. Dans une contestation de ce genre, la réparation ne vise pas du tout la loi, mais uniquement la décision.

[79] À mon avis, la contestation d'ordre constitutionnel en l'espèce est limitée à la décision. Il est reconnu que la ministre a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il faut approuver la construction de la route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo et que sa décision peut être contestée sur le plan constitutionnel. Toutefois, la Première nation crie Mikisew ne soutient pas que la législation habilitante autorise la ministre, expressément ou d'une façon nécessairement implicite, à prendre une décision qui porte atteinte à un droit constitutionnel. La Première nation crie Mikisew ne soutient pas non plus que la loi doit être interprétée de façon à être conforme à un principe constitutionnel ou à éviter la violation inévitable d'un droit constitutionnel. Selon l'argument invoqué, la façon dont la ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire portait atteinte aux droits issus d'un traité de la Première nation crie Mikisew. Cet argument n'exige pas qu'une décision soit rendue au sujet de la validité, de l'applicabilité ou de l'effet de la législation sur le plan constitutionnel. Par conséquent, aucun avis de question constitutionnelle n'était nécessaire en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[80] L'Alberta cite un certain nombre de jugements dans lesquels l'avis prévu à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou l'avis équivalent exigé par une autre loi a été donné. Ces jugements ne sont pas utiles parce qu'ils ne révèlent aucun débat portant sur le champ

many cases where a party gives notice of a constitutional question out of an abundance of caution, or perhaps even as the result of a mistaken view of the legislation requiring the notice.

[81] Alberta also cites a number of cases in which an issue arose because no notice was given under section 57 or its equivalent: *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.); *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.); *Gitsan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135 (C.A.). I do not propose to deal with these cases in detail. It is enough to say that they all involve challenges to legislation on constitutional grounds. None of them supports the conclusion that notice is required under section 57 of the *Federal Court Act* in this case.

D. Do Treaty 8 hunting rights subsist in Wood Buffalo National Park?

[82] The Minister argues that the land now comprising the Wood Buffalo National Park was “taken up” by the Crown when the Park was established, thus placing it outside the geographical limitations of Treaty 8. In the alternative, the Minister argues that the land is “occupied Crown land” to which there is no general right of access to hunt and trap. As a second alternative, the Minister argues that any treaty right to hunt and trap in the area of the Park has been extinguished by the statute and regulations governing the Park.

(1) Has the land comprising Wood Buffalo National Park been “taken up” by the Crown?

[83] The Judge rejected the argument that the area of Wood Buffalo National Park was “taken up” when the Park was established, because the use of the land as a Park is not a use that is visible and incompatible with continued existence of the hunting rights guaranteed by Treaty 8. I agree with her conclusion, for the reasons she gave.

d’application de l’article 57. Il arrive sans doute souvent qu’une partie donne un avis de question constitutionnelle par excès de prudence ou peut-être même par suite d’une interprétation erronée de la loi exigeant l’avis.

[81] L’Alberta cite également un certain nombre d’affaires dans lesquelles une question se posait parce qu’aucun avis n’avait été signifié en vertu de l’article 57 ou d’une autre disposition équivalente: *McIntosh c. Canada (Secrétaire d’État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.); *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.); *Gitsan Treaty Society c. Hospital Employees’ Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.). Je ne me propose pas d’examiner ces arrêts en détail. Il suffit de dire qu’ils se rapportent tous à des contestations de la loi sur le plan constitutionnel. Aucun de ces arrêts n’étaye la conclusion selon laquelle, dans ce cas-ci, un avis doit être signifié en vertu de l’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

D. Les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 subsistent-ils dans le parc national Wood Buffalo?

[82] La ministre affirme que les terres dont est maintenant composé le parc national Wood Buffalo ont été «prises» par la Couronne lorsque le parc a été établi, de sorte qu’elles ne sont plus situées dans les limites territoriales du Traité n° 8. Subsidiairement, la ministre affirme que les terres sont «des terres occupées de la Couronne» sur lesquelles il n’existe aucun droit général d’accès pour la chasse et le piégeage. En tant que deuxième point subsidiaire, la ministre affirme que tout droit issu d’un traité de pratiquer la chasse et le piégeage dans la zone du parc a été éteint par la loi et par les règlements régissant le parc.

1) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo ont-elle été «prises» par la Couronne?

[83] La juge a rejeté l’argument selon lequel la zone du parc national Wood Buffalo a été «prise» lorsque le parc a été établi, parce que l’utilisation des terres comme parc ne constitue pas une utilisation visible et incompatible avec le maintien des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. Je souscris à cette conclusion, et ce, pour les motifs que la juge a exprimés.

[84] The leading authority on the question of “taking up” is the judgment of Justice Cory in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. In that case, three Cree Indians who were entitled to the benefits of Treaty 8 shot moose for food on private land in Alberta. They were appealing their conviction of offences under the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1. In one case, the charge was shooting a moose out of season. In the other two cases, the charge was shooting a moose without a hunting licence.

[85] It is important to note that *Badger* involved facts that are not present in this case. The individuals in *Badger* were asserting a treaty right to hunt on private land, not in Wood Buffalo National Park or other federal Crown land. Hunting on private land in Alberta was regulated by provincial law, which brought into play paragraph 12 of the Natural Resources Transfer Agreement (Alberta) (confirmed by the *Constitution Act, 1930*), which reads as follows:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

[86] The Natural Resources Transfer Agreement is part of the Constitution of Canada by virtue of section 1 of the *Constitution Act, 1930* [20 & 21 Geo.V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26]]. However, it plays no part in this case because Alberta laws regarding the hunting of game do not apply in Wood Buffalo National Park.

[87] Justice Cory’s statement of the issues in *Badger*, *supra*, is critical to an understanding of his conclusions.

[84] Le jugement qui fait autorité en ce qui concerne la question de la «prise» a été rendu par le juge Cory dans l’affaire *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Dans cette affaire, trois Indiens cris qui avaient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8 avaient abattu un orignal pour se nourrir sur des terres privées en Alberta. Ils interjetaient appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par suite de la perpétration d’infractions à la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1. L’un des Indiens avait été accusé d’avoir abattu un orignal en dehors de la saison de chasse. Les deux autres Indiens avaient été accusés d’avoir abattu un orignal sans permis.

[85] Il importe de noter que l’affaire *Badger* se rapportait à des faits qui ne sont pas ici présents. Dans l’affaire *Badger*, les Indiens en cause invoquaient un droit issu d’un traité les autorisant à chasser sur des terres privées plutôt que dans le parc national Wood Buffalo ou sur d’autres terres de la Couronne fédérale. La chasse sur les terres privées situées en Alberta était réglemantée par la législation provinciale, qui faisait entrer en ligne de compte le paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) (confirmé par la *Loi constitutionnelle de 1930*), lequel est ainsi libellé:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l’approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leur support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s’appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l’année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès.

[86] La Convention sur le transfert des ressources naturelles fait partie de la Constitution du Canada en vertu de l’article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930* [20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26]]. Toutefois, elle n’entre pas en ligne de compte en l’espèce parce que les lois de l’Alberta relatives à la chasse du gibier ne s’appliquent pas dans le parc national Wood Buffalo.

[87] Les remarques ci-après reproduites que le juge Cory a faites au sujet des questions qui se posaient dans

It reads as follows (paragraph 37):

On this appeal, the extent of the existing right to hunt for food possessed by Indians who are members of bands which were parties to Treaty No. 8 must be determined. The analysis should proceed through three stages. First, it is necessary to decide what effect para. 12 of the [Natural Resources Transfer Agreement] had upon the rights enunciated in Treaty No. 8. After resolving which instrument sets out the right to hunt for food, it is necessary to examine the limitations which are inherent in that right. It must be remembered that, even by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation. Second, consideration must then be given to the question of whether the existing right to hunt for food can be exercised on privately owned land. Third, it is necessary to determine whether the impugned sections of the provincial *Wildlife Act* come within the specific types of regulation which have, since 1899, limited and defined the scope of the right to hunt for food. If they do, those sections do not infringe upon an existing treaty right and will be constitutional. If not, the sections may constitute an infringement of the Treaty rights guaranteed by Treaty No. 8, as modified by the [Natural Resources Transfer Agreement]. In this case the impugned provisions should be considered in accordance with the principles set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to determine whether they constitute a *prima facie* infringement of the Treaty rights as modified, and if so, whether the infringement can be justified.

[88] Justice Cory described the hunting rights guaranteed by Treaty 8 as follows (at paragraphs 39-40):

Treaty No. 8 is one of eleven numbered treaties concluded between the federal government and various Indian bands between 1871 and 1923. Their objective was to facilitate the settlement of the West. Treaty No. 8, made on June 21, 1899, involved the surrender of vast tracts of land in what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and part of the Northwest Territories. In exchange for the land, the Crown made a number of commitments, for example, to provide the bands with reserves, education, annuities, farm equipment, ammunition, and relief in times of famine or pestilence. However, it is clear that for the Indians the guarantee that hunting, fishing and trapping rights would continue was the essential element which led to their signing the treaties. The report of the Commissioners who negotiated Treaty No. 8 on behalf of the government underscored the importance to the Indians of the right to hunt, fish and trap. The Commissioners wrote:

l'affaire *Badger*, précitée, sont cruciales pour bien comprendre les conclusions qu'il a tirées (paragraphe 37):

Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer l'étendue du droit existant de chasser pour se nourrir des Indiens membres des bandes qui étaient parties au Traité n° 8. L'analyse se fera en trois étapes. Premièrement, il est nécessaire de déterminer les effets du par. 12 de la [Convention sur le transfert des ressources naturelles] sur les droits énoncés au Traité n° 8. Après avoir établi quel texte énonce le droit de chasser pour se nourrir, il est nécessaire d'examiner les restrictions inhérentes à ce droit. Il faut se rappeler que, même suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale. Deuxièmement, il faut se demander si le droit existant de chasser pour se nourrir peut être exercé sur des terres privées. Troisièmement, il est nécessaire de déterminer si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* provinciale participent des mesures spécifiques de réglementation qui, depuis 1899, définissent et limitent l'étendue du droit en question. Dans l'affirmative, ces dispositions ne portent pas atteinte à un droit existant issu de traité et elles seront jugées constitutionnelles. Dans le cas contraire, toutefois, ces dispositions peuvent constituer une atteinte aux droits garantis par le Traité n° 8, qui ont été modifiés par la *Convention*. En l'espèce, il y a lieu d'examiner les dispositions contestées à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, en vue de déterminer si elles constituent une atteinte *prima facie* aux droits modifiés issus du Traité et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée.

[88] Le juge Cory a décrit comme suit les droits de chasse garantis par le Traité n° 8 (paragraphe 39 et 40):

Le Traité n° 8 est l'un des onze traités numérotés qui ont été conclus par le gouvernement fédéral et diverses bandes indiennes entre 1871 et 1923. Ces traités visaient à faciliter la colonisation de l'Ouest. Le Traité n° 8, signé le 21 juin 1899, prévoyait la cession de vastes territoires dans ce qui constitue aujourd'hui le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et une partie des Territoires du Nord-Ouest. En contrepartie de ces territoires, la Couronne a pris un certain nombre d'engagements envers les bandes: par exemple l'engagement de créer des réserves pour les bandes, de pourvoir à l'instruction de leurs membres, de leur verser des annuités, de leur fournir de l'équipement agricole et des munitions, et de leur porter secours en cas de famine et d'épidémie de peste. Cependant, il est clair que pour les Indiens la garantie que leur droit de chasser, de piéger et de pêcher continuerait d'être respecté a été le facteur essentiel qui les a amenés à signer les traités. Dans leur rapport,

There was expressed at every point the fear that the making of the treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges. . . .

We pointed out . . . that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them. . . .

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it. (Emphasis added.)

Treaty No. 8, then, guaranteed that the Indians “shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing”. The Treaty, however, imposed two limitations on the right to hunt. First, there was a geographic limitation. The right to hunt could be exercised “throughout the tract surrendered . . . saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. Second, the right could be limited by government regulations passed for conservation purposes.

(It is noted that the record in this case includes a copy of the Commissioners’ Report quoted by Justice Cory in *Badger*.)

[89] Justice Cory concluded that the Natural Resources Transfer Agreement did not extinguish the right in Treaty 8 to hunt for food. Thus, for Aboriginal people entitled to the benefit of Treaty 8, the only geographic limitation on the right to hunt for food within

les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pour le compte du gouvernement ont souligné l’importance qu’avait pour les Indiens le droit de chasser, de piéger et de pêcher. Les commissaires ont écrit ceci:

[TRADUCTION] Ils (les Indiens) expriment partout la crainte que la signature du traité ne fut suivie d’une restriction des privilèges de chasse et de pêche [. . .]

Nous leur fîmes comprendre [. . .] qu’ils auraient après le traité les mêmes moyens qu’auparavant de gagner leur vie, et qu’on espérait que les sauvages s’en serviraient [. . .]

Notre principale difficulté à surmonter était la crainte qu’on restreindrait leurs privilèges de chasse et de pêche. La disposition du traité en vertu de laquelle des munitions et de la ficelle devaient être fournies contribua beaucoup à apaiser les craintes des sauvages, car ils admirent qu’il ne serait pas raisonnable de leur fournir les moyens de chasser et de pêcher si l’on devait faire une loi qui restreindrait tellement la chasse et la pêche qu’il serait presque impossible de gagner sa vie en s’y livrant. Mais en sus de cette disposition, nous avons dû leur affirmer solennellement qu’on ne ferait sur la chasse et la pêche que des lois qui seraient dans l’intérêt des sauvages et qu’on trouverait nécessaires pour protéger le poisson et les animaux à fourrure, et qu’ils seraient aussi libres de chasser et de pêcher après le traité qu’ils le seraient s’ils n’avaient jamais fait de traité. (Je souligne.)

Le Traité n° 8 garantissait donc aux Indiens [TRADUCTION] «le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche». En revanche, le Traité imposait deux restrictions au droit de chasser. Premièrement, ce droit était assujéti à des limites territoriales. En effet, le droit de chasser pouvait être exercé [TRADUCTION] «dans l’étendue de pays cédée [. . .] sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois ou autres objets». Deuxièmement, ce droit pouvait être limité par des règlements pris par le gouvernement en matière de conservation.

(Il importe de noter que le dossier, en l’espèce, renferme un exemplaire du rapport des commissaires cité par le juge Cory dans l’arrêt *Badger*.)

[89] Le juge Cory a conclu que la Convention sur le transfert des ressources naturelles n’éteignait pas le droit de chasser pour se nourrir prévu par le Traité n° 8. Par conséquent, pour que les peuples autochtones aient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8, la seule

the area of Treaty 8 is land “taken up” within the meaning of those words in Treaty 8, even if the land is privately owned. Justice Cory did not consider whether, after the enactment of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the “taking up” land for farms could be a *prima facie* infringement of Treaty 8. That issue did not arise in *Badger*. It does arise in this case, however, and is discussed later in these reasons.

[90] The test to be applied in determining whether land is “taken up” is explained in paragraph 54 of Justice Cory’s reasons:

An interpretation of the Treaty properly founded upon the Indians’ understanding of its terms leads to the conclusion that the geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use. This approach is consistent with the oral promises made to the Indians at the time the Treaty was signed, with the oral history of the Treaty No. 8 Indians, with earlier case law and with the provisions of the *Alberta Wildlife Act* itself. [My emphasis.]

[91] Justice Cory expanded on this at paragraphs 58-59:

Accordingly, the oral promises made by the Crown’s representatives and the Indians’ own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. Turning to the case law, it is clear that the courts have also accepted this interpretation and have concluded that whether or not land has been taken up or occupied is a question of fact that must be resolved on a case-by-case basis.

Most of the cases which have considered the geographical limitations on the right to hunt have been concerned with situations where the hunting took place on Crown land. In those cases, it was held that Crown lands were only “occupied” or “taken up” when they were actually put to an active use which was incompatible with hunting. For example, *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.), considered whether Indians had a right to hunt for food on a game preserve located on Crown land. There, in my view, it was correctly observed at p. 436 that “it is proper to consult th(e) treaty in order to glean from it whatever may throw some light on the meaning

limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir dans la zone visée par le Traité n° 8 se rapporte aux terres qui sont «prises» au sens du Traité n° 8, même s’il s’agit de terres privées. Le juge Cory ne s’est pas demandé si, après l’adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «prise» de terres à des fins agricoles pouvait constituer une atteinte *prima facie* aux droits garantis par le Traité n° 8. Cette question ne se posait pas dans l’arrêt *Badger*. Toutefois, elle se pose en l’espèce et nous y reviendrons plus loin dans ces motifs.

[90] Le critère à appliquer lorsqu’il s’agit de décider si les terres sont «prises» est expliqué au paragraphe 54 des motifs du juge Cory:

Si on interprète les termes du Traité en se fondant, comme il se doit, sur la conception qu’en ont les Indiens, on est amené à conclure que la limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s’appuyer sur le critère de l’utilisation visible et incompatible des terres en cause. Cette solution est conforme aux promesses verbales faites aux Indiens au moment de la signature du Traité, à l’histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8, aux premières décisions des tribunaux sur la question et aux dispositions mêmes de la *Wildlife Act* de l’Alberta. [Non souligné dans l’original.]

[91] Le juge Cory a donné des précisions sur ce point aux paragraphes 58 et 59:

Par conséquent, il ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l’histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d’une manière qui les empêcherait d’y chasser lorsqu’elles feraient l’objet d’une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et conclu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas.

Dans la plupart des affaires où la question de la limitation territoriale du droit de chasser s’est posée, les activités de chasse en cause avaient eu lieu sur des terres de la Couronne. Il a été jugé, dans ces décisions, que des terres de la Couronne n’étaient «occupées» ou «prises» que lorsqu’on y faisait concrètement une utilisation active et incompatible avec la chasse. Par exemple, dans *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), on s’est demandé si les Indiens avaient le droit de chasser pour se nourrir dans une réserve faunique située sur des terres de la Couronne. Dans cette décision, la cour a, selon moi, signalé à juste titre qu’[TRADUCTION] «il convient de consulter

to be given to the words” in the [Natural Resources Transfer Agreement]. It was sensibly held at p. 437 that the Indians did not have a right of access to hunt on the game preserve because to do so would be incompatible with the fundamental purpose of establishing a preserve: “a game preserve would be one in name only if the Indians, or any other class of people, were entitled to shoot in it”. See also *R. v. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), in which Crown land was taken up for a forest and game preserve; and [*R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89], in which Crown land was taken up for a public road. However, the courts have recognized an existing treaty right to hunt on Crown land taken up as a forest because hunting for food is not incompatible with that particular land use: *R. v. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (Sask. C.A.). Finally, where limited hunting by non-Indians is permitted on Crown land taken up as a wildlife management area or a fur conservation area, the courts have held that Indians continue to have an unlimited right of access for the purposes of hunting for food: *Strongquill*, *supra*, at pp. 267 and 271; [*R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451], at pp. 460 and 464-65; and *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 292. [My emphasis.]

[92] Two of the three convictions were upheld on the basis that the land where they were hunting was being visibly used for a purpose that was incompatible with hunting. In one case, the hunting occurred on the land covered with second growth willow and scrub, only one quarter of a mile from a farm house. In the other case, the hunting occurred on what was clearly a farmer’s field.

[93] The third person was hunting in an area of uncleared muskeg, with no fences, signs or buildings anywhere near the site of the kill. The land where he was hunting did not meet the “visible, incompatible use test”. In his case, it was necessary to go further and consider the constitutional validity of the provisions of the *Alberta Wildlife Act* under which he had been charged. For that purpose, Justice Cory applied the analysis in *Sparrow*, *supra*. Although *Sparrow* dealt with the infringement of non-treaty Aboriginal rights, Justice Cory found it to be

le traité concerné pour voir s’il est possible d’en tirer des éléments susceptibles de jeter quelque lumière sur le sens à donner au texte» de la [Convention sur le transfert des ressources naturelles]. On a raisonnablement conclu à la p. 437 que les Indiens ne disposaient pas d’un droit d’accès à la réserve faunique pour y chasser, car cela serait incompatible avec l’objet fondamental de l’établissement d’une telle réserve: [TRADUCTION] «une telle réserve n’aurait de faunique que le nom si les Indiens ou tout autre groupe de personnes étaient autorisés à y chasser». Voir également l’affaire *R. c. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), où des terres de la Couronne ont été prises pour l’établissement d’une réserve forestière et faunique; et l’arrêt [*R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89], où des terres de la Couronne ont été prises pour la construction d’une voie publique. Les tribunaux ont cependant reconnu un droit existant—issu de traité—de chasser sur des terres de la Couronne prises pour l’établissement d’une réserve forestière, puisque la pratique de la chasse pour se nourrir n’est pas incompatible avec l’utilisation particulière qui était faite des terres en cause: *R. c. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (C.A. Sask.). Enfin, lorsque les non-Indiens disposent d’un droit limité de chasser sur des terres de la Couronne prises en tant que zone de gestion de la faune ou zone de conservation des animaux à fourrure, les tribunaux ont conclu que les Indiens continuent d’avoir un droit d’accès illimité à ces terres afin d’y chasser pour se nourrir: *Strongquill*, précité, aux pp. 267 et 271; [*R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451], aux pp. 460 et 464 et 465; et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 292. [Non souligné dans l’original.]

[92] Deux des trois déclarations de culpabilité ont été confirmées pour le motif que les terres sur lesquelles les Indiens avaient chassé étaient visiblement utilisées à des fins qui étaient incompatibles avec la chasse. Dans un cas, la chasse avait eu lieu sur des terres couvertes de jeunes saules et de broussailles, à un quart de mille seulement d’une maison de ferme. Dans l’autre cas, la chasse avait eu lieu dans ce qui était clairement un champ appartenant à un agriculteur.

[93] Le troisième Indien chassait dans une savane non déboisée, où il n’y avait pas de clôtures, d’écriteaux ou d’édifices aux alentours. La terre où l’Indien chassait ne satisfaisait pas au «critère d’utilisation visible et incompatible». Dans son cas, il fallait aller plus loin et examiner la validité, sur le plan constitutionnel, des dispositions de la *Wildlife Act* de l’Alberta en vertu desquelles il avait été accusé. À cette fin, le juge Cory a appliqué l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*, précité. L’arrêt *Sparrow* traitait de la violation de droits

equally applicable to the infringement of Aboriginal treaty rights. He held that the impugned provision of the *Wildlife Act* conflicted with the hunting rights in Treaty 8, as modified by the Natural Resources Transfer Agreement, so that there was a *prima facie* infringement. It was thus necessary to consider whether the infringement was justified. The matter was returned for retrial on that question.

[94] Returning to the present case, the question is this: Do the laws governing Wood Buffalo National Park result in a use of the land that is visibly incompatible with the exercise of the hunting rights guaranteed by Treaty 8? The Judge said no, and I agree.

[95] The Minister argues against that conclusion on the basis of the combined operation of sections 2 and 18 [as am. by S.C. 1913, c. 18, s. 5] of *The Dominion Forest Reserves and Parks Act*, S.C. 1911, c. 10; section 2 of the *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks* (P.C. 1919-2415), Order in Council (P.C. 1922-2498), which created Wood Buffalo National Park, and Order in Council (April 30, 1926), which expanded its boundaries.

[96] The relevant parts of sections 2 and 18 of *The Dominion Forest Reserves and Parks Act*, which came into force in 1911, read as follows:

2. All Dominion lands within the respective boundaries of the reserves mentioned in the schedule to this Act are hereby withdrawn from sale, settlement and occupancy under *The Dominion Lands Act* or any other Act, or any regulations made under any Act with respect to mines or mining or timber or timber licenses or leases or any other matter whatsoever; and after the passing of this Act no Dominion lands within the boundaries of the said reserves shall be sold, leased or otherwise disposed of, or be located or settled upon, and no person shall use or occupy any part of such lands, except under the authority of this Act or of regulations made thereunder.

...

18. The Governor in Council may, by proclamation, designate such reserves or areas within forest reserves or such other areas

ancestraux non issus de traités, mais le juge Cory a conclu que cet arrêt s'appliquait également à la violation des droits issus de traités des Autochtones. Le juge a statué que la disposition contestée de la *Wildlife Act* allait à l'encontre des droits de chasse prévus dans le Traité n° 8, tel qu'il avait été modifié par la Convention sur le transfert des ressources naturelles, de sorte qu'il y avait atteinte *prima facie*. Il fallait donc déterminer si l'atteinte était justifiée. L'affaire a été renvoyée pour que cette question soit instruite à nouveau.

[94] En ce qui concerne la présente affaire, il s'agit de savoir si les lois régissant le parc national Wood Buffalo entraînent une utilisation des terres qui est visiblement incompatible avec l'exercice des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. La juge a conclu par la négative, et je suis d'accord avec elle.

[95] La ministre conteste cette conclusion en se fondant sur l'application combinée des articles 2 et 18 [mod. par S.C. 1913, ch. 18, art. 5] de la *Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs fédéraux*, S.C. 1911, ch. 10; de l'article 2 des *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks* (C.P. 1919-2415), d'un Décret (C.P. 1922-2498) créant le parc national Wood Buffalo et d'un décret (30 avril 1926), par lequel la superficie du parc était augmentée.

[96] Les parties pertinentes des articles 2 et 18 de la *Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs* qui est entrée en vigueur en 1911 sont ainsi libellées:

2. Toutes les terres fédérales comprises dans les limites respectives des réserves mentionnées en l'annexe de la présente loi sont par la présente loi retirées de la vente, de la colonisation et de l'occupation sous le régime des dispositions de la *Loi des terres fédérales* ou de toute autre loi, ou des règlements établis sous le régime de toute loi relative aux mines ou à l'exploitation minière, au bois ou aux licences ou aux permis d'exploitation forestière ou sous tout autre rapport quelconque; et, une fois la présente loi rendue, nulles terres fédérales comprises dans les limites des dites réserves ne doivent être vendues, données à bail ni autrement aliénées ni être choisies pour l'établissement, ni établies, et personne ne doit employer ni occuper quelque partie de ces terres, si ce n'est sous l'empire de la présente loi ou des règlements établis sous son régime.

[...]

18. Le Gouverneur en conseil peut, quand il y a lieu, par proclamation, désigner les réserves ou étendues de réserves

as he sees fit, the title to which is vested in the crown in the right of Canada, to be and to be known as Dominion Parks, and, they shall be maintained and made use of as public parks and pleasure grounds for the benefit, advantage and enjoyment of the people of Canada, and the provision of this Act governing forest reserves, excepting section 4, shall also apply to the Dominion Parks. [My emphasis.]

[97] In 1919, the Governor in Council enacted the *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks*. Regulation 2 reads as follows:

Except as hereinafter provided, no person shall at any time chase, harass or pursue, hunt, shoot at, trap, take, wound, kill, capture or destroy any game within a Dominion Park.

[98] On December 18, 1922, Wood Buffalo National Park was created by Order in Council P.C. 1922- 2498 as a park under *The Dominion Forest Reserves and Parks Act*. The record does not indicate that the area of the Park had first been designated a forest reserve, as the Act appears to contemplate, but I assume nothing turns on that. The Order in Council indicates that the purpose of creating the Park was to safeguard the “Wood-bison, or so-called Wood-buffalo”. It is not disputed that the Park was validly created.

[99] It is the position of the Minister that the general prohibition on hunting, as set out in Regulation 2, applied immediately to Wood Buffalo National Park, and as such a prohibition is necessarily inconsistent with the continued existence of a treaty right to hunt, the treaty right ceased to exist within the Park when it was created.

[100] A somewhat similar proposition was addressed in *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393. The issue in that case was whether Mr. Sundown, an Indian who was subject to Treaty No. 6 [1876], was in breach of a provincial park regulation when he constructed a log cabin within a Saskatchewan provincial park for use as shelter when he was hunting and fishing within the park. The regulation prohibited the construction or occupation of a temporary or permanent dwelling on park land without permission. Mr. Sundown was acquitted because the construction of the cabin was reasonably incidental

forestières qu’il juge à propos, qui seront et sont connus sous le nom de Parcs fédéraux, et, subordonnément aux dispositions de la présente loi, ils doivent être entretenus et il peut en être fait usage comme parcs publics et lieux d’amusement pour le bénéfice, l’avantage et la jouissance de la population du Canada. [Non souligné dans l’original.]

[97] En 1919, le gouverneur en conseil a adopté les *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks*, dont l’article 2 est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Sauf pour ce qui est ci-après prévu, personne ne peut chasser, harceler ou poursuivre, abattre à coups de fusil, piéger, prendre, blesser, tuer, capturer ou détruire du gibier dans un parc.

[98] Le 18 décembre 1922, le parc national Wood Buffalo a été créé par le décret C.P. 1922-2498 en vertu de la *Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs fédéraux*. Le dossier n’indique pas que la zone du parc avait d’abord été désignée en tant que réserve forestière, comme la Loi semble le prévoir, mais je suppose que telle n’est pas la question. Le décret indique que la création du parc visait à sauvegarder le [TRADUCTION] «bison des bois». Il n’est pas contesté que le parc a été validement créé.

[99] Selon la position prise par la ministre, l’interdiction générale de chasser, telle qu’elle est énoncée à l’article 2 du Règlement, s’appliquait immédiatement au parc national Wood Buffalo; puisqu’une interdiction est nécessairement incompatible avec le maintien du droit de chasse issu d’un traité, le droit issu du traité a cessé d’exister à l’intérieur du parc lors de la création du parc.

[100] Une proposition quelque peu similaire a été examinée dans l’arrêt *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si M. Sundown, un Indien qui était visé par le Traité n° 6 [1876], avait enfreint un règlement provincial sur les parcs en construisant une cabane en rondins dans un parc provincial de la Saskatchewan pour l’utiliser comme abri lorsqu’il chassait et pêchait dans le parc. Le règlement interdisait la construction ou l’occupation d’une habitation temporaire ou permanente, sans permission, sur les terres du parc. M. Sundown avait été acquitté

to his Aboriginal hunting right as it had traditionally been exercised, and was not incompatible with the use of the land as a provincial park. The reasoning of Justice Cory on the question of incompatible use is instructive for this case (paragraph 41):

Thus, if the exercise of the respondent's hunting right were wholly incompatible with the Crown's use of the land, hunting would be disallowed and any rights in the hunting cabin would be extinguished. For example, if the park were turned into a game preserve and all hunting was prohibited, the treaty right to hunt might be entirely incompatible with the Crown's use of the land. See in this respect *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.). This position accords as well with *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, which held that there was no inconsistency in principle between a treaty right to hunt and the statutory requirement that the right be exercised in a manner that ensured the safety of the hunter and of others.

[101] Despite Regulation 2, there is no evidence that a total prohibition on hunting was ever recognized or enforced in Wood Buffalo National Park against Aboriginal people who were entitled to the benefit of Treaty 8. There is, however, evidence to the contrary. Indeed, the Minister concedes that those with Aboriginal treaty rights who had habitually hunted and trapped in the area of the Park were allowed to continue to do so, subject only to regulation.

[102] This is confirmed by a notice dated August 1, 1923, published over the name "O.S. Finnie, Director" by the government authority then charged with administering Wood Buffalo National Park. The notice reads as follows (Appeal Book, Volume 5, at page 2638):

It is unlawful for any person other than bona fide natives, being Treaty Indians, to hunt or trap wild animals or birds within the boundaries of the Wood Buffalo Park. Any person violating this regulation will be prosecuted.

Treaty Indians must, however, conform to Park regulations with respect to closed seasons.

parce que la construction de la cabane était raisonnablement accessoire à son droit de chasse tel qu'il avait été traditionnellement exercé et qu'elle n'était pas incompatible avec l'utilisation des terres comme parc provincial. Le raisonnement du juge Cory sur la question de l'utilisation incompatible est intéressant en ce qui nous concerne (paragraphe 41):

Par conséquent, si l'exercice du droit de chasse de l'intimé était tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres, la chasse ne serait pas permise et tout droit relatif à la cabane de chasse serait éteint. Par exemple, si le parc était transformé en réserve de gibier et que la chasse y était interdite, le droit de chasse issu de traité pourrait être tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres. Voir, à cet égard, *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.). Cette position concorde également avec l'arrêt *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, dans lequel il a été jugé qu'il n'y avait, en principe, aucune incompatibilité entre un droit de chasse issu de traité et l'obligation que faisait la loi que ce droit soit exercé d'une manière qui ne compromette pas la sécurité du chasseur lui-même et celle d'autrui.

[101] Malgré l'article 2 du Règlement, il n'est pas établi qu'une interdiction totale de chasser ait été reconnue ou appliquée, dans le parc national Wood Buffalo, à l'encontre des peuples autochtones qui avaient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8. Toutefois, il existe des éléments de preuve contraires. De fait, la ministre concède que les Autochtones possédant des droits issus de traités qui avaient habituellement pratiqué la chasse et le piégeage dans le secteur du parc étaient autorisés à continuer à le faire, sous réserve uniquement des règlements applicables.

[102] La chose est confirmée par un avis en date du 1^{er} août 1923, publié sous le nom d'«O.S. Finnie, directeur» par l'autorité gouvernementale qui était alors responsable de l'administration du parc national Wood Buffalo. L'avis est ainsi libellé (dossier d'appel, volume 5, à la page 2638):

[TRADUCTION] Il est illégal pour quiconque n'est pas un véritable autochtone, Indien visé par un traité, de chasser ou de trapper du gibier dans les limites du parc national Wood Buffalo. Quiconque contrevient à ce règlement sera poursuivi en justice.

Les Indiens visés par un traité doivent toutefois se conformer aux règlements relatifs aux saisons de chasse.

[103] Mr. Finnie later wrote, in a letter dated December 24, 1925, that he had never conceded that Treaty Indians had the right under Treaty 8 to hunt within Wood Buffalo National Park (Appeal Book, Volume 6, at page 2779). Other notes and correspondence from Mr. Finnie are similar (Appeal Book, Volume 6, at pages 2766-2767). Those writings, taken at face value, may represent Mr. Finnie's interpretation of Treaty 8, but they are not capable of establishing that the legislation and regulations governing Wood Buffalo National Park were incompatible with the continued existence of Aboriginal hunting rights in the Park.

[104] More recent government publications relating to Wood Buffalo National Park confirm that there has been no interruption in Aboriginal hunting in the area of the Park. The 1984 Wood Buffalo National Park Management Plan (Appeal Book, Volume 2, at pages 890-1018) states as follows at page 904:

The original intent had been to have the park free of hunting and trapping. However, this never occurred and natives of treaty status were permitted to continue hunting and trapping, subject to certain closed seasons and regulations. [My emphasis.]

[105] The following statement is taken from the Wood Buffalo National Park website as it appears in the record (Appeal Book, Volume 5, at page 2639):

Archeological evidence shows that Aboriginal people have inhabited the Wood Buffalo region for more than 8000 years, long before fur traders arrived in the early 1700s. The Europeans called the people they met in this region Beaver, Slavey and Chipewyan. The Beaver and Slavey left the area as the fur trade moved west. Today, the communities around the park are mostly made up of Cree, Chipewyan, Metis and non-aboriginal people.

Subsistence hunting, fishing and trapping still occur in Wood Buffalo National Park, as they have for centuries, and commercial trapping continues as a legacy of the fur trade. Traditional use of certain park resources by local Aboriginal groups is an important part of the park's cultural history. [My emphasis.]

[103] M. Finnie a par la suite dit, dans une lettre en date du 24 décembre 1925, qu'il n'avait jamais concédé que les Indiens visés par le traité avaient, en vertu du Traité n° 8, le droit de chasser à l'intérieur du parc national Wood Buffalo (dossier d'appel, volume 6, à la page 2779). D'autres notes et lettres de M. Finnie sont similaires (dossier d'appel, volume 6, aux pages 2766 et 2767). Ces documents, s'ils sont considérés tels quels, peuvent représenter l'interprétation donnée par M. Finnie du Traité n° 8, mais ils ne peuvent pas établir que la législation et les règlements régissant le parc national Wood Buffalo étaient incompatibles avec le maintien des droits de chasse des Autochtones dans le parc.

[104] Des publications gouvernementales plus récentes concernant le parc national Wood Buffalo confirment que la chasse autochtone n'a pas été interrompue dans le secteur du parc. Le plan de gestion du parc national Wood Buffalo de 1984 (dossier d'appel, volume 2, aux pages 890 à 1018) dit ce qui suit à la page 904:

[TRADUCTION] L'intention initiale était de ne pas permettre la chasse et le piégeage dans le parc. Toutefois, on n'a jamais donné suite à cette intention et les Autochtones visés par un traité ont été autorisés à continuer à pratiquer la chasse et le piégeage, sauf pendant certaines périodes et sous réserve des règlements. [Non souligné dans l'original.]

[105] La déclaration suivante, telle qu'elle a été versée au dossier, figure sur le site Web du parc national Wood Buffalo (dossier d'appel, volume 5, à la page 2639):

Les preuves archéologiques montrent que les Autochtones habitent la région de Wood Buffalo depuis plus de 8000 ans et y vivaient longtemps avant l'arrivée des négociants en fourrures au début du XVIII^e siècle. Les Européens ont baptisé les habitants de la région de plusieurs noms, les appelant Castors, Esclaves et Chipewyan. Les deux premiers groupes ont quitté la région lorsque le commerce des fourrures s'est déplacé vers l'ouest. Aujourd'hui, les communautés autour du parc sont surtout des Cris, des Chipewyans, des Métis et des Non-Autochtones.

La chasse, la pêche et le piégeage de subsistance sont encore pratiqués dans le parc national Wood Buffalo, comme ils l'ont été pendant des siècles, et le piégeage commercial est un legs du commerce de la fourrure. L'utilisation de certaines ressources du parc à des fins traditionnelles par des groupes autochtones locaux constitue un aspect important de son histoire culturelle. [Non souligné dans l'original.]

[106] The fact is that Aboriginal people and others are permitted to hunt within Wood Buffalo National Park, subject to regulations. It is argued for the Minister that permission for hunting within Wood Buffalo National Park is not explained by the continued existence of hunting rights in Treaty 8, but is merely an instance in which the Crown is exercising its right to regulate activities within the Park. There is some evidence that contradicts this theory. Indeed, a note from Mr. Finnie suggests (but does not prove) a different reason why no steps were taken to prohibit hunting by Treaty Indians within the Park. The note is dated December 21, 1925 and reads in part as follows (Appeal Book, Volume 6, at page 2777):

At present those Treaty Indians who are natives of the Wood Buffalo Park District, or those who formerly hunted or trapped in that area, before it was constituted a park, are permitted to carry on their hunting and trapping operations as formerly. If we had not allowed the Treaty Indians to hunt and trap in the Park there would have developed such opposition to the creation of the Park that we would not have been able to secure it at all. This opposition would have developed from the Indian Department and from Bishop Breynat.

[107] The meaning of this note is unclear. The record contains no material from the "Indian Department" to indicate what position they might have taken with respect to hunting rights within Wood Buffalo National Park. Bishop Breynat was a missionary who worked in northern Canada for many years. There is some evidence that he may have witnessed the signing of Treaty 8 (Appeal Book, Volume 6, at page 2784).

[108] In any event, I am not persuaded that it is necessary to determine what motivated the Crown, in 1922 or in later years, to permit the continuation of hunting within Wood Buffalo National Park. The important question is whether, having done so, the Minister can now contend that the use of the area of Wood Buffalo National Park as a park is visibly incompatible with the continued existence of hunting

[106] En fait, les peuples autochtones et d'autres personnes sont autorisés à chasser à l'intérieur du parc national Wood Buffalo, sous réserve des règlements applicables. Il est soutenu au nom de la ministre que la permission de chasser à l'intérieur du parc national Wood Buffalo ne s'explique pas par le maintien des droits de chasse conférés par le Traité n° 8, mais qu'il s'agit simplement d'un cas dans lequel la Couronne exerce son droit de réglementer les activités à l'intérieur du parc. Certains éléments de preuve contredisent cette théorie. De fait, une note de M. Finnie donne à entendre (sans toutefois prouver) qu'il existe une raison différente pour laquelle aucune mesure n'a été prise en vue d'interdire aux Indiens visés par le Traité de chasser à l'intérieur du parc. La note est datée du 21 décembre 1925 et est en partie ainsi libellée (dossier d'appel, volume 6, à la page 2777):

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, les Indiens visés par le traité qui viennent du district du parc Wood Buffalo, ou ceux qui pratiquaient autrefois la chasse ou le piégeage dans ce secteur, avant la création du parc, sont autorisés comme autrefois à exercer leurs activités de chasse et de piégeage. Si nous n'avions pas autorisé les Indiens visés par le traité à pratiquer la chasse et le piégeage dans le parc, la création du parc aurait fait l'objet d'une opposition telle que nous n'aurions pas été en mesure d'arriver à nos fins. Ce sont le ministère des Affaires indiennes et l'évêque Breynat qui se seraient opposés au projet.

[107] Le sens de cette note n'est pas clair. Le dossier ne renferme aucun document provenant du «ministère des Affaires indiennes» indiquant la position qui aurait peut-être été prise au sujet des droits de chasse à l'intérieur du parc national Wood Buffalo. L'évêque Breynat était un missionnaire qui avait travaillé dans le nord du Canada pendant un grand nombre d'années. Selon certains éléments de preuve, il aurait peut-être été témoin de la signature du Traité n° 8 (dossier d'appel, volume 6, à la page 2784).

[108] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincue qu'il soit nécessaire de déterminer ce qui a amené la Couronne, en 1922 ou par la suite, à permettre le maintien des droits de chasse à l'intérieur du parc national Wood Buffalo. Ce qui importe, c'est de savoir si, cela étant, la ministre peut maintenant soutenir que l'utilisation du secteur du parc national Wood Buffalo en tant que parc est visiblement incompatible avec le maintien des droits de chasse

rights under Treaty 8. The record establishes no incompatibility at all, visible or otherwise. It follows that the Judge was correct to conclude that the area of Wood Buffalo National Park has not been removed from the area of Treaty 8 by having been “taken up”.

(2) Is the land comprising Wood Buffalo National Park “occupied Crown land”?

[109] The Minister’s second argument is that the area of the Park is occupied Crown land or is land to which the Indians of Treaty 8 do not have a right of access for the purpose of hunting or trapping. This argument is based on paragraph 12 of the Natural Resources Transfer Agreement, reproduced here for ease of reference:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access. [My emphasis.]

[110] This argument was not raised in the Federal Court Trial Division, and as a result there was no evidence led to address the issues raised by this argument and it was not addressed by the Judge. Counsel for Mikisew Cree First Nation argued, and counsel for the Minister conceded in oral argument, that the area of Wood Buffalo National Park is not subject to provincial laws regulating hunting and trapping.

[111] Given the state of the record, I propose to reject this argument without extensive discussion. It is sufficient to say that the Minister has relied on only two cases. One of the cases is *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681 (Sask. C.A.), in which provincial Crown land in northern Saskatchewan that had been leased to the federal government for use as a military weapons range was “occupied Crown land” for the purposes of the

reconnus par le Traité n° 8. Le dossier n’établit aucune incompatibilité, visible ou autre. Par conséquent, la juge a eu raison de conclure que le secteur du parc national Wood Buffalo n’a pas été exclu du secteur visé par le Traité n° 8 du fait que les terres auraient été «prises».

2) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo sont-elles des «terres occupées de la Couronne»?

[109] Selon le deuxième argument invoqué par la ministre, le secteur du parc est constitué de terres occupées de la Couronne ou est composé de terres auxquelles les Indiens visés par le Traité n° 8 n’ont aucun droit d’accès aux fins de la chasse ou du piégeage. Cet argument est fondé sur le paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, qui est reproduit pour plus de commodité:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l’approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s’appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l’année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès. [Non souligné dans l’original.]

[110] Cet argument n’a pas été invoqué devant la Section de première instance de la Cour fédérale; par conséquent, on n’a pas présenté de preuve au sujet des questions soulevées par l’argument et la juge n’a pas examiné l’argument. L’avocat de la Première nation crie Mikisew a soutenu, et l’avocat de la ministre a concédé dans l’argumentation orale, que le secteur du parc national Wood Buffalo n’est pas assujéti aux lois provinciales réglementant la chasse et le piégeage.

[111] Étant donné l’état du dossier, je me propose de rejeter cet argument sans procéder à une analyse approfondie. Il suffit de dire que la ministre s’est uniquement fondée sur deux arrêts, notamment *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681 (C.A. Sask.), dans lequel des terres de la Couronne provinciale, dans le nord de la Saskatchewan, qui avaient été louées au gouvernement fédéral pour être utilisées comme champ de tir militaire

Natural Resources Transfer Agreement because it was in active use for a purpose incompatible with hunting. The other case is *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask C.A.), which considered the status of an area designated in a provincial statute as a game preserve in which all hunting was prohibited. The basis of the decision was that laws governing the game preserve were clearly inconsistent with the continuation of Aboriginal hunting rights (see the comments of Justice Cory on this case at paragraph 59 of *Badger*, *supra*). According to the record in this case, the hunting regulations for Wood Buffalo National Park have proved to be compatible with the continuation of Aboriginal hunting rights under Treaty 8 within the Park. On that basis, both *Catarat* and *Smith* are distinguishable on their facts.

(3) Have hunting rights been abolished by statute within Wood Buffalo National Park?

[112] The Crown's other alternative argument is that hunting rights under Treaty 8 were abolished by statute. The Judge rejected that argument, and I agree with her. Before subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, came into force, an Aboriginal right could be extinguished by competent legislation as easily as a common law right. The test for extinguishment was explained as follows in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pages 1098-1099:

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute. As Mahoney J. stated in [*Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.)], at p. 568:

Once a statute has been validly enacted, it must be given effect. If its necessary effect is to abridge or entirely abrogate a common law right, then that is the effect that the courts must give it. That is as true of an aboriginal title as of any other common law right.

See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* [(1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.)] at pp. 439-40.

étaient «des terres occupées de la Couronne» pour l'application de la Convention sur le transfert des ressources naturelles parce qu'elles étaient activement utilisées à des fins incompatibles avec la chasse. L'autre arrêt, *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), traitait de l'état d'un secteur désigné dans une loi provinciale comme réserve faunique dans laquelle il était interdit de chasser à quelque fin que ce soit. La décision était fondée sur le fait que les lois régissant la réserve faunique étaient clairement incompatibles avec le maintien des droits ancestraux de chasse (voir les remarques que le juge Cory a faites à ce sujet au paragraphe 59 de l'arrêt *Badger*, précité). Selon le dossier qui est ici mis à notre disposition, les règlements sur la chasse qui s'appliquent au parc national Wood Buffalo se sont avérés compatibles avec le maintien des droits de chasse reconnus aux Autochtones par le Traité n° 8 à l'intérieur du parc. Cela étant, il est possible de faire une distinction, sur le plan des faits, d'avec les arrêts *Catarat* et *Smith*.

3) Les droits de chasse ont-ils été abolis par la loi à l'intérieur du parc national Wood Buffalo?

[112] Selon un autre argument subsidiaire de la Couronne, les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 ont été abolis par la loi. La juge a rejeté cet argument; je suis d'accord avec elle. Avant que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* entre en vigueur, un droit ancestral pouvait être éteint par une loi valide aussi facilement qu'un droit existant en common law. Le critère applicable à l'extinction a été expliqué comme suit dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pages 1098 et 1099:

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi. Comme le juge Mahoney l'a affirmé dans l'arrêt [*Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.)], aux pp. 568 et 569:

Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet; s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de *common law* alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de *common law*.

Voir également l'arrêt [*Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* [(1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.)] aux pp.

That in Judson J.'s view was what had occurred in [*Calder v. Attorney General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313], where, as he saw it, a series of statutes evinced a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest, including aboriginal title. But Hall J. in that case stated (at p. 404) that "the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be 'clear and plain'". (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

[113] Although *Sparrow* dealt with the extinguishment of Aboriginal rights that are not protected by a treaty, the same principles apply to the pre-1982 extinguishment of Aboriginal treaty rights. This was recognized by Justice Binnie when he said this at paragraphs 47-48 of *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456:

On June 25, 1761, following the signing of the Treaties of 1760-61 by the last group of Mi'kmaq villages, a ceremony was held at the farm of Lieutenant Governor Jonathan Belcher, the first Chief Justice of Nova Scotia, who was acting in the place of Governor Charles Lawrence, who had recently been drowned on his way to Boston. In reference to the treaties, including the trade clause, Lieutenant Governor Belcher proclaimed:

The Laws will be like a great Hedge about your Rights and properties, if any break this Hedge to hurt and injure you, the heavy weight of the Laws will fall upon them and punish their Disobedience.

Until enactment of the *Constitution Act, 1982*, the treaty rights of aboriginal peoples could be overridden by competent legislation as easily as could the rights and liberties of other inhabitants. The hedge offered no special protection, as the aboriginal people learned in earlier hunting cases such as *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267. On April 17, 1982, however, this particular type of "hedge" was converted by s. 35(1) into sterner stuff that could only be broken down when justified according to the test laid down in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1112 *et seq.*, as adapted to apply to treaties in *Badger, supra*, per Cory J., at paras. 75 *et seq.* See also *R. v. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (Ont. C.A.). The fact the content of Mi'kmaq rights under the treaty to hunt and fish and trade was no greater than those enjoyed by other inhabitants does not, unless those rights were extinguished prior to April 17, 1982, detract from the higher

439 et 440. De l'avis du juge Judson, c'est ce qui s'était produit dans l'affaire. [*Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313], où, selon lui, une série de lois avait mis fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène. Mais le juge Hall a affirmé dans cet arrêt (à la p. 404) «qu'il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être "claire et expresse"». (Nous soulignons.) Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

[113] L'arrêt *Sparrow* portait sur l'extinction de droits ancestraux qui ne sont pas protégés par un traité, mais les mêmes principes s'appliquent à l'extinction, avant l'année 1982, des droits issus de traités reconnus aux Autochtones. C'est ce qu'a reconnu le juge Binnie lorsqu'il a fait les remarques suivantes, aux paragraphes 47 et 48 de l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456:

Le 25 juin 1761, après la signature des traités de 1760 et de 1761 par le dernier groupe de villages mi'kmaq, une cérémonie a eu lieu à la ferme du lieutenant gouverneur Jonathan Belcher, qui fut le premier juge en chef de la Nouvelle-Écosse et qui remplaçait alors à titre intérimaire le gouverneur Charles Lawrence, qui s'était noyé peu de temps auparavant en se rendant à Boston. Relativement aux traités, y compris la clause relative au commerce, le lieutenant gouverneur Belcher a proclamé que:

[TRADUCTION] Les lois formeront comme une grande haie autour de vos droits et de vos biens; si quelqu'un brise cette haie pour vous causer du tort, le poids écrasant des lois s'abattra sur cette personne et la punira de sa désobéissance.

Jusqu'à l'édition de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits issus de traités des peuples autochtones pouvaient être écartés par des dispositions législatives valides aussi facilement que pouvaient l'être les droits et libertés des autres habitants. La haie n'offrait aucune protection spéciale, comme l'ont appris les peuples autochtones dans des affaires antérieures portant sur des droits de chasse, tels les arrêts *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, et *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267. Le 17 avril 1982, toutefois, ce type particulier de «haie» a été transformé par le par. 35(1) en un rempart plus solide, qui ne peut être déplacé que dans les cas où cela est justifié suivant le critère qui a été établi dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pp. 1112 *et suiv.*, et qui a été adapté à l'application des traités dans *Badger*, précité, le juge Cory, aux par. 75 *et suiv.* Voir également l'arrêt *R. c. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (C.A. Ont.). Le fait que le contenu des droits de chasse, de pêche et de commerce conférés aux Mi'kmaq par le traité n'était

protection they presently offer to the Mi'kmaq people.

[114] I have already rejected two of the Minister's arguments on the basis that there is nothing about the establishment of Wood Buffalo National Park that is incompatible with the exercise of the hunting rights guaranteed by Treaty 8. Given that, it is impossible to accept, in the words of Justice Mahoney in *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* [[1980] 1 F.C. 518 (T.D.)], that the "necessary effect" of the legislation creating Wood Buffalo National Park or governing its administration was to extinguish the hunting rights in Treaty 8, or that the legislation was not consistent with the continuation of those rights.

(4) Conclusion

[115] For these reasons, the Judge was correct to conclude that the hunting rights guaranteed in Treaty 8 subsist in the land comprising Wood Buffalo National Park, subject to the applicable regulations.

E. Prima facie infringement

[116] The Judge held that the approval of the winter road constituted a *prima facie* infringement of the hunting rights guaranteed by Treaty 8 which, according to *Sparrow, supra*, cannot be permitted to stand unless justified. Two legal issues have been raised in this context. The first issue, which has been raised only by Alberta, is whether the establishment of the winter road is a "taking up" of land that is contemplated by the terms of Treaty 8. The second issue, which is relevant only if this Court does not find that the establishment of the road is contemplated by the terms of Treaty 8, is whether the Judge was correct to find a *prima facie* infringement.

(1) The establishment of the road as a "taking up"

[117] Alberta argues that, for the purposes of Treaty 8, the establishment of the winter road is a "taking up" by the Crown of the 200-metre-wide corridor within which the road will pass, which automatically excludes that area from the area in which Treaty 8 hunting rights

pas plus large que les droits dont jouissaient les autres habitants n'affecte en rien la protection plus grande qu'ils offrent actuellement aux Mi'kmaq, à moins que ces droits n'aient été éteints avant le 17 avril 1982.

[114] J'ai déjà rejeté deux des arguments de la ministre pour le motif que l'établissement du parc national Wood Buffalo ne comporte rien qui soit incompatible avec l'exercice des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. Cela étant, on ne saurait reconnaître que l'«effet nécessaire», pour reprendre les termes employés par le juge Mahoney dans l'arrêt *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien* [[1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.)], de la législation créant le parc national Wood Buffalo ou régissant l'administration du parc était d'éteindre les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8, ou que la législation n'était pas compatible avec le maintien de ces droits.

4) Conclusion

[115] Pour ces motifs, la juge a eu raison de conclure que les droits de chasse garantis par le Traité n° 8 subsistent sur les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo, sous réserve des règlements applicables.

E. Atteinte prima facie

[116] La juge a statué que l'approbation de la route d'hiver constituait une atteinte *prima facie* aux droits de chasse garantis par le Traité n° 8, laquelle, selon l'arrêt *Sparrow*, précité, ne peut pas être maintenue à moins d'être justifiée. Deux questions juridiques ont été soulevées dans ce contexte. La première, qui a uniquement été invoquée par l'Alberta, est de savoir si l'établissement de la route d'hiver constitue une «prise» de terres envisagée par les dispositions du Traité n° 8. La deuxième, qui est uniquement pertinente si la Cour ne conclut pas que l'établissement de la route est envisagé par les dispositions du Traité n° 8, est de savoir si la juge a eu raison de conclure à une atteinte *prima facie*.

1) L'établissement de la route en tant que «prise»

[117] L'Alberta soutient que, pour l'application du Traité n° 8, l'établissement de la route d'hiver constitue une «prise» par la Couronne du corridor de 200 mètres de large dans lequel la route doit passer, ce qui exclut automatiquement ce secteur du secteur dans lequel les

can be exercised (see the discussion relating to geographical limits of Treaty 8, under the heading “(1) Has the land comprising Wood Buffalo National Park been ‘taken up’ by the Crown?”).

[118] The relevant portion of Treaty 8 is reproduced for ease of reference:

And Her Majesty the Queen hereby agrees with the said Indians that they shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [My emphasis.]

[119] Alberta’s argument is that a “taking up” of land is contemplated by Treaty 8 and therefore cannot be held to be even a *prima facie* infringement within the *Sparrow*, *supra*, analysis. If that is the case, no justification is required, and the Minister had no duty to consult with Mikisew Cree First Nation before approving the construction of the winter road. In my view, this argument is not sound, but even if it has merit, it should not determine the outcome of this appeal.

[120] As I understand Alberta’s argument, it is based on the premise that Treaty 8 should be interpreted according to the principles applicable to contracts. One of those principles is that if the terms of a contract give one party a unilateral right to take a certain action, the contract is not breached if that action is taken. The quoted part of Treaty 8, read literally, gives the Crown the unilateral right to remove land permanently from the area within which the Treaty 8 hunting and trapping rights may be exercised in order to use the land for “settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.” Alberta argues, based on that literal approach, that because the right to “take up” land is granted by Treaty 8 itself, it is unfettered by an obligation on the part of the Crown to consult, to negotiate, or even to give advance notice to Mikisew Cree First Nation.

droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 peuvent être exercés (voir l’analyse relative aux limites territoriales du Traité n° 8, sous le titre: «(1) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo ont-elles été “prises” par la Couronne?»).

[118] Le passage pertinent du Traité n° 8 est reproduit ci-dessous pour plus de commodité:

Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu’ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l’étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets. [Non souligné dans l’original.]

[119] Selon l’argument invoqué par l’Alberta, le Traité n° 8 prévoit une «prise» de terres; il ne peut donc pas être statué qu’il s’agit d’une atteinte *prima facie* au sens de l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*, précité. Si c’est le cas, aucune justification n’est nécessaire, et la ministre n’était pas tenue de consulter la Première nation crie Mikisew avant d’approuver la construction de la route d’hiver. À mon avis, cet argument n’est pas sensé, mais même s’il est fondé, il ne devrait pas être déterminant pour ce qui est du résultat du présent appel.

[120] Si je comprends bien, l’argument de l’Alberta est fondé sur la prémisse selon laquelle le Traité n° 8 doit être interprété selon les principes applicables aux contrats. L’un de ces principes est que, si les dispositions d’un contrat confèrent à une partie un droit unilatéral de prendre une certaine mesure, le contrat n’est pas violé si cette mesure est prise. Le passage précité du Traité n° 8, s’il est interprété à la lettre, confère à la Couronne le droit unilatéral d’exclure d’une façon permanente des terres du secteur dans lequel les droits de chasse et de piégeage reconnus par le Traité n° 8 peuvent être exercés afin d’utiliser les terres «pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». En se fondant sur cette approche textuelle, l’Alberta soutient qu’étant donné que le droit à la «prise» de terres est accordé par le Traité n° 8 lui-même, il n’est pas limité par une obligation de la part de la Couronne de consulter la

[121] A similar argument was rejected by Justice Finch in *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (B.C.C.A.). The issue in that case was the constitutional validity of a timber-cutting permit granted by a district manager pursuant to a provincial statute. The Halfway River First Nation challenged the validity of the permit on a number of grounds, one of which was that the area of the permit was an area in which they had hunting rights pursuant to Treaty 8. Their challenge succeeded in the British Columbia Supreme Court. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed, with one judge dissenting. Justice Finch (as he then was) and Justice Huddart agreed that the appeal should be dismissed, but for different reasons. Because they characterize the problem differently, only Justice Finch considered it necessary to deal with the “taking up” argument.

[122] Justice Finch characterized the issue as a problem of the interpretation of Treaty 8. He extracted from *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.); *Badger, supra*; and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, the principles applicable to the interpretation of Aboriginal treaties. I paraphrase as follows his summary of those principles:

- (1) A treaty should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Aboriginal signatories.
- (2) A treaty must be construed not according to the technical meaning of its words, but in the sense that they would naturally be understood by the Aboriginal signatories.
- (3) As the honour of the Crown is always involved, no appearance of “sharp dealing” should be sanctioned.
- (4) Any ambiguities or doubtful expressions in the wording of a treaty must be resolved in favour of the Aboriginal signatories. Any limitation on the rights of

Première nation crie Mikisew ou de négocier avec elle ou même de donner un préavis.

[121] Un argument similaire a été rejeté par le juge Finch dans l’arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (C.A.C.-B.). Dans cette affaire, le litige se rapportait à la validité sur le plan constitutionnel d’un permis de coupe de bois accordé par un directeur de district conformément à une loi provinciale. La Première nation de Halfway River avait contesté la validité du permis pour un certain nombre de motifs, notamment parce que le secteur visé par le permis était un secteur dans lequel elle possédait des droits de chasse conformément au Traité n° 8. La Première nation a eu gain de cause devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Un appel devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a été rejeté, un juge étant dissident. Le juge Finch (tel était alors son titre) et le juge Huddart étaient d’accord pour dire que l’appel devait être rejeté, mais pour des motifs différents. Étant donné qu’ils décrivaient le problème différemment, seul le juge Finch estimait nécessaire de traiter de l’argument relatif à la «prise».

[122] Le juge Finch a décrit la question comme se rapportant à l’interprétation du Traité n° 8. Il a tiré des arrêts *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.); *Badger*, précité; et *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, les principes applicables à l’interprétation des traités conclus avec les Autochtones. Je paraphrase comme suit le résumé des principes en question qui a été fait par le juge:

- 1) Le traité doit être interprété d’une façon équitable, large et libérale en faveur des signataires autochtones.
- 2) Le traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, mais il doit plutôt être interprété suivant le sens que les signataires autochtones lui donneraient naturellement.
- 3) Étant donné que l’honneur de la Couronne est toujours en jeu, aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.
- 4) Toute ambiguïté ou expression douteuse dans le texte d’un traité doit être réglée en faveur des signataires autochtones. Toute limitation des droits reconnus aux

the Aboriginal signatories under a treaty must be narrowly construed.

(5) Evidence by conduct or otherwise as to how the parties understood the treaty is of assistance in giving it content. Courts must take into account the historical context and perception each party might have as to the nature of the undertaking contained in the document under consideration.

[123] In his discussion of the “taking up” issue as it was presented in that case, Justice Finch noted that as section 35 of the *Constitution Act, 1982* elevated treaty rights to constitutional rights, it could be argued that the right of the Crown to “take up” land covered by Treaty 8 is a Crown right that itself might have achieved constitutional status. Assuming, without deciding, that the Crown’s right to “take up” has constitutional status, that right cannot be stronger than any other constitutional power of the Crown, including the constitutional power that the Crown sought to exercise in *Sparrow, supra*. As Justice Finch said, at paragraph 129 of *Halfway River, supra*:

In my view the fact that the Crown asserts its rights under Treaty 8 can place it in no better position vis-a-vis a competing or conflicting Aboriginal treaty right than the position the Crown enjoys in exercising the powers granted in either s. 91 or 92 of the *Constitution Act, 1867*.

[124] Justice Finch concluded that the granting of a licence to cut timber in an area in which hunting rights are guaranteed by Treaty 8 is a *prima facie* infringement of the hunting right, and that the Crown had an obligation to consult. In other words, he applied the *Sparrow* analysis despite the fact that Treaty 8 appears to permit the Crown to act unilaterally to reduce the geographic area of the hunting rights by “taking up” land for one of the specified purposes.

[125] In my view, the analysis of Justice Finch is correct. It follows that even if the establishment of the winter road is a “taking up” of the 200-metre-wide road

signataires autochtones en vertu d’un traité doit être interprétée d’une façon restrictive.

5) La preuve, par la conduite ou autrement, de la façon dont les parties concevaient le traité est utile lorsqu’il s’agit d’en établir la teneur. Les tribunaux judiciaires doivent tenir compte du contexte historique et de la façon dont chaque partie conçoit la nature de l’engagement mentionné dans le document en question.

[123] Dans son analyse de la question de la «prise» telle qu’elle se présentait dans cette affaire-là, le juge Finch a fait remarquer qu’étant donné que l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* élevait les droits issus de traités au rang de droits constitutionnels, il était possible de soutenir que le droit de la Couronne de «prendre» les terres visées par le Traité n° 8 est un droit qui aurait lui-même pu se voir reconnaître la qualité de droit constitutionnel. À supposer, sans toutefois trancher la question, que le droit de la Couronne de «prendre» des terres est reconnu sur le plan constitutionnel, ce droit ne peut pas être plus fort que les autres pouvoirs constitutionnels de la Couronne, y compris le pouvoir constitutionnel que la Couronne a cherché à exercer dans l’affaire *Sparrow*, précitée. Comme le juge Finch l’a dit, au paragraphe 129 de l’arrêt *Halfway River*, précité:

[TRADUCTION] À mon avis, le fait que la Couronne revendique ses droits en vertu du Traité n° 8 ne peut pas la placer dans une meilleure position, par rapport à un droit issu d’un traité contraire ou contradictoire, que celle dans laquelle elle se trouve lorsqu’elle exerce les pouvoirs conférés à l’article 91 ou à l’article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[124] Le juge Finch a conclu que l’octroi d’un permis de coupe de bois dans un secteur où les droits de chasse sont garantis par le Traité n° 8 constitue une atteinte *prima facie* du droit de chasse et que la Couronne était tenue de procéder à une consultation. En d’autres termes, il a appliqué l’analyse de l’arrêt *Sparrow* même si le Traité n° 8 semblait permettre à la Couronne d’agir unilatéralement pour réduire l’étendue des droits de chasse au moyen de la «prise» de terres pour l’une des fins mentionnées.

[125] À mon avis, l’analyse effectuée par le juge Finch est correcte. Par conséquent, même si l’établissement de la route d’hiver constitue une «prise» du corridor routier

corridor, the “taking up” could be a *prima facie* infringement of the Treaty 8 hunting rights that must be justified according to the test in *Sparrow*.

[126] Even if I am wrong to accept the analysis of Justice Finch on this point, and the *Sparrow* analysis has no application upon a “taking up” of land within the areas covered by Treaty 8, I would nevertheless decline to determine this appeal on the ground that the approval of the winter road was a “taking up”. It appears from paragraph 84 of the reasons for judgment that in the Court below, the “taking up” argument was mentioned by counsel for the Minister “as an aside”. At the hearing of this appeal, counsel for the Minister indicated that this argument had been abandoned, but the Minister’s other counsel later clarified that the Minister was simply not relying on it.

[127] The Minister has always been aware of the “taking up” argument now propounded by Alberta. I do not say that Alberta was not entitled to make that argument in this Court. The Minister could have done so as well. However, for reasons that the Minister has not disclosed and need not disclose, she has chosen not to defend her decision on that ground. In my view, it would be wrong in these circumstances for this Court to affirm the Minister’s decision on a ground upon which the Minister herself chooses not to rely.

(2) Was the winter road approval a *prima facie* infringement?

[128] I will now consider the argument of the Minister that the Judge erred in finding a *prima facie* infringement. The factual basis for that finding is stated at paragraph 98 of the reasons:

In my opinion, the applicant has demonstrated the following impacts on its right to trap and hunt in [Wood Buffalo National Park]:

i) a geographical limitation

Within the road corridor, Mikisew hunters will be prohibited by regulation from exercising their right to hunt. The ability to

d’une largeur de 200 mètres, la «prise» pourrait constituer une atteinte *prima facie* des droits de chasse prévus par le Traité n° 8 qui doit être justifiée selon le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*.

[126] Même si je me trompe en retenant l’analyse du juge Finch sur ce point, et si l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow* ne s’applique pas à la «prise» de terres dans les secteurs visés par le Traité n° 8, je refuserais néanmoins de trancher cet appel en me fondant sur le fait que l’approbation de la route d’hiver constituait une «prise». Il ressort du paragraphe 84 des motifs du jugement que, devant la cour d’instance inférieure, l’argument relatif à la «prise» a été plaidé par l’avocat de la ministre «subsidièrement». À l’audition du présent appel, l’avocat de la ministre a fait savoir que cet argument avait été abandonné, mais l’autre avocat de la ministre a par la suite précisé que la ministre ne se fondait tout simplement pas sur cet argument.

[127] La ministre a toujours été au courant de l’argument fondé sur la «prise» maintenant avancé par l’Alberta. Je ne dis pas que l’Alberta n’a pas le droit d’invoquer cet argument devant la présente Cour. La ministre aurait également pu l’invoquer. Toutefois, pour des raisons qu’elle n’a pas divulguées et qu’elle n’a pas à divulguer, la ministre a décidé de ne pas défendre sa décision en invoquant ce motif. À mon avis, la Cour aurait tort, dans ces conditions, de confirmer la décision de la ministre pour un motif que cette dernière a elle-même décidé de ne pas invoquer.

2) L’approbation de la route d’hiver constituait-elle une atteinte *prima facie*?

[128] J’examinerai maintenant l’argument de la ministre selon lequel la juge a commis une erreur en concluant à une atteinte *prima facie*. Le fondement factuel de cette conclusion est énoncé au paragraphe 98 des motifs:

J’estime que la demanderesse a établi que son droit de chasser et de trapper dans le [parc national Wood Buffalo] serait touché de la façon suivante:

i) Restriction géographique

Dans ce corridor routier, il sera interdit aux chasseurs mikisews d’exercer leur droit de chasse. La capacité de continuer à

carry on traditional hunting activities in proximity to the reserve lands is important to the exercise of the hunting right. Further, trapping will also be disrupted. Many of the Mikisew traplines are located close to the existing right-of-way, presumably for ease of access. In fact, the proposed route passes through Mikisew's designated registered trapping area and passes within one kilometre of a Mikisew trapping cabin. To the extent that traplines will have to be re-located, Mikisew's right to trap is clearly impacted.

ii) potential adverse economic consequences

First, the Draft Environmental Assessment Report states the road could potentially result in a diminution [*sic*] in quantity of "catch" for Mikisew; fewer furbearers will be caught in their traps. Second, the same report identifies a potential change in the composition of the "catch"; the more lucrative or rare species of furbearers may decline in population.

iii) potential cultural consequences

Subsistence hunting and trapping by traditional users of the Park's resources has been in decline for many years. Opening up this remote wilderness to vehicle traffic could potentially exacerbate the challenges facing First Nations struggling to maintain their culture. For example, if the moose population is adversely affected by increased poaching or predation pressures caused by the road, Mikisew will be forced to change their hunting strategies. This may simply be one more incentive to abandon a traditional lifestyle and turn to other modes of living. Further, Mikisew argues that keeping the land around the reserve in its natural condition and maintaining their hunting and trapping traditions is important to their ability to pass their skills on to the next generation of Mikisew.

[129] The Minister argues that the finding of *prima facie* infringement of a treaty right is incorrect in law because it was made without taking into account the factors required by *Sparrow*. The Minister also argues that some of the Judge's factual conclusions had no evidentiary foundation.

[130] I will deal first with the *Sparrow* test for *prima facie* infringement. In *Sparrow*, Chief Justice Dickson and Justice La Forest said (at page 1112) that the determination of whether a limitation to an Aboriginal right constitutes a *prima facie* infringement requires consideration of three questions: (1) whether the limitation is unreasonable, (2) whether the limitation

pratiquer les activités de chasse traditionnelle à proximité des réserves est importante pour l'exercice du droit de chasser. Le piégeage aussi sera perturbé. Beaucoup de territoires de piégeage se situent près de l'emprise existante, probablement parce qu'ils sont plus faciles d'accès. En fait, le tracé proposé traverse la zone de piégeage désignée et passe à un kilomètre d'un chalet de piégeage mikisew. Le droit de trapper des Mikisews est clairement touché puisqu'il faudra modifier les territoires de piégeage.

ii) Conséquences économiques potentiellement défavorables

Premièrement, il ressort de la version préliminaire du rapport d'évaluation environnementale que la route pourrait entraîner une baisse de la quantité des prises; moins d'animaux à fourrure se prendront dans les pièges des Mikisews. Deuxièmement, le même document indique que la composition des prises pourrait changer; la population des espèces d'animaux à fourrure les plus précieuses ou les plus rares pourrait décliner.

iii) Conséquences culturelles potentielles

La chasse et le piégeage de subsistance pratiqués par les utilisateurs traditionnels du parc connaissent un déclin depuis quelques années. En ouvrant ces étendues sauvages et isolées à la circulation routière, on pourrait rendre plus difficile encore le combat des Premières nations pour le maintien de leur culture. Par exemple, si la population d'originaux fait les frais de l'augmentation du braconnage et de la prédation entraînée par l'aménagement de la route, les Mikisews seront forcés de modifier leur stratégie de chasse, et ce sera peut-être une incitation de plus à abandonner leur mode de vie traditionnel et à se tourner vers d'autres modes de vie. Les Mikisews affirment en outre qu'il importe de conserver les terres entourant leur réserve dans leur état naturel et de maintenir leurs traditions de chasse et de piégeage pour que le savoir de la Première nation puisse être transmis à la prochaine génération.

[129] La ministre soutient que la conclusion relative à une atteinte *prima facie* à un droit issu d'un traité est incorrecte en droit parce que la juge l'a tirée sans tenir compte des facteurs nécessaires selon l'arrêt *Sparrow*. La ministre affirme également que certaines conclusions factuelles de la juge n'étaient pas fondées sur des preuves.

[130] J'examinerai d'abord le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* en ce qui concerne l'atteinte *prima facie*. Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dit (à la page 1112) que la réponse à la question de savoir si la restriction d'un droit ancestral constitue une atteinte *prima facie* exige l'examen de trois questions, à savoir 1) la restriction est-elle déraisonnable?

imposes unreasonable hardship, and (3) whether the limitation precludes the exercise of the right by the preferred means.

[131] However, it has subsequently been recognized that those three questions are more relevant to the determination of justification than to the determination of *prima facie* infringement (see, for example, the dissenting reasons of Justice McLachlin, as she then was, in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at paragraph 297). The current view is that the *Sparrow* questions are factors that are relevant to the determination of *prima facie* infringement, but they are not determinative. This is explained by Chief Justice Lamer, as he then was, in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paragraph 43:

The *Sparrow* test for infringement might seem, at first glance, to be internally contradictory. On the one hand, the test states that the appellants need simply show that there has been a *prima facie* interference with their rights in order to demonstrate that those rights have been infringed, suggesting thereby that any meaningful diminution of the appellants' rights will constitute an infringement for the purpose of this analysis. On the other hand, the questions the test directs courts to answer in determining whether an infringement has taken place incorporate ideas such as unreasonableness and "undue" hardship, ideas which suggest that something more than meaningful diminution is required to demonstrate infringement. This internal contradiction is, however, more apparent than real. The questions asked by the Court in *Sparrow* do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate that such an infringement has taken place. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement. [My emphasis.]

[132] It seems to me that, after *Gladstone*, *Sparrow* cannot be taken as authority for the proposition that a finding of *prima facie* infringement is wrong in law unless it is preceded by an express consideration of each of the three *Sparrow* questions. The point of the enquiry into the question of *prima facie* infringement, in the context of this case, is to determine whether the decision

2) la restriction impose-t-elle une difficulté déraisonnable? et 3) la restriction empêche-t-elle le recours aux meilleurs moyens d'exercer le droit en cause?

[131] Toutefois, il a subséquemment été reconnu que ces trois questions sont plus pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer la question de la justification plutôt que la question de l'atteinte *prima facie* (voir, par exemple, les motifs prononcés en dissidence par la juge McLachlin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au paragraphe 297). À l'heure actuelle, on estime que les questions susmentionnées dans l'arrêt *Sparrow* sont des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu atteinte *prima facie*, mais qu'il ne s'agit pas de facteurs déterminants. C'est ce qu'explique le juge en chef Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 43:

Il est possible que le critère relatif à l'atteinte formulé dans *Sparrow* semble, de prime abord, intrinsèquement contradictoire. D'une part, suivant ce critère, les appelants ont simplement à établir l'existence d'une atteinte à première vue à leurs droits pour démontrer la violation de ces droits, ce qui tend à indiquer que toute diminution appréciable des droits des appelants constitue une violation pour l'application de cette analyse. D'autre part, les questions auxquelles les tribunaux doivent répondre, en vertu de ce critère, pour déterminer s'il y a eu atteinte font entrer en jeu des notions comme le caractère déraisonnable ou «indûment» rigoureux de la mesure en cause, notions qui tendent à indiquer qu'il faut établir davantage qu'une diminution appréciable pour prouver l'atteinte. Cette contradiction intrinsèque est cependant plus apparente que réelle. Les questions posées par notre Cour dans *Sparrow* ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue. [Non souligné dans l'original.]

[132] Il me semble que, suivant l'arrêt *Gladstone*, l'arrêt *Sparrow* ne peut servir d'appui à la thèse voulant qu'une conclusion selon laquelle il y a atteinte *prima facie* est erronée en droit à moins d'être précédée d'un examen exprès de chacune des trois questions énoncées dans l'arrêt *Sparrow*. Dans le contexte de la présente espèce, le point à examiner pour ce qui est de l'atteinte

to construct the winter road would result in a meaningful limitation to the rights of Mikisew Cree First Nation to hunt and trap within the boundaries of Wood Buffalo National Park. That is how the Judge approached the issue, and in my view it is the correct approach.

[133] The findings of fact quoted above indicate that the Judge was aware of what were obviously relevant facts: the size of the Park, the size of the road and the corridor in which firearms would be prohibited, the probable impact of the road on wildlife, the location of the road in relation to the reserve lands of Mikisew Cree First Nation, and their traplines and hunting areas, and the role of hunting and trapping in the life of Mikisew Cree First Nation. The record discloses no palpable and overriding error in any of her findings of fact. She concluded from those facts that the construction of the road would have an adverse effect on hunting and trapping that is sufficient to meet the test of *prima facie* infringement. I see no valid basis for interfering with that conclusion, despite the fact that the Judge did not consider it useful to address the three *Sparrow* questions expressly.

[134] In any event, I am not persuaded that the Judge's conclusion on *prima facie* infringement would have been any different if she had specifically addressed the three *Sparrow* questions. The questions, phrased in the factual context of this case, would be: (1) whether the construction of the winter road unreasonably limits the exercise of hunting and trapping rights, (2) whether that limitation imposes unreasonable hardship, and (3) whether that limitation precludes the exercise of the right by the preferred means. I take from *Gladstone, supra*, that a negative answer to any of these questions would not preclude a finding of *prima facie* infringement. It would appear to follow that a positive answer to only one of the questions could be a sufficient basis for such a finding.

[135] I will consider only the third question. I refer to the Judge's findings of fact as to the proximity of the

prima facie est de savoir si la décision de construire la route d'hiver imposerait une restriction réelle au droit de la Première nation crie Mikisew de pratiquer la chasse et le piégeage dans les limites du parc national Wood Buffalo. C'est ainsi que la juge a abordé la question; à mon avis, cette approche est correcte.

[133] Les conclusions de fait susmentionnées montrent que la juge était au courant de faits qui étaient de toute évidence pertinents: la superficie du parc, l'étendue de la route et du corridor dans lequel les armes à feu seraient prohibées, les répercussions probables de la route sur la faune, l'emplacement de la route par rapport aux terres de la réserve de la Première nation crie Mikisew ainsi que par rapport aux réseaux de piégeage et aux zones de chasse, et le rôle de la chasse et du piégeage dans la vie de la Première nation crie Mikisew. Le dossier ne révèle aucune erreur manifeste dominante dans les conclusions de fait tirées par la juge. La juge a conclu, à partir de ces faits, que la construction de la route aurait sur la chasse et le piégeage un effet préjudiciable suffisant pour satisfaire au critère de l'atteinte *prima facie*. Je ne puis constater aucun fondement valable permettant de modifier cette conclusion, même si la juge n'a pas jugé utile d'examiner expressément les trois questions mentionnées dans l'arrêt *Sparrow*.

[134] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincue que la conclusion que la juge a tirée au sujet de l'atteinte *prima facie* aurait été différente si elle avait expressément examiné les trois questions mentionnées dans l'arrêt *Sparrow*. Les questions, libellées dans le contexte factuel de la présente affaire, seraient de savoir: 1) si la construction de la route d'hiver restreint d'une façon déraisonnable l'exercice des droits de chasse et de piégeage; 2) si cette restriction occasionne des difficultés déraisonnables; et 3) si cette restriction empêche d'avoir recours aux meilleurs moyens pour exercer le droit en question. Je suppose, en me fondant sur l'arrêt *Gladstone*, précité, qu'une réponse négative à l'une quelconque de ces questions n'empêcherait pas de conclure à une atteinte *prima facie*. Il semble s'ensuivre qu'une réponse affirmative à l'une seulement des questions peut constituer un fondement suffisant à l'appui d'une telle conclusion.

[135] J'examinerai uniquement la troisième question. Je mentionnerai les conclusions de fait que la juge a tirées

proposed winter road to the preferred hunting areas and traplines of Mikisew Cree First Nation, the probable disruption to the wildlife, and the restrictions on the use of firearms within the 200-metre road corridor. In my view, the inescapable conclusion is that, for any Mikisew Cree First Nation members who typically hunt or trap near the area of the road corridor, the construction of the winter road will restrict their preferred means of hunting and trapping. It is not particularly relevant to the third question that Wood Buffalo National Park is large and the road corridor is small by comparison, because the preferred means of hunting and trapping is integrally linked to the very place where the proposed road will be constructed. It follows that the Judge made no error in concluding that the construction of the winter road would limit hunting and trapping to an extent that would constitute a *prima facie* infringement of the rights of Mikisew Cree First Nation in Treaty 8.

F. Justification

[136] The next step is to consider whether the infringement of Treaty 8 is justifiable. This is explained as follows in *Sparrow, supra*, at pages 1109-1110:

There is no explicit language in [subsection 35(2) of the *Constitution Act, 1982*] that authorizes this Court or any court to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. Yet, we find that the words “recognition and affirmation” incorporate the fiduciary relationship referred to earlier and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including, of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights. Such scrutiny is in keeping with the liberal interpretive principle enunciated in [*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29] and the concept of holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen, supra*.

au sujet de la proximité de la route d’hiver proposée, par rapport aux zones préférées de chasse et aux réseaux de piégeage de la Première nation crie Mikisew, de la perturbation probable de la faune et des restrictions imposées à l’utilisation d’armes à feu dans le corridor routier de 200 mètres. À mon avis, il faut inévitablement conclure qu’en ce qui concerne les membres de la Première nation crie Mikisew qui pratiquent habituellement la chasse ou le piégeage près du secteur du corridor routier, la construction de la route d’hiver restreindra leur moyen préféré de chasser et de trapper. Quant à la troisième question, il n’est pas particulièrement pertinent que le parc national Wood Buffalo soit étendu et que le corridor routier ne le soit comparativement pas, parce que le moyen préféré de chasser et de piéger est intégralement lié à l’emplacement même où la route proposée sera construite. Il s’ensuit que la juge n’a pas commis d’erreur en concluant que la construction de la route d’hiver limiterait la chasse et le piégeage au point de constituer une atteinte *prima facie* aux droits reconnus à la Première nation crie Mikisew par le Traité n° 8.

F. Justification

[136] L’étape suivante consiste à décider si la violation du Traité n° 8 est justifiable. La chose est expliquée comme suit dans l’arrêt *Sparrow*, précité, aux pages 1109 et 1110:

Le paragraphe en question [paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n’importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d’une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. Nous estimons pourtant que l’expression «reconnaissance et confirmation» comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l’exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d’autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l’obligation fédérale et la meilleure façon d’y parvenir est d’exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux. Une telle vérification est conforme au principe d’interprétation libérale énoncé dans l’arrêt [*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29] et avec l’idée que la Couronne doit

être tenue au respect d'une norme élevée—celle d'agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité.

...

[. . .]

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation.

Il semble se dégager du par. 35(1) que, si la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit.

(1) First branch: the objective of the decision

[137] There are two branches to the justification analysis. The first branch relates to the objective of the legislation or government action that causes or constitutes the *prima facie* infringement of the treaty right in question. The first branch is explained in *Sparrow* as follows (at page 1113):

First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial. [My emphasis.]

1) Premier volet: L'objectif de la décision

[137] L'analyse relative à la justification comporte deux volets. Le premier volet se rapporte à l'objectif de la législation ou de la mesure gouvernementale causant ou constituant l'atteinte *prima facie* au droit issu du traité en question. Le premier volet est expliqué comme suit dans l'arrêt *Sparrow* (à la page 1113):

En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels. [Non souligné dans l'original.]

[138] The closing words of the above quotation introduce the notion that it may be possible to balance Aboriginal rights with the rights or needs of other people. However, *Sparrow* takes a cautious approach to that possibility, expressly rejecting the argument that the “public interest” could justify a breach of an Aboriginal right. The following comments appear at page 1113:

We find the “public interest” justification to be so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights.

[139] To similar effect are these comments of then Chief Justice Lamer in *Gladstone*, *supra*, at paragraphs 71-75:

Although the aboriginal rights recognized by s. 35(1) are . . . fundamentally different from the rights in the *Charter*, the same basic principle—that the purposes underlying the rights must inform not only the definition of the rights but also the identification of those limits on the rights which are justifiable—applies equally to the justification analysis under s. 35(1). [Underlining added.]

...

Because, however, distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those [aboriginal] rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those limits are of sufficient importance to the broader community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation. [Underlining added.]

The recognition of conservation as a compelling and substantial goal demonstrates this point. Given the integral role the fishery has played in the distinctive cultures of many aboriginal peoples, conservation can be said to be something the pursuit of which can be linked to the recognition of the existence of such distinctive cultures. Moreover, because

[138] Les remarques finales du passage précité expriment l’idée selon laquelle il est possible d’établir un équilibre entre les droits des Autochtones et les droits ou besoins des autres peuples. Toutefois, dans l’arrêt *Sparrow*, une approche prudente a été adoptée au sujet de cette possibilité, et l’on a expressément rejeté l’argument selon lequel l’«intérêt public» pourrait justifier la violation d’un droit reconnu aux Autochtones. Les remarques suivantes figurent à la page 1113:

Nous considérons que la justification fondée sur «l’intérêt public» est si vague qu’elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu’elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée.

[139] Les remarques suivantes que le juge en chef Lamer a faites aux paragraphes 71 à 75 de l’arrêt *Gladstone*, précité, vont dans le même sens:

Même si [. . .] les droits ancestraux reconnus par le par. 35(1) sont fondamentalement différents des droits garantis par la *Charte*, le même principe de base s’applique à l’analyse de la justification en vertu du par. 35(1)—savoir que les objets qui sous-tendent les droits en question doivent non seulement servir à la définition de ces droits, mais également à la détermination des limites apportées à ceux-ci et qui sont justifiables. [Soulignement ajouté.]

[. . .]

[. . .] comme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d’une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s’exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d’objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l’ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits [ancestraux] sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l’existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu’elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. [Soulignement ajouté.]

La reconnaissance de la conservation en tant qu’objectif impérieux et réel démontre cette affirmation. Vu le rôle fondamental qu’a joué la pêche dans la culture distinctive de nombreux peuples autochtones, il est possible d’affirmer que la conservation est un objectif dont la poursuite peut être liée à la reconnaissance de l’existence de telles cultures distinctives. De

conservation is of such overwhelming importance to Canadian society as a whole, including aboriginal members of that society, it is a goal the pursuit of which is consistent with the reconciliation of aboriginal societies with the larger Canadian society of which they are a part. In this way, conservation can be said to be a compelling and substantial objective which, provided the rest of the *Sparrow* justification standard is met, will justify governmental infringement of aboriginal rights. [Underlining added.]

Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment. [Italic and underlining in original.]

[140] These comments were essentially repeated by then Chief Justice Lamer the following year in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paragraph 161.

[141] *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, presents an example of a situation where the broader public interest did not justify a *prima facie* infringement of an Aboriginal right. The result of that case is summarized by then Chief Justice Lamer, at paragraph 58:

I have some difficulty in accepting, in the circumstances of this case, that the enhancement of sports fishing *per se* is a compelling and substantial objective for the purposes of s. 35(1). While sports fishing is an important economic activity in some parts of the country, in this instance, there is no evidence that the sports fishing that this scheme sought to promote had a meaningful economic dimension to it. On its own, without this sort of evidence, the enhancement of sports fishing accords with neither of the purposes underlying the protection of aboriginal rights, and cannot justify the infringement of those rights. It is not aimed at the recognition of distinct aboriginal cultures. Nor is it aimed at the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society, since sports fishing, without evidence of a meaningful

plus, comme la conservation revêt une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble, y compris pour les membres autochtones de cette société, elle est un objectif dont la poursuite est compatible avec la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la société canadienne plus large dont ces dernières font partie. Dans cette optique, il est possible d'affirmer que la conservation est un objectif impérieux et réel qui justifie la violation par l'État de droits ancestraux, à la condition qu'il soit satisfait aux autres éléments de la norme de justification établie dans *Sparrow*. [Soulignement ajouté.]

Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Italique et soulignement dans l'original.]

[140] Ces remarques ont essentiellement été reprises l'année suivante par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au paragraphe 161.

[141] L'arrêt *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, présente un exemple d'un cas dans lequel l'intérêt public plus étendu ne justifiait pas une atteinte *prima facie* à un droit ancestral. Le résultat de cette affaire a été résumé par le juge en chef Lamer, au paragraphe 58:

J'éprouve de la difficulté à accepter, dans les circonstances du présent pourvoi, que la mise en valeur de la pêche sportive est en soi un objectif impérieux et réel pour ce qui concerne l'application du par. 35(1). Bien que la pêche sportive soit une activité économique importante dans certaines régions du pays, il n'y a en l'espèce aucune preuve que les activités de pêche sportive que le régime en litige vise à favoriser ont une dimension économique importante. En l'absence d'une telle preuve, la mise en valeur de la pêche sportive n'est pas à elle seule un objectif compatible avec l'un ou l'autre des deux objets qui sous-tendent la protection accordée aux droits ancestraux, et elle ne peut justifier l'atteinte portée à ces droits. Elle n'a pas pour but la reconnaissance de cultures autochtones distinctes. Elle ne vise pas non plus la conciliation de

economic dimension, is not “of such overwhelming importance to Canadian society as a whole” (*Gladstone*, at para. 74) to warrant the limitation of aboriginal rights.

[142] The Judge analyzed all of the jurisprudence referred to above, noting finally that Justice Binnie, in *R. v. Marshall*, *supra*, makes no mention of accommodating economic and non-native interests with Aboriginal rights. She reached the following conclusion (at paragraph 122 of her reasons):

Having regard to Binnie J.’s approach in *Marshall* and considering the direction in *Adams* to judge an objective by asking whether it is “informed by the same purposes” as the provision which provides constitutional protection for the rights, I find that an enhanced regional transportation network for the communities surrounding the Park is not a compelling and substantial objective. Allowing the social and economic interests of other communities to justify diminishing Mikisew’s right to trap and hunt cannot be said to be in recognition of the prior occupation of this land by Mikisew.

[143] Justice Binnie’s decision in *Marshall* dealt with the problems of identifying an Aboriginal right through the interpretation of a treaty. He did not discuss justification. However, I agree with the Judge’s conclusion that the objective of the winter road, which is to enhance the economic and social interests of all of the people who live in Fort Smith and other areas in and near Wood Buffalo National Park, is not sufficiently compelling and substantial to override the constitutionally protected right of Mikisew Cree First Nation to hunt in the Park.

[144] I accept that the proposed winter road is likely to be an advantage to its proponents, and others who live in the area. There may even be some advantages for Mikisew Cree First Nation. However, there is no winter road now, and there has been no such road for nearly 40 years. Mikisew Cree First Nation, whose members live, hunt and trap in the immediate vicinity of the proposed road, clearly believe that, for them, any possible advantages do not outweigh the disadvantages. In the context of a proposed justification for the *prima facie*

l’existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne, puisque, en l’absence d’éléments de preuve établissant qu’elle a une dimension économique importante, la pêche sportive ne revêt pas «une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble» (*Gladstone*, au par. 74) justifiant de limiter des droits ancestraux.

[142] La juge a analysé toute la jurisprudence susmentionnée, en faisant finalement remarquer que, dans l’arrêt *R. c. Marshall*, précité, le juge Binnie ne mentionne pas qu’il faut harmoniser les intérêts économiques et les intérêts non autochtones avec les droits ancestraux. La juge est arrivée à la conclusion suivante (au paragraphe 122 de ses motifs):

Compte tenu du raisonnement du juge Binnie dans *Marshall* et de l’instruction donnée dans *Adams* d’évaluer une fin en se demandant si elle respecte les objectifs visés par la disposition portant constitutionnalisation des droits, je suis d’avis que l’amélioration du réseau routier régional au profit des collectivités situées à proximité du parc ne constitue pas un objectif impérieux et réel. On ne saurait affirmer qu’on reconnaît la priorité d’occupation de ce territoire par les Mikisews si l’on permet que leur droit de chasser et de trapper soit limité en raison des intérêts sociaux et économiques des autres collectivités.

[143] La décision rendue par le juge Binnie dans l’affaire *Marshall* portait sur les problèmes que présentait l’identification d’un droit ancestral au moyen de l’interprétation d’un traité. Le juge n’a pas parlé de la justification. Toutefois, je souscris à la conclusion de la juge lorsqu’elle dit que l’objectif de la route d’hiver, qui doit favoriser les intérêts économiques et sociaux de tous les gens vivant à Fort Smith et ailleurs dans le parc national Wood Buffalo ou près du parc, n’est pas suffisamment impérieux et réel pour l’emporter sur le droit protégé par la Constitution autorisant la Première nation crie Mikisew à chasser dans le parc.

[144] Je reconnais que la route d’hiver proposée constitue probablement un avantage pour ses promoteurs et pour les autres résidents de la région. Cette route peut même comporter certains avantages pour la Première nation crie Mikisew. Toutefois, il n’y a pas maintenant de route d’hiver, et il n’y en a pas eu depuis près de 40 ans. La Première nation crie Mikisew, dont les membres vivent et pratiquent la chasse et le piégeage dans le voisinage immédiat de la route proposée, croit clairement qu’en ce qui la concerne, les avantages possibles ne

infringement of an Aboriginal right, an objective cannot be pressing and substantial unless it relates in some way to the long-term enhancement or preservation of the Aboriginal right that is being infringed (such as the conservation of natural resources), or the objective is overwhelmingly in the interests of the population as a whole. Like the Judge, I cannot accept that the approval of the winter road meets either test.

[145] Having reached the conclusion that the Judge was correct in her conclusion on the first branch of the justification test, it is not necessary to go further and consider whether the Judge was also correct to find that the Minister also failed the second branch of the justification test, which is whether the infringement is consistent with the role of the Crown as having a positive obligation to honour all obligations undertaken in Aboriginal treaties. However, I will consider that aspect of her judgment.

(2) Second branch: the Crown's obligation as fiduciary

[146] The second branch of the justification test has its origins in the decision of the Supreme Court of Canada in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 and *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.). The connection is explained as follows by then Chief Justice Lamer in *Sparrow*, *supra*, at page 1108:

The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. . . . [T]he Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship.

[147] The obligation of the Crown in this regard requires, at least, meaningful consultation before a decision is made that will infringe an Aboriginal right.

l'emportent pas sur les inconvénients. Dans le contexte d'une justification proposée de l'atteinte *prima facie* à un droit ancestral, l'objectif visé ne peut pas être pressant et important à moins de se rapporter d'une façon ou d'une autre à l'amélioration ou à la préservation à long terme du droit ancestral auquel il est porté atteinte (comme la conservation des ressources naturelles), ou à moins de favoriser énormément l'intérêt de l'ensemble de la population. Comme la juge, je ne puis reconnaître que l'approbation de la route d'hiver satisfait à l'un ou l'autre critère.

[145] Puisque j'ai conclu que la juge a tiré une conclusion correcte pour ce qui est du premier volet du critère relatif à la justification, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de se demander si la juge a également eu raison de conclure que la ministre n'avait pas non plus satisfait au deuxième volet du critère de justification, qui consiste à décider si l'atteinte est compatible avec le rôle de la Couronne, qui est tenue d'honorer toutes les obligations auxquelles elle s'est engagée dans les traités conclus avec les Autochtones. Toutefois, j'examinerai cet aspect du jugement de la juge.

2) Deuxième volet: l'obligation de la Couronne en sa qualité de fiduciaire

[146] Le deuxième volet du critère relatif à la justification a son origine dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Guerin et autres c. La Reine et autres*, [1984] 2 R.C.S. 335 ainsi que dans la décision *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.). Le juge en chef Lamer explique le lien comme suit dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la page 1108:

La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. [. . .] le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques.

[147] L'obligation de la Couronne à cet égard exige, au moins, une consultation réelle avant la prise d'une décision portant atteinte à un droit ancestral. Ce qui

Meaningful consultation is described as follows in *Delgamuukw*, *supra*, at paragraph 168:

The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. [Underlining added.]

[148] The Judge, correctly, did not limit her analysis of the second branch of the justification test to the question of meaningful consultation. She also touched on the issues of priority, minimal infringement and compensation, keeping her focus throughout on the central question of whether or not the actions of the Minister were consistent with its fiduciary obligations (her approach is clearly described at paragraphs 124-128 of her reasons). However, the basic complaint of Mikisew Cree First Nation is centred on the failure to consult. The question of the adequacy of consultation warranted the detailed consideration it was given by the Judge.

[149] The Judge's conclusion on the question of consultation is stated as follows, at paragraph 157:

In conclusion, it is not consistent with the honour of the Crown, in its capacity as fiduciary, for it to fail to consult with a First Nation prior to making a decision that infringes on constitutionally protected treaty rights. In the justification stage of the *Sparrow* analysis, the onus of proof is on the Crown. The Mikisew do not bear the burden of proving that the Crown did not adequately consult with them. It is for the Crown to demonstrate that they did provide a meaningful First Nations consultation. The Minister has not met this burden.

[150] I agree with this conclusion. The record discloses that Mikisew Cree First Nation had opportunities to comment on the proposed winter road, in the context of the environmental assessment, and did not do so. The record also discloses that when Mikisew Cree First Nation did attempt to engage the Minister in

constitue une consultation réelle est décrit comme suit dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité, au paragraphe 168:

La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. [Soulignement ajouté.]

[148] La juge, avec raison, n'a pas limité son analyse du deuxième volet du critère relatif à la justification à la question de la consultation réelle. Elle a également abordé les questions de priorité, d'atteinte minimale et d'indemnisation, en insistant toujours sur la question cruciale de savoir si les mesures de la ministre étaient compatibles avec ses obligations fiduciaires (son approche est décrite d'une façon claire aux paragraphes 124 à 128 de ses motifs). Toutefois, la Première nation crie Mikisew se plaint fondamentalement du défaut de consultation. La question du caractère adéquat de la consultation justifiait l'examen détaillé auquel la juge a procédé.

[149] La conclusion tirée par la juge au sujet de la question de la consultation est énoncée comme suit au paragraphe 157:

En conclusion, l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à des droits issus de traité et jouissant d'une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée. Dans l'analyse élaborée dans l'arrêt *Sparrow*, c'est la Couronne qui a la charge de la preuve à l'étape de la justification. Les Mikisews n'ont pas à prouver que la Couronne ne les a pas consultés comme il se doit. C'est à la Couronne qu'il incombe de démontrer qu'elle a procédé à une consultation digne de ce nom. La Ministre n'a pas fait cette preuve.

[150] Je souscris à cette conclusion. Le dossier révèle que la Première nation crie Mikisew avait eu la possibilité de faire des remarques au sujet de la route d'hiver proposée dans le contexte de l'évaluation environnementale et qu'elle ne l'a pas fait. Le dossier révèle également que, lorsque la Première nation crie

discussions, there was no response. I agree with counsel for the Minister that in some circumstances, meaningful consultation in relation to an infringement of a treaty right may occur in conjunction with consultations on other issues, such as environmental impact, and that the First Nation has an obligation to participate in any consultations actively and in good faith.

[151] However, even if multi-purpose consultations are possible in theory, there must be evidence that First Nation treaty rights are on the table, are understood, and are addressed. It is difficult to find that meaningful consultations have occurred if the Minister has failed to hear or respond to the attempts of the First Nation to put its treaty rights on the table.

[152] In this case, there is no evidence of any good faith effort on the part of the Minister to understand or address the concerns of Mikisew Cree First Nation about the possible effect of the road on the exercise of their Treaty 8 hunting and trapping rights. It is significant, in my view, that Mikisew Cree First Nation was not even told about the realignment of the road corridor to avoid the Peace Point Reserve until after it had been determined that the realignment was possible and reasonable, in terms of environmental impact, and after the road was approved. That invites the inference that the responsible Crown officials believed that as long as the winter road did not cross the Peace Point Reserve, any further objections of the Mikisew Cree First Nation could be disregarded. Far from meaningful consultation, that indicates a complete disregard for the concerns of Mikisew Cree First Nation about the breach of their Treaty 8 rights.

[153] As indicated above, the Judge touched on the other *Sparrow*, *supra*, factors, but in each case reached a conclusion that favoured the position of Mikisew Cree First Nation. Of particular interest is her discussion of the Minister's argument that reasonable steps were taken

Mikisew a tenté d'entamer des discussions avec la ministre, on ne lui a pas répondu. Je suis d'accord avec l'avocat de la ministre pour dire que, dans certains cas, une consultation réelle en ce qui concerne une atteinte à un droit issu d'un traité peut avoir lieu avec les consultations portant sur d'autres questions, comme les répercussions sur l'environnement, et que la Première nation est tenue de participer à toute consultation activement et de bonne foi.

[151] Toutefois, même si les consultations à multiples fins sont possibles en théorie, il doit être évident que des droits issus d'un traité conclu avec une Première nation sont en cause, qu'ils sont compris et qu'ils sont examinés. Il est difficile de conclure que des consultations réelles auraient eu lieu si la ministre n'avait pas entendu la Première nation ou répondu aux tentatives que la Première nation avait faites pour invoquer ses droits issus d'un traité.

[152] Dans ce cas-ci, rien ne montre que la ministre ait de bonne foi fait des efforts pour comprendre ou examiner les préoccupations que la Première nation crie Mikisew entretenait au sujet de l'effet possible de la route sur l'exercice du droit de chasse et de piégeage qui lui était reconnu par le Traité n° 8. À mon avis, il importe de noter que l'on a informé la Première nation crie Mikisew du nouveau tracé du corridor routier destiné à éviter la réserve de Peace Point qu'une fois qu'il a été conclu que ce nouveau tracé était réalisable et raisonnable, en ce qui concerne les répercussions sur l'environnement, et que la route a été approuvée. On peut en inférer que les représentants responsables de la Couronne croyaient que, dans la mesure où la route d'hiver ne traversait pas la réserve de Peace Point, il était possible de ne faire aucun cas des autres objections soulevées par la Première nation crie Mikisew. Cela est bien loin d'indiquer une consultation réelle, mais indique plutôt que l'on a fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité n° 8.

[153] Comme il en a ci-dessus été fait mention, la juge a traité des autres facteurs mentionnés dans l'arrêt *Sparrow*, précité, mais dans chaque cas, elle est arrivée à une conclusion favorisant la position de la Première nation crie Mikisew. Il est particulièrement intéressant de

to mitigate the effect of the winter road on hunting and trapping near the road. Those steps might well be reasonable, and at the end of the day may prove to be sufficient. However, the Judge found, and it is not disputed, that Mikisew Cree First Nation was not consulted on these measures and, more importantly, that these measures related to a route for the proposed road that was kept secret from Mikisew Cree First Nation until after the critical decision had been made. It was not for the Judge, and it is not for this Court, to speculate about the adequacy of the mitigation steps devised as the result of a process that was fundamentally flawed.

G. Conclusion

[154] I would dismiss the appeal with costs.

noter la façon dont la juge a analysé l'argument de la ministre, à savoir que des mesures raisonnables avaient été prises en vue d'atténuer l'effet de la route d'hiver sur la chasse et le piégeage près de la route. Ces mesures étaient peut-être bien raisonnables et, en fin de compte, elles peuvent s'avérer suffisantes. Toutefois, la juge a conclu, et il n'est pas contesté, que la Première nation crie Mikisew n'a pas été consultée sur ces mesures et, fait plus important, que ces mesures se rapportaient à un tracé qui n'a été communiqué à la Première nation crie Mikisew qu'une fois prise la décision cruciale. Il n'appartient pas à la juge et à la Cour de se lancer dans des conjectures au sujet du caractère adéquat des mesures d'atténuation élaborées par suite d'un processus qui était fondamentalement vicié.

G. Conclusion

[154] J'estime que l'appel doit être rejeté avec dépens.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and 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 of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Application for order requiring MNR (respondent) to refuse to disclose certain third party information and records (records) pursuant to Access to Information Act (Act), s. 44—Applicants also seeking order protecting confidentiality of records, including names of authors of records, which authors identified as applicants A and B in this proceeding pursuant to Federal Court Rules, 1998, rr. 151 and 152 and pursuant to Act, s. 47—Applicant, Canadian Tobacco Manufacturers' Council (CTMC), non-profit Canadian corporation—Applicant A (A), consulting firm specializing in statistical analysis—Applicant B (B), forensic consulting firm—Respondent joined by head of Canada Customs and Revenue Agency (CCRA)—Mr. Robert Cunningham added party and employed at Canadian Cancer Society—Mr. Cunningham made original access to information request subject of these proceedings—Information Commissioner of Canada (Information Commissioner) another added party—Information Commissioner received complaint from Mr. Cunningham against CCRA on February 10, 1999—On July 5, 2000, Information Commissioner reported results of investigation to head of CCRA—In accordance with Act, s. 37, severed version of report provided to Mr. Cunningham—In report, Information Commissioner concluded all records identified by CCRA relevant to access request—Information Commissioner also concluded records should not have been exempted pursuant to Act, s. 20(1) or 16 and recommended records be disclosed forthwith to requester, Mr. Cunningham—Lack of relevance not ground for exemption as exclusion of portion or record under Act and determining what is or is not relevant to request up to institution, however, this decision would normally be based on examination of each individual record to determine reasonableness of separating non-relevant from relevant information—Fact no obligation on institution to disclose irrelevant information to requester does not give third parties a right to prevent disclosure on grounds of irrelevancy—In context in which request was made and records produced, not incorrect for CCRA to conclude issues of controls, supply and demand intimately connected to issue of enhanced tax-paid markings—These matters also before Information Commissioner and he quite rightly concluded that

ACCESS TO INFORMATION—Continued

“an unduly narrow interpretation of access request was taken and none of the records at issue should have been withheld on the basis that they were not relevant to the request”—Lack of relevance not ground for ordering non-disclosure in present application—In addition to relevancy, applicants argue records should be excluded under various exemptions appearing in s. 20(1)—Firstly, regarding exemptions under s. 20(1)(a), only issue on present facts whether applicants have shown information contains “something of technical nature . . . which is guarded very closely and is of such peculiar value to the owner of the trade secret that harm to him would be presumed by its mere disclosure”—Methodology something author had “honed over a number of confidential studies”—Not sufficient to bring information within narrow technical sense of “trade secret” postulated by Strayer J. in *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of Secretary of State)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102 (F.C.T.D.)—Author appears to be talking about way of handling data gained over years of experience—In coming to this conclusion, Court assumed word “technical” as used by Strayer J., has meaning close to “of or involving or concerned with mechanical arts and applied sciences”—In case at bar, evidence more suggestive of analytic know-how gleaned over years of considerable experience and not strong enough to suggest proprietary methodology that might fit within some extended definition of “technical”—Regarding exemptions under s. 20(1)(b), both Reports prepared in draft form for limited and knowledgeable audience and, as Transmittal Letters make clear, supplied to CCRA in confidence—Reasonable expectation of CTMC, A and B and CCRA, that records would be kept confidential and would not be exposed—Had applicants ever suspected disclosure might occur they would have removed names of consultants and would have also required substantiated exclusions from body of Reports—Draft provided for discussion purposes only, as Transmittal Letters indicate—Entirety of Records not constituting information of commercial or financial nature—Only issue whether any portion can be said to qualify for exemption on this ground—In addition to ostensible contents of both Reports, there is analytic methodology used to treat data and draw conclusions

ACCESS TO INFORMATION—Continued

—This can be regarded as commercial information being used to produce Reports— Having decided information not trade secret, issue whether information can be regarded as confidential within meaning of Act—No reason to dispute applicants' evidence that, in case of both reports, information provided by third parties who consistently treated analytical methodology as confidential— Reports in draft form and forwarded by CTMC "on confidential basis" and with understanding that "circulation be limited to those directly involved in tobacco tax collection and enforcement"— However, for reasons of public policy, information cannot be treated as confidential within measure of s. 20(1)(b)—Records have been submitted to government with view to addressing issues that may well affect, or may already have affected, government policy on tobacco—Not to allow public access would leave public with no means to respond and would completely thwart whole purpose of Act— As to exemption under s. 20(1)(c), having reviewed applicants' evidence on reasonable expectation of financial loss or gain, and notwithstanding such evidence not subject of cross-examination, it remains speculative—Applicants, at best, merely express fears of what could happen—They do not establish reasonable expectation of probable harm within meaning of s. 20(1)(b)—In addition, if applicants' assertions records and relationship between CTMC and CCRA not exercise in lobbying taken at face value, difficult to see what loss of reputation they might have suffered from disclosure of materials aimed at improving law enforcement and deterring smuggling activities—Finally, regarding s. 20(1)(d), not established disclosure of records would obstruct or thwart contractual negotiations—Application entirely denied—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 20, 44, 47—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 151, 152.

CANADIAN TOBACCO MANUFACTURERS COUNCIL v. M.N.R. (T-877-00, 2003 FC 1037, Russell J., order dated 8/9/03, 53 pp.)

In 1999, National Research Council (NRC) began new program for awarding its hardest-working most talented employees with performance bonuses—Applicant officer of union representing administrative, secretarial, technical staff at NRC—In 2000, applicant asked NRC, on behalf of union, to provide names of all employees who had been awarded performance bonuses in 2000—Applicant relied on Access to Information Act (AI Act)—President of NRC refused applicant's request on basis asking for personal information protected under Privacy Act (P Act)—Applicant complained to Information Commissioner (IC), invoking exception in P Act, s. 3(l) (information about discretionary financial benefits)—NRC then disclosed names of some employees—However, in letter dated December 12, 2001, IC agreed with NRC that not obliged to release names of persons who had received

ACCESS TO INFORMATION—Continued

bonuses for individual efforts because that would, in effect, disclose their personal performance ratings—Applicant applied to Court for judicial review of NRC's refusal and sought order against NRC to provide those names—First, can names of persons who received performance bonuses be disclosed on basis of exception in P Act?—AI Act and P Act two sides of single coin—Together they set out rules governing disclosure and protection of information held by federal government—AI Act, s. 19 allows individuals access to government records, but prohibits disclosure of "personal information", defined generally in P Act, s. 3 as "information about an identifiable individual that is recorded in any form"—However, information sought here not very specific—One would not know rating particular person had achieved—In any case, even general information applicant requested from NRC coming within broad definition of "personal information" in P Act—However, P Act goes on to list number of exceptions to definition, including "any discretionary benefit of financial nature. . . including name of individual and exact nature of benefit"—Clearly, employees who received bonuses from NRC obtained financial benefit—Only question whether benefit "discretionary"—Entire bonus program discretionary—However, further issue to consider—P Act, s. 3(j) contains another exception relating to information about public servants—Provision permits disclosure of number of details about public employees, including their job titles, addresses, telephone numbers, job classifications and salary ranges—Supreme Court has held personal information about public employees not specifically mentioned in s. 3(j), including performance appraisals, cannot be disclosed: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66—Similarly, because s. 3(j) refers specifically to "salary range" of public employee, Muldoon J. held parallel exception for discretionary financial benefits in s. 3(l) does not permit disclosure of person's specific salary or daily fee: *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 337 (F.C.T.D.)—Still, neither case suggests information applicant seeks cannot be disclosed—According to *RCMP* case, personal performance evaluations of public employees should remain confidential, even though other details about their employment history can be disclosed—However, NRC would not be revealing performance evaluations of its employees simply by naming those who received bonuses—Further, no tension here between s. 3(j) and s. 3(l), as there was in *Rubin* case—Here, applicant asks NRC to disclose names of employees who received bonus, not their salary, nor even amount of bonus—No tension between two exceptions at issue here, and no basis for concluding s. 3(j) cannot apply to public employees—Accordingly, information applicant seeks not "personal information" according to P Act—Therefore, NRC should have granted request initially—

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

Identity of persons who received performance bonuses from NRC not “personal information” because information relating to discretionary financial benefit under P Act, s. 3(l)—As such, applicant entitled to have access to information—Judicial review allowed—NRC ordered to provide applicant with names of employees who received performance bonuses in year 2000—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 19—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 “personal information”.

VAN DEN BERGH V. CANADA (NATIONAL RESEARCH COUNCIL) (T-121-02, 2003 FC 1116, O’Reilly J., judgment dated 29/9/03, 13 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**IMMIGRATION PRACTICE**

Judicial review by Minister of Citizenship and Immigration (Minister or applicant) seeking to set aside decision of Immigration and Refugee Board (Board) who, after conducting 48-hour first detention review under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 57(1) ordered, pursuant to Act, s. 58 respondent’s release from detention—S. 58 sets out circumstances in which foreign national “shall be released from detention”—S. 58 refers to prescribed factors contained in Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), ss. 244, 247—Board erred in law when did not weigh two prescribed factors in assessing whether respondent’s detention should continue—Omitted factors found in Regulations, s. 247(1)(c), (e)—Furthermore, Board took into account irrelevant consideration in deciding to release him: fact departure order had been issued in respondent’s supposedly real name, name reflected in driver’s licence and photocopy of birth certificate—Also error of law—Lastly, Minister correct in arguing Board made erroneous finding of fact, arrived at in perverse and capricious manner when concluding immigration authorities satisfied with respondent’s identity because they decided to issue departure order in name reflected in documents of doubtful authenticity—Such finding contrary to Minister’s opinion given under Act, s. 58—Judicial review allowed— Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 57, 58, 106— Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 244, 247.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. GILL (IMM-4191-02, 2003 FC 1398, Lemieux J., order dated 28/11/03, 13 pp.)

Judicial review for order of *mandamus* requiring respondent to grant permanent resident status to applicant—Application for permanent resident status refused on basis identity documentation unsatisfactory, even though applicant submitted passport—Passport did not predate claim to refugee status—Immigration Act (Act), s. 46.04(8) governed

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

processing of applicant’s application until repeal of Immigration Act on June 28, 2002—New Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), containing similar requirements found in IRPA Regulations, s. 50(1)(a), stating applicant for permanent resident status must possess passport issued by country of which foreign national citizen or national—IRPA Regulations, s. 178 giving alternative list of documents in case impossible to obtain document required under IRPA Regulations, s. 50—Applicant had valid documents at time of application; not within officer’s discretion to determine if issuance of document satisfactory—“Satisfactory” test applying only to identity documents other than passport—In case at bar, no question of authenticity or validity of passport, and it bore both name and photograph of applicant—Hence, officer erred in law when refusing to accept “valid and subsisting” passport under Act, s. 46.04(8)—Officer would have made same error had she based refusal on IRPA Regulations, s. 50(1)(a)—However, *mandamus* not appropriate remedy in circumstances—Judicial review allowed and matter sent back for redetermination—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.04(8) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 38)— Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27— Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 50(1)(a), 178.

OUMER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6053-02, 2003 FC 1021, Pinard J., order dated 20/11/03, 5 pp.)

Manjit Kaur Sohal (respondent) Canadian—Respondent seeking to sponsor her husband’s admission to Canada—His application for permanent residence denied for reasons of serious criminality—Respondent filed sponsor’s appeal from this refusal—Appeal pending before Immigration Appeal Division when Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) came into force on June 28, 2002—In 1992, respondent, her spouse and their two sons entered Canada from Great Britain—In 1993, four family members landed as permanent residents of Canada—In 1997, respondent’s husband convicted of sexual assault and sentenced to imprisonment for term of 30 months—On September 7, 1999, respondent, by then Canadian citizen, filed application to sponsor her spouse’s application for permanent residence—On December 6, 2000, respondent filed appeal with Immigration Appeal Division (IAD) from refusal of her spouse’s application for permanent residence—On November 29, 2002, IAD dismissed application by Minister of Citizenship and Immigration (applicant) to discontinue appeal pursuant to IRPA, s. 196—This proceeding is application for judicial review of IAD’s decision—Issue whether transitional provisions in IRPA have discontinued respondent’s right of appeal—Interpretation of IRPA’s transitional provisions

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

should follow analytical framework set out by Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27—S. 192 transitional rule governing all appeals pending before IAD on June 28, 2002, date of coming into force of IRPA—S. 192 provides these appeals shall be continued under former Act by IAD of Board—However, applicant relies on exception in s. 196 which provides, despite s. 192, appeal pending before IAD shall be discontinued if: (a) appellant has not been granted stay under former Act; and (b) appeal could not have been made because of IRPA, s. 64—Respondent has right of appeal to IAD under s. 192—If it was Parliament’s intention to remove her right of appeal under s. 192, it was required to do so in clear and unambiguous language—As Canadian, respondent cannot meet first requirement in s. 196—Fact stay never contemplated for appellant such as respondent indicative of Parliament’s intent to remove right of appeal only for removal order appellants under former Act, s. 70—If Parliament wanted to remove respondent’s right of appeal under s. 192 and to discontinue sponsorship appeals where foreign national involved in serious criminality, it could and should have so stated in “emphatic statutory language”—Parliament did not do so, therefore, judicial review dismissed—Moreover, according to *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 85; [2004] F.C.J. No. 366 (C.A.) (QL); if ss. 192, 196 and 197 to be read together as part of coherent transitional scheme, phrase “granted a stay under the former Act” should be given same meaning in ss. 196 and 197—Judicial review dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 64, 192, 196, 197—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 65; 1995, c. 15, s. 13).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SOHAL (IMM-6292-02, 2004 FC 660, Lutfy J., order dated 6/5/04, 15 pp.)

Judicial review on issue of application of Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 196—Whether sponsorship appeals for landed status subject to s. 196—Applicant filed appeal of sponsored application for permanent residence made by her husband, Errol George Williams—Appeal filed with Appeal Division of Immigration and Refugee Board pursuant to former Immigration Act (former Act), s. 77(3)—Federal Court of Appeal issued decision on meaning of “granted a stay” in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 85; [2004] F.C.J. No. 366 (C.A.) (QL)—*Medovarski* significantly settles scope and rationale for that part of s. 196—Term “stay” refers only to stays which operate automatically by legislated provision and, therefore, do not include “discretionary” stays attained upon application—Application can be determined on examining plain meaning of words in s. 196 as clarified in *Medovarski*—Applicant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

appellant, not entitled to automatic stay, and, therefore, “has not been granted stay under former Act”—As to second part of s. 196, “the appeal could not have been made because of s. 64 of this Act”, on facts of this case, Mr. Williams’ conduct falls squarely within s. 64—As such, it affects both himself as well as appeal rights of applicant—Mr. William foreign national, applicant his sponsor—He has been found to be inadmissible on grounds of serious criminality by virtue of his imprisonment for crime exceeding two years—No serious issue regarding Act, s. 64; applicant’s appeal could not have been made—On this approach, applicant, as appellant, falls four-square into two conditions which must be met in order that appeal be discontinued—Critical provision related to transition is s. 190 which requires existing proceedings under former Act must now be conducted under new Act—If Parliament had intended existing rights such as they may be, were to be preserved notwithstanding new legislation, it could simply have said so—Significant to consideration of s. 196 that Parliament did not do so—Parliament has directed matters governed by ss. 196 and 197 to be part of general scheme that existing matters under former Act to be subject to new Act—Natural consequences of this legislative scheme that existing rights may be affected, even adversely—But this is Parliament’s clear intent—Both ss. 196 and 197 refer in particular to s. 64—S. 64 refers specifically to “sponsors”—Consequently, ss. 196 and 197 intended to affect rights of appellants who are sponsors, such as applicant here—Nothing new to notion appeals significantly affected by fact sponsoree has criminal past—Former Act, s. 77(3.01) likewise did not permit appeal by sponsor where serious criminality—Interpretation of s. 196 which arises from plain meaning read in context and in conjunction with legislative scheme does not render s. 196 somehow sterile or of little meaning—Therefore, limited situations where s. 196 will operate so as to prevent discontinuance of appeals under former Act—By tying s. 196 so directly to s. 64 of Act which covers sponsors’ appeals, it was Parliament’s intent sponsors as appellants should be subject to consequences of s. 196—Consistent and logical Parliament would not want sponsors to enjoy greater benefits than those available to sponsoree applicants for landed status—Benefits of landed status can well long survive beyond relationship which gave rise to sponsorship—Parliament simply ensuring that what cannot be done directly cannot be accomplished indirectly—In considering whether this interpretation consistent with objects of legislation, Act, s. 3 outlines number of objectives of Act as it relates to immigration—S. 64, while referring to sponsors and permanent residents, not directed primarily at objective of family unification—S. 64 designed to limit opportunity for admission to Canada by those found guilty of crimes in Canada, having been imprisoned for at least two years—That objective to be attained whether inadmissible person appeals

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

directly themselves or by means of sponsor—S. 64 focussed primarily, if not exclusively, on objective of safety of Canadians and security of Canadian society—By linking ss. 64 and 196 so closely, s. 196 also intended to serve same objective—S. 196 designed to put appellants under provisions of new legislation and to limit, if not outright eliminate, opportunity to continue appeals under former Act—Plain meaning of s. 196 as outlined earlier, therefore, consistent with purposes and objectives of new legislation—Parliament has made policy choice as to how these circumstances are to be dealt with—Parliament has done so in clear and rational terms—Not for Court to second guess that policy choice—Judicial review dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 64, 196, 197—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 77(3) (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 134).

WILLIAMS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6479-02, 2004 FC 662, Phelan J., order dated 6/5/04, 15 pp.)

COMPETITION

Since May of 1999, appellant has submitted numerous and repeated complaints to Commissioner of Competition (Commissioner) and asked inquiry to be held into these complaints under Competition Act (Act), s. 10(1)(b)—Commissioner investigated complaints and decided formal inquiry under s. 10(1)(b) unnecessary because no grounds to believe Act violated—Herein, Motions Judge found Commissioner had already fully performed legal duty owed to appellant under Act—Having concluded inquiry not warranted under s. 10(1)(b), Commissioner did not have duty to initiate formal inquiry under s. 10(1)(a)—S. 10 should be interpreted in way avoiding possibility of identical complaints submitted one after another without new facts raised—Furthermore, Commissioner had already performed legal duty owed to Mr. Charrette under s. 10(2) because Commissioner fully advised Mr. Charrette of results of investigation and conclusion—Second, in alternative Minister did have duty to initiate inquiry under s. 10(1)(a), Motions Judge concluded would exercise discretion not to grant *mandamus* because Mr. Charrette's actions amounted to abuse of process—Mr. Charrette should be prevented from monopolizing Competition Bureau (Bureau) resources to detriment of public interest in effective operation of Act—Whether Motions Judge erred in concluding Commissioner not required to initiate formal inquiry under s. 10(1)(a)—Complaints appellant made under s. 9 for which requesting inquiry under s. 10(1)(a) precisely same complaints Commissioner has already investigated for numerous hours and found completely unsubstantiated—Importantly, appellant raised no new evidence to substantiate complaints—Purpose of Act will not be furthered by finding Commissioner must initiate formal inquiry when

COMPETITION—Concluded

Commissioner already determined this is unnecessary—Interpreting s. 10 so as not to require Commissioner hold formal inquiry in circumstances of this case supported by s. 22(1), which indicates Commissioner given large discretion to discontinue inquiry at any time if Commissioner's opinion further inquiry not necessary—Finally, interpreting s. 10(1)(a) as mandating inquiry be held in circumstances of present case would lead to absurd results—Such interpretation would allow people to abuse process under s. 10 by bringing exact same complaints without new evidence under both s. 10(1)(a) and s. 10(1)(b) when there has already been thorough investigation, requiring Commissioner to devote Bureau resources to repeated investigations of these claims—Motions Judge did not err in finding Commissioner had fulfilled s. 10(2) requirement to inform Mr. Charrette as to progress of inquiry—If Commissioner required to initiate inquiry under s. 10(1)(a) or did not fulfill duty under s. 10(2), Motions Judge did not err in exercising discretion to deny *mandamus*—Fact Court's power to issue *mandamus* order discretionary evident both from case law and from Federal Court Act, s. 18.1(3)—See *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.)—Very little practical value to granting order of *mandamus* in case at bar—See also *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2—Second, while order of *mandamus* in this case of virtually no practical value to appellant, refusing to grant such order in particular circumstances of this case would be of great practical value to public interest with respect to use of Commissioner's resources—In addition, appellant's conduct in first requesting and then, by his actions, encouraging Commissioner to thoroughly investigate complaints under s. 10(1)(b) and then bringing exact same complaints under s. 10(1)(a) constitutes abuse of process of Act, suggesting *mandamus* should not be granted in this case—In conclusion, s. 10 should not be interpreted to require Commissioner to initiate formal inquiry into appellant's complaints under s. 10(1)(a) in absence of new evidence when already investigated these complaints—As well, Commissioner already fulfilled duties to appellant under s. 10(2)—In any event, balance of convenience suggests order of *mandamus* should not be granted in this case—Appeal dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 9 (as am. by S.C. 1999, c. 2, ss. 6, 37(b)), 10 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 23; S.C. 1999, c. 31, s. 45), 22(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, s. 37(n))—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 27).

CHARETTE V. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) (A-517-02, 2003 FCA 426, Sexton J.A., judgment dated 14/11/03, 29 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review regarding relevant factors to be applied by Canada Employment Insurance Commission (Commission) in

EMPLOYMENT INSURANCE—Continued

imposing penalty under Employment Insurance Act (Act), s. 38(2)—Two issues to be resolved—First issue regarding scope of inquiry conducted by Commission in determining relevant factors to be considered in fixing penalty in individual case and second, whether Commission can use criminal law principles used by judges in setting fines upon conviction of Criminal Code offence—Umpire’s jurisdiction to alter Board’s review of discretionary decision of Commission as to amount of penalty under s. 38(2) limited—Nothing in s. 38 or scheme of Act suggesting any responsibility on Commission to conduct extensive inquiry of its own initiative as to relevant factors in initial fixing of penalty—Commission entitled to test apparent discrepancies by seeking timely information and should afford claimants timely opportunity to present relevant information—In absence of response, Commission entitled to make its penalty assessment on existing record—In case at bar, Umpire found in fixing amount of penalty, Commission should take guidance from criminal law principles relating to fixing of fines under Criminal Code or other federal statutes—Principles from criminal law system should not be randomly imported into administrative guidelines used in Commission’s deliberations lest its discretion to set penalties be fettered—Penalties under employment insurance scheme viewed not as sanctions involving criminal record but as deterrents supporting voluntary and truthful declarations required from claimants—Hardship and ability to pay factor Commission must take into account in fixing penalty, but onus on claimant to put relevant facts before Commission—Here, evidence in record before Umpire that Commission had already reduced penalty in response to further information provided about respondent’s financial circumstances—This evidence apparently overlooked by Umpire, constituting reviewable error—Judicial review allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 38(2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. DEEN (A-45-03, 2003 FCA 435, Malone J.A., judgment dated 20/11/03, 8 pp.)

Judicial review of decision of Umpire under Employment Insurance Act (Act), allowing appeal from Board of Referees’ decision—After noting Board had failed to consider respondent’s hardship argument in dismissing appeal from penalty imposed for knowingly failing to declare all earnings, Umpire turned for guidance to decisions decided under federal criminal statutes (in fixing amount of fine, judge obliged to consider accused’s ability to pay)—Umpire not allowed to import criminal law principles because Umpire in administrative law context—Whether umpire can require board of referees to consider inability to pay factor—Board of referees may take into account any mitigating circumstance surrounding knowingly making of false statement—Whether same principle applies where asserted “mitigating

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

circumstances” arose not at time false statement knowingly made but only subsequently as result of imposition of penalty under Act, s. 38(1)—Board of Referees did possess authority to vary penalty in exceptional circumstances—Apparent Board of Referees did not turn its mind to hardship argument, resulting in failure to exercise jurisdiction—Judicial review allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23 s. 38(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. GRAY (A-46-03, 2003 FCA 464, Stone J.A., judgment dated 2/12/03, 6 pp.)

FISHERIES

Appeal from Trial Division decision ((2003), 227 F.T.R. 96) dismissing judicial review application brought by appellants (respondent issued licence authorizing Heritage Salmon Limited to kill seals with firearms in order to protect aquaculture site on Birdwood Island) on ground appellants did not have required standing to pursue application—Parties agree standing no longer issue, seek to have Court dispose of application on merits—Only question whether word “fishing” must involve intention to “harvest, use or exploit” any fish caught as appellant contends—Motions Judge found construction proposed by appellants “fishing” requiring intention to “harvest use or exploit” contrary to case law, contrary to purpose of Fisheries Act, and not supported by words of Act—No flaw in Motions Judge’s analysis—Appeal dismissed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.

KWICKSUTAINNEUK/AH-KWA-MISH TRIBES V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (A-82-03, 2003 FCA 484, Noël J.A., judgment dated 18/12/03, 4 pp.)

HUMAN RIGHTS

Applicant bringing application for judicial review from decision of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) dismissing applicant’s complaint Bay Ferries Ltd. (respondent) discriminated against him contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Tribunal observed applicant must establish *prima facie* case of discrimination, to which respondent may respond—Tribunal applied three-part test developed in *Florence Shakes v. Rex Pak Ltd.* (1981), 3 C.H.R.R. D/1001 for determining whether *prima facie* case of discrimination established by applicant—Tribunal concluded applicant had raised *prima facie* case of discrimination, neither nor shown explanation given by respondent for decision not to hire applicant subterfuge in order to hide discriminatory actions—Applicant alleged Tribunal erred in law and in fact—Alleged error of law regarding incorrect test applied by Tribunal in order to determine whether applicant established *prima facie* case of discrimination—Error in fact that Tribunal found: (1) applicant left Canadian National

HUMAN RIGHTS—Concluded

Marine (later Marine Atlantic Inc., and together referred to as Marine Atlantic) in 1995, after working there for five years, because he did not like Marine Atlantic management policy; and (2) Mr. Stevenson (representative of Bay Ferries responsible for interviewing applicants) felt applicant's response on watertight door interview question showed inflexibility, and perhaps resistance to change on safety issue—Whether Tribunal applied wrong test for determination of *prima facie* case of discrimination—Two tests exist to determine whether *prima facie* case of discrimination established—First test enunciated in *Shakes, supra*, second test articulated in *Israeli v. Canadian Human Rights Commission and Public Service Commission* (1983), 4 C.H.R.R. D/1616—Application of each test considered in *Canada (Department of National Health and Welfare) v. Chander* (1997), 131 F.T.R. 301 (F.C.T.D.) in which Mr. Justice Muldoon explained: "'Shakes applies to situations where someone other than the complainant is hired. *Israeli* applies when the employer does not hire the complainant and then continues to look for employees"—No final hearing decision made with respect to any candidate until after applicant interviewed—Tribunal did not err by applying *Shakes* test—As to alleged errors of fact, evidence not supporting applicant's arguments—Judicial review dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 7.

LINCOLN V. BAY FERRIES LTD. (T-489-02, 2003 FC 1156, Dawson J., order dated 6/10/03, 19 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Judicial review of two decisions of Tax Court, one dismissing appeals from assessments denying claim for applicant's business losses, other dismissing appeal under Excise Tax Act denying claims for input tax credits for same period—Applicant arguing Tax Court Judge erred in applying test of reasonable expectation of profit, and relies on *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645—*Stewart* case, decided after T.C.C. judgment rendered herein, did not abolish test of reasonable expectation of profit but rather confined its application to cases where some personal element to activity in question—Tax Court Judge found as fact there was such personal element in present case—Taxpayer did not carry out business in accordance with objective standards of business-like behaviour—Tax Court Judge decisions do not conflict with *Stewart* case—Judicial review dismissed.

NADORYK V. CANADA (A-57-03, 2003 FCA 459, Sexton J.A., judgment dated 27/11/03, 4 pp.)

NADORYK V. CANADA (A-582-02, 2003 FCA 458, judgment dated 27/11/03, 4 pp.)

INCOME TAX—Continued**PENALTIES**

Judicial review of decision of Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) denying applicant's request for waiver or cancellation of assessed interest and penalties payable with respect to 1987 taxation year, pursuant to Income Tax Act, s. 220(3.1) as well as Information Circular 92-1 entitled Guidelines for Cancellation and Waiver of Interest and Penalties (Guidelines)—Applicant's spouse handling couple's affairs, securities, investments—Because of massive losses suffered in 1987, 1988 and general disarray of spouse's affairs, couple's accountant could not maintain records and quit—Applicant seeking to have all penalties and interest cancelled as due to attribution rule, fairness rules, and ability to pay rules, all applicable in present case, with costs—Whether Minister of Finance (Minister) properly exercised discretion, pursuant to s. 220(3.1), in deciding not to waive or cancel interest assessed to applicant with respect to 1987 taxation year—Fairness provisions meant to allow taxpayer to be treated with common sense—Parliament has chosen to enact fairness provisions, and Minister has duty to ensure provisions applied fairly to taxpayer—Applicant's representative, Jacqueline Guest, made first level request for interest relief to Minister in November 1996, on grounds since carryover of losses from 1988 to 1987 completely eliminated income tax owing, interest, which had compounded from 1987 to 1995, year applicant had been informed of income tax owing, should be waived—Application denied; given information provided in first request, exercise of discretion would not have been interfered with, had judicial review been applied for then—Exercise of discretion more problematic in second level fairness review—By this time, CCRA apprised of applicant's situation, and still, Minister refuses to exercise discretion to waive interest accumulated—In 1987, applicant had never filed income tax return—Assets applicant owned with her husband entirely administered by him, and he declared in own name all income generated by these assets—In 1987 and 1988, couple suffered heavy financial losses subsequent to 1987 stock market crash—Husband did not file tax returns for those years, thinking losses meant since he did not owe Revenue Canada taxes, he did not need to file income tax return—Husband wrong, and this situation subsequently rectified by filing missing income tax returns, and paying penalty attached to not filing in time—However, no tax assessed to him for 1987 and 1988, because of losses—Audit occurred in 1995 because husband had repeatedly asked Revenue Canada for help in straightening out financial affairs—For some reason, Revenue Canada chose to assess applicant for 1987 and subsequent years, and found applicant had undeclared taxable income of \$89 440 for 1987—By 1995, when applicant informed she had been assessed for 1987, original \$35 000 income tax had grown, with interest, to some \$53 000—Interest alone (tax itself deducted in 1996) now stands at over \$105 000—Letter sent to

INCOME TAX—Continued

applicant on June 20, 1995, shows Net Business Income and Loss for years 1987-1992—Obvious 1988 losses (\$460 175) can be carried back to cover 1987 income—Absurdity of this situation is that there are no taxes for 1987, because of 1988 losses—Although 1988 return filed only in 1996, Revenue Canada knew, as soon as it did audit, that losses had been incurred—Whether Minister properly considered relevant evidence and whether Minister has taken into account considerations relevant and unique to taxpayer alone—CCRA seems to believe in 1987, applicant aware of duties to file return and pay income tax—Not supported by evidence—In 1987, applicant unaware of tax liabilities—For this reason, decision made without full consideration of all relevant factors, and reviewable on that basis—In addition, considerable delay dealing with second fairness request—CCRA admitted file had been misplaced for a while—Actually, it took almost five years from request for second-level fairness procedure, on July 18, 1997 to decision being made on March 18, 2002—In this case, five-year delay adds yet more accrual of interest compounding situation in which applicant found herself through no fault of her own—Surely Guidelines not meant to be interpreted strictly so as to harm taxpayer, if Guidelines to carry out fairness provisions—Applicant has been victim of circumstances, and through no fault of her own, applicant did not know she owed income tax in 1987—That tax has since been cancelled, and only interest carries on, cut from its moorings, but casting very long shadow on her life—Accordingly, Minister's decision did not truly consider particular circumstances of this case—Judicial review allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 127).

MAARSMAN V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (T-659-02, 2003 FC 1234, Blais J., order dated 22/10/03, 27 pp.)

REASSESSMENT

Appeal from amended judgment of Tax Court (*Wannan v. Canada*, [2003] 2 C.T.C. 2303 (T.C.C.)), allowing in part appeal against assessment made pursuant to Income Tax Act (ITA), s. 160—S. 160 one of many provisions creating vicarious or secondary liability for tax debts where property transferred not at arm's length—Such provisions permit Minister to collect tax debt from someone other than tax debtor, provided certain statutory conditions met—First issue dealing with interaction of Bankruptcy and Insolvency Act (BIA), and s. 160—Appellant arguing Dr. Wannan's (appellant's spouse who contributed to appellant's RRSPP) bankruptcy precluded Crown from assessing appellant under s. 160—Appellant conceded that to succeed on this point, Court must be prepared to reverse *Heavyside v. Canada* (1996), 43 C.B.R. (3d) 128 (F.C.A.)—*Heavyside* authority for three propositions: liability under s. 160 arising upon transfer

INCOME TAX—Concluded

of property in circumstances meeting statutory conditions; s. 160 liability survives bankruptcy of principal tax debtor; s. 160 liability survives bankruptcy of principal tax debtor—Appellant's liability under s. 160 (assuming liability survives appeal) arose before 1996—As principles in *Heavyside* correct, appellant unaffected by Dr. Wannan's bankruptcy in January of 1996, but his discharge from bankruptcy in October of 1996, or by fact appellant not assessed until February 8, 1999—Nothing in BIA indicating intention to provide relief to third parties responsible for debt of bankrupt—BIA expressly permits unsecured creditor of bankrupt to pursue alternative remedies against other parties—Person assessed under ITA, s. 160 has rights of objection and appeal, and well established such objection or appeal may include challenge to validity or correctness of assessment of tax liability of primary tax debtor—No evidence any basis for such challenge in this case—Nor any evidence bankruptcy of Dr. Wannan would have created any problem for appellant in launching such challenge, if she had grounds to do so—As to second issue, appellant arguing bankruptcy dividend should have been applied first to oldest of Dr. Wannan's tax debts: *Devaynes v. Noble*; (*Clayton's Case*) (1816), 1 Mer. 572, 35 E.R. 781—*Clayton's Case* "first in, first out rule"—Appellant raised question whether first in, first out principle applying to Dr. Wannan's tax liability—No case law in which Crown compelled to apply tax payment to particular debt if payment not directed to debt, and no agreement between payor and Crown as to how payment to be applied—When Crown assessed appellant under s. 160 after receiving bankruptcy dividend, Dr. Wannan's tax account changed, in effect, so that bankruptcy dividend applied against newest of Dr. Wannan's tax liabilities—Appellant arguing Crown should be bound by normal first in, first out practice—Argument rests on single fact: Crown normally maintains single running account for each tax debtor—Practice of Crown in keeping track of tax debt as running account seems to be insubstantial basis for extending first in, first out rule to all tax debts—For that reason, no reason to preclude Crown from applying bankruptcy dividend as it did, to newest of Dr. Wannan's tax liabilities—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 186; 2000, c. 12, s. 142)—Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 1 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2), 178 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, s. 28; S.C. 1992, c. 27, s. 64; 1997, c. 12, s. 105; 1998, c. 21, s. 103, 2000, c. 12, s. 18; 2001, c. 4, s. 32), 179.

WANNAN V. CANADA (A-37-03, 2003 FCA 423, Sharlow J.A., judgment dated 12/11/03, 16 pp.)

INTERNATIONAL LAW

Motion for determination as to validity of seizure of Antonov cargo aircraft at Goose Bay, Newfoundland, pursuant

INTERNATIONAL LAW—Continued

to Federal Court writ of seizure, sale—Writ issued in execution of order to enforce Swedish arbitral award in favour of applicant, TMR, Cypriot company, against State Property Fund of Ukraine, State organ—Dispute arose out of joint venture to operate oil refinery in Ukraine—Aircraft owned by Ukraine but held by entity under “right of full economic management”, legal concept peculiar to former Soviet states—Issues: (1) Had Federal Court jurisdiction to register arbitral award?—(2) Is Ukraine immune from Federal Court jurisdiction under State Immunity Act?—(3) Who is judgment debtor herein?—(4) Under Ukrainian law, what are respective rights of Ukraine, entity “Antonov”?—(5) Is aircraft immune from execution as military property under State Immunity Act?—In 1991, just before Soviet Union’s dissolution, joint venture established between oil refinery (LOR), Swiss company for modernization, operation of refinery at Lisichansk—In 1992, Swiss company transferred interest to TMR which financed upgrade to be repaid by operation of refinery—LOR privatized by State, succeeded by open joint stock company “Linos”—Linos experienced financial difficulties and in 1997 ceased meeting contractual obligations—In 1999, SPF (majority Linos shareholder) declared itself LOR’s legal successor so SPF, TMR made new contract—SPF also defaulted—Contract provided for arbitration at Stockholm—Final arbitral award between TMR, SPF ordered latter to pay US\$36,711,475, plus interest, costs—Award worth \$62,260,697—TMR filed *ex parte* notice of application to register award under United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act, and Federal Court Rules, 1998, rr. 327, 328—Application granted—Order served on SPF “organ of the State of Ukraine” through Ukraine’s Ministry of Justice—High Sheriff of Newfoundland’s Supreme Court seized aircraft as “property of the State of Ukraine”—Antonov filed notice of objection, third party interest, arguing State of Ukraine not appropriate judgment debtor—When Sheriff found notices effective, TMR filed motion herein—Antonov, SPF opposed motion; Ukraine, through diplomatic channels, asserted immunity, having distinct property interest, immunity from execution as aircraft military property—Validity of Registration Order not having been directly attacked by appeal, motion to set aside, whether open to Antonov, SPF to challenge validity in execution proceedings—Long-standing legal principle: collateral attacks on judicial orders not permitted affirmed in *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594—That assumes Court had jurisdiction to make order: *Volhoffer v. Volhoffer*, [1925] 3 D.L.R. 552 (Sask. C.A.)—If not, order a nullity, invalidity may be set up without necessity for appeal—Test for Federal Court jurisdiction established in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752—SPF, Antonov argue United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act inapplicable to award as involving “property and civil rights”, matter outside federal jurisdiction—Federal Court of Appeal having

INTERNATIONAL LAW—Continued

held Act applies only to matters of federal character: *Compania Maritima Villa Nova S.A. v. Northern Sales Co. (Villa Nova)*, [1992] 1 F.C. 550 (C.A.)—Case law supports Parliament’s exclusive jurisdiction to recognize, withdraw, regulate sovereign immunity—Whether body of federal law nourishing jurisdiction—*Villa Nova* case considered—Award’s federal character dictated not by subject-matter of underlying dispute, but by respondent’s identity as emanation of foreign sovereign—Foreign arbitral award giving rise to fresh cause of action—Merits of award not reconsidered on recognition, enforcement application—Act meeting part two of *ITO* test as “detailed statutory framework” from which applicant deriving specific rights and which governs exercise of rights—Furthermore, Act independently provides necessary body of federal law to nourish grant of jurisdiction—Not necessary federal law apply exclusively to dispute to sustain grant of jurisdiction: *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.)—Having concluded legislation constitutionally valid, it follows that third part of *ITO* test (a law of Canada) satisfied—While State Immunity Act, s. 3(2) imposes on Court duty to raise, give effect to the Act *proprio motu*, Court unable to agree failure to address issue goes to jurisdiction *rationae materiae* rendering order a nullity—Court had jurisdiction to determine existence of exceptions in State Immunity Act—Whether Court erred not affecting *prima facie* validity of order—Collateral attack on Registration Order not permitted—As to jurisdictional immunity of Ukraine, TMR argues SPF is sham to shield State from liability, entitling Court to pierce corporate veil—Fact state entity entered into arbitration agreement providing for arbitration in country signatory to U.N. Convention without reserving jurisdictional immunity right indicates acceptance award subject to enforcement, waiver of immunity—Identity of judgment debtor—No case law supporting argument seizure of property said to be owned by person designated in terms different from strict wording of seizure, sale writ a nullity—Newfoundland Judgment Enforcement Act, (JEA) s. 77(1) provides seizure valid notwithstanding procedural irregularity—Not unreasonable for sheriff to have effected seizure, given information from TMR’s solicitors—Circumstances surrounding issuance of writ of seizure, sale—While TMR initially requested writ to seize State property, issuance of writ administrative process, not involving judicial determination, outcome not binding TMR under *res judicata*, issue estoppel rules—Court’s oral direction for hearing regarding TMR’s requisition not rendering Court’s direction authorizing writ’s issuance judicial determination—Held in *Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)* (1996), 119 F.T.R. 146 (F.C.T.D.), Court directions to Registry not judicial decisions determining rights of parties—As to argument TMR bound by identification of judgment debtor at registration stage, English case *Norsk Hydro ASA v. The State Property Fund of Ukraine et al.*, [2000] EWHC 2120 (Comm.), useful in determining

INTERNATIONAL LAW—Continued

new international law issues but distinguished as dictated by wording of English Arbitration Act, 1996, s. 101, but applicable in stating policy consideration that “the task of the enforcing Court should be as ‘mechanistic’ as possible”—On that principle, inappropriate issue of judgment debtor’s identity be raised, let alone determined, at that stage—While Federal Court Rules, 1998 not requiring style of cause include description of parties’ status, practice of doing so prevalent in Quebec, Registry accepts such filings—Instant notice of application, filed at Montréal, conformed to accepted practice—Discussion of how use of descriptive can be perceived as part of party’s designation explaining apparently contradictory conclusions: while award directed against SPF, registration order properly conformed to award and writ, naming as respondent “SPF an organ of the State of Ukraine”, conformed with terms of registration order—Issue estoppel applicable if issue of judgment debtor’s identity could, should have been raised at arbitration—But issue estoppel arises only if issue one of substantive, not procedural, right—Parties failing to address issue whether judgment debtor’s designation substantive issue—Decision in *Regas Limited v. Plotkins*, [1961] S.C.R. 566, supports proposition issue procedural—Award, once recognized, should be given no more, no less deference as to its terms than Court order, judgment—Judgment debtor’s identity can be addressed in enforcement, execution proceedings—Reference to Federal Court decisions determining identity of debtor issues in execution proceedings context—*Alter ego* test in state immunity cases involves consideration of whether entity performs functions associated with governmental authority, effectiveness of control exercised by state—*Alter ego* test antedated State Immunity Act—Two characteristics of foreign state agency: (1) organ of foreign state (according to *alter ego* test); (2) legal entity separate from foreign state—Agencies do not have general immunity—*Alter ego* test not determinative of whether, for execution purposes, Ukraine should be assimilated to SPF—While Ukrainian law essential to determining SPF’s status as corporate entity, Canadian legal concepts not to be disregarded—Execution proceedings governed by *lex fori*—Canadian law used to measure criteria by which Ukrainian law recognizes entity’s status as distinct legal entity so Ukrainian legal definition can be ascertained to be relevant to our execution process—Parties must prove content, meaning of foreign law—Evidence reviewed—On all the evidence, concluded that legal, financial provisions under which SPF operates consistent with those of an administrative subdivision of the state—While operating out of distinct budgetary envelope, not distinct legal entity—SPF lacking ability to independently control foreign legal proceedings against it, these being centrally controlled by State—Designation of body under Ukrainian law as “legal entity” not necessarily endowing body with distinct juridical personality—Registration Order may be satisfied against State assets—As

INTERNATIONAL LAW—Continued

for ownership of aircraft, Antonov, although wholly State owned, possesses distinct juridical personality, can own property, sue and be sued in own name—Aircraft’s seizure valid—Necessity for determining whether, under Ukrainian law, State had right to sell aircraft since sheriff may sell only what debtor could—If yes, must then consider whether sale subject to charges, equities in favour of Antonov—Applicable conflict of law rules not in dispute—Reference to work by James G. McLeod on *The Conflict of Laws, 1983*—Ukrainian law must be applied to determine respective rights of Antonov, State but not as to unseizability, execution, enforcement—Ukrainian ownership legislation indicating aircraft owned by State—As aircraft a means of production, Antonov unable to sell it without State approval—Transition of Ukrainian economy to market economy and legal system’s acceptance of private enterprise, ownership having overtaken legislative framework—Considering magnitude of task of transforming Soviet legal system to market-based system, speed with which done, understandable result appears chaotic, conflicting—Perhaps necessary to recognize non-existence of logical solution to legal conundrum—Moratorium, procedural statute, recognizes status of state-owned property held by state enterprises inadequately recognized, protected under current Ukrainian judgment enforcement legislation—Hard to conceive how liability system based on damages awards, sale of debtor’s assets can fit in with right of full economic management, Soviet concept whereby property was entrusted to cooperative, not for its benefit, but for resource utilization to benefit entire society—Court not persuaded Ukrainian law prohibits forced execution of State’s obligations against aircraft—Aircraft is subject to seizure, sale as State property—Protection of Antonov’s rights in judicial sale—Question of enforcement procedure to which laws of Newfoundland apply: Federal Courts Act, s. 56(3)—Under JEA, interest resulting from dismemberment of ownership rights acquired prior to registration of notice of judgment not subordinate thereto—Impossible to sell aircraft subject to right of full economic management—Laws of Newfoundland not recognizing dismemberments of ownership rights as rights *in rem*—Mere fact of sale to third party would terminate Antonov’s right of economic management as that can exist only between State, enterprise owned thereby—That circumstance does not, however, place aircraft out of reach of Court’s execution process—While Ukrainian legal system now recognizes private ownership, ownership under right of full economic management remains a valid mode of ownership in Ukraine—If State chooses to send into the world a valuable asset subject to mode of ownership exclusive to that State, Ukraine and Antonov run risk their respective rights will stand or fall together—International trend to recognize security interests, rights created under foreign law, but recognition of such rights cannot put valuable commercial property found in Canada out of reach of legitimate creditors under Federal Court judgment

INTERNATIONAL LAW—Concluded

—Aircraft to be sold as State property, without encumbrance from any rights of Antonov—Ukraine argued that, although aircraft used for commercial purposes by Antonov, it is immune from execution as military property under State Immunity Act, s. 12—Antonov does not operate under army or Ministry of Defence—Purely commercial operation (transportation of military equipment pursuant to charter with Italian Defence Ministry)—Aircraft built as military transport aircraft, belonged to Armed Forces of U.S.S.R. but later renovated for civil purposes at cost of US\$5 million—Transportation not part of military operation or exercise—Moreover, at time of seizure, military cargo had been discharged and charter terminated—Not established that property earmarked for use in military activity—Could not be said fact that airfield controlled take-off placed aircraft under control of Canadian military authority—At time of seizure, plane under Antonov’s control—Evidence did not establish aircraft military in nature—Met none of requirements of Act, s. 12(3), not immune from execution—State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, ss. 3(2), 12, 13—United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act, R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 16—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 327, 328—Arbitration Act, 1996, (U.K.), 1996, c. 23, s. 101—Civil Code of the Ukrainian SSR—Temporary Regulations on the State Property Fund of Ukraine—Law of Ukraine on Imposition of Moratorium on Forced Alienation of Property—Civil Code of Quebec, arts. 1119, 1120, 1123, 1125, 1135, 1136, 1162, 1167—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, C. F-7, s. 56(3)—Newfoundland Judgment Enforcement Act, SNL 1996, c. J-1.1, s. 77(1).

TMR ENERGY LTD. V. STATE PROPERTY FUND OF UKRAINE (T-60-03, 2003 FC 1517, Tabib P., order dated 23/12/03, 104 pp.)

NATIVE PEOPLES**TAXATION**

Judicial review of decision of Tax Court of Canada (T.C.C.) (2003 DTC 235) referring back to MNR income tax assessment issued against respondent for reassessment on basis totality of income derived from employment with Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) during 1997 and 1998 taxation years exempt from taxation pursuant to Indian Act, s. 87(1) and Income Tax Act, s. 81(1)(a)—Although place where services rendered not determinative of *situs* of income, Crown conceding T.C.C. decision correct in so far as percentage of respondent’s income earned when respondent physically present on reserves in course of employed concerned—Only concerned herein with employment income earned by respondent in respect of work performed off reserve (at DIAND in Hull, Quebec)—Tax Court Judge found income sufficiently connected to various

NATIVE PEOPLES—Concluded

reserves justifying conclusion income personal property for purposes of Indian Act, s. 87(1)—Fact respondent’s duties beneficial and indeed “integral to the future of reserves” as Tax Court Judge found cannot result in his income being situated on these reserves—Beneficial nature of services and respondent’s genuineness *qua* Indian have nothing to do with preservation of respondent’s personal property *qua* Indian on these reserves—It cannot be said taxation of respondent’s income would result in erosion of his entitlement *qua* Indian on any or all of these reserves as no connection between this income as such and these reserves as economic bases or physical locations—Judicial review allowed—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87(1)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 81(1)(a).

CANADA V. AKIWENZIE (A-163-03, 2003 FCA 469, Noël J.A., judgment dated 8/12/03, 6 pp.)

OFFICIAL LANGUAGES

Classification of postmaster position in Coderre, Saskatchewan as bilingual imperative challenged—Every federal institution has duty to ensure service to public in either official language at any of its offices, “where there is significant demand for . . . services from that office . . . in that language”: Official Languages Act (Act), s. 22(b)—Basis for determining existence of “significant demand”—Applications Judge correct in holding Regulations did not apply, as only came into effect on December 16, 1992—Position of postmaster advertised on December 1, 1992, and therefore decision to classify position as “bilingual-imperative” must have been made on or before December 1—Before Regulations came into effect, federal institutions established their own criteria for establishing “significant demand” (minority language population of 500 or 10% of total population)—Criteria met herein—Application for remedy under Act, s. 77 *sui generis* proceeding in which Court asked to determine whether conduct subject of complaint to Commissioner breached Act—Thus, subject of application Canada Post’s classification, not Commissioner’s dismissal of complaint—Appeal dismissed—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 22(b), 77.

MARCHESSAULT V. CANADA POST CORP. (A-688-02, 2003 FCA 436, Evans J.A., judgment dated 20/11/03, 5 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Applicants H Lundbeck A/S and Lundbeck Canada Inc. (Lundbeck) seeking order under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMR), s. 6 prohibiting Minister of Health (Minister) from issuing notice of compliance (NOC)

PATENTS—Continued

to respondent Apotex Inc. (Apotex) in respect of 20 mg and 40 mg tablets of citalopram hydrobromide (citalopram) until after expiration of Canadian Patent No. 2,049,368 ('368 Patent)—'368 Patent containing specific description of drug, and list of 21 claims—Novelty element in '368 Patent use of citalopram to treat dementia and cerebro-vascular disorders (CVD) (claimed uses)—Citalopram already known as anti-depressant, as patent itself states—In case at bar, undisputed Apotex intends to manufacture and sell drug containing citalopram—Application must fail for three reasons—First, claim 1 of '368 Patent claiming manufacture of drug product containing citalopram for claimed uses—Accordingly, if Apotex does not manufacture citalopram tablets for claimed uses, but rather, manufactures citalopram tablets solely for unclaimed use, no possible direct infringement of claim 1—Claim 8 for use of citalopram for treatment of dementia or CVD, where citalopram "effective" for such uses—Therefore, for Apotex's tablets to infringe claim 8, applicants must establish both "purpose" of tablets to be used for treatment of dementia or CVD, and tablet "effective" for such uses—Neither of foregoing has been alleged, much less proven by Lundbeck—In conclusion, no direct infringement of claims 1 and 8 either by Apotex or by independent third parties, namely, patients—Second, no conclusive evidence sustaining Lundbeck's allegation of direct infringement—Third, case law not supporting Lundbeck's assertion of direct infringement—Decisions relied upon by Lundbeck distinguishable on basis citalopram has already been used to treat depressive illness (unclaimed use)—Moreover, overlap of patients affected with both depression and dementia or CVD not sufficient *per se* to establish direct infringement—Finally, Lundbeck's assertion '368 Patent directly infringed inconsistent with purposes of PMR and also raising serious policy issues—In case at bar, Lundbeck's allegations of infringement purely speculative and not supported by evidence—Manifestly, Lundbeck has not proved, on balance of probabilities, if NOC issued to Apotex and it were to manufacture, market, or sell aforesaid tablets, claims 1 and 8 of '368 Patent would be infringed—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3).

H. LUNDBECK A/S V. CANADA (MINISTER OF HEALTH)
(T-135-02, 2003 FC 1334, Martineau J., order dated 12/11/03, 17 pp.)

PRACTICE

Motion by Apotex (respondent) for leave to file sur-reply evidence—Motion made in context of application by applicants for prohibition order—Respondent was to do what was necessary to ensure issue whether it was to be granted leave to file sur-reply evidence be determined by Court at

PATENTS—Concluded

hearing scheduled for August 19, 2003—Hearing took place before Lafrenière P.—Order issued containing no mention of request by respondent for leave to file additional evidence and ordering no such relief—Apotex contending matter not determined by Lafrenière P., that latter "indicated that he was not inclined at that time to determine"—Evidence tendered by respondent as to outcome of hearing ambiguous—Lafrenière P. did not refuse to hear motion, but, having considered material before him, concluded insufficient material upon which to make determination—Filing sur-reply evidence not right, but discretionary relief, and respondent had burden of establishing conditions existed for granting relief—Abstract of hearing of August 19, 2003 also supporting conclusion Lafrenière P. did consider Apotex's request for leave to file additional evidence, and determined material submitted insufficient—In effect, respondent's motion dismissed by Lafrenière P., without leave to reapply having been expressly granted—Motion dismissed.

AB HASSLE V. APOTEX INC. (T-1878-02, 2003 FC 1380, Tabib P., order dated 24/11/03, 7 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY**

Appeal from Motions Judge's ((2003), 24 C.P.R. (4th) 231) decision dismissing appeal from decision of Prothonotary ((2002), 21 C.P.R. (4th) 86)—That decision dismissed appellant's motion to compel answers on discovery to certain questions to which answers refused during examinations for discovery of respondents—Whether ordinary rules of discovery can be overridden in interests of case-management—Appellant asserting Motion Judge failed to apply well-established and overriding principle of relevance to pleaded issues as test for compelling answers on examination for discovery—Whether Prothonotary's decision based upon wrong principle—Primary consideration relevance—Federal Court Rules, 1998, r. 385 not authorizing case management judge or prothonotary to give directions necessary for "just, most expeditious and least expensive determination of proceeding on its merits" to enable them to deny party legal right to have questions answered on examination for discovery which are relevant to issues in pleadings—That right clearly spelled out in r. 240—General words of rr. 385(1)(a) and 3 not sufficient to override that right—Word "just" confirms justice not subordinated to expedition—Anyone party to civil action entitled to ask any question on discovery relevant to issue—Limiting scope of questions for sake of speed may in some cases be counterproductive—One of purposes of discovery to simplify proof at trial and to narrow issues—Both purposes consistent with "expedition", so wrong to assume completeness of discovery will always be obstruction to "most expeditious . . . termination of the proceeding on its merit"—In case at bar, Prothonotary did not direct his mind to specific questions of relevance—Appeal allowed—Federal Court

PRACTICE—Continued

Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 240, 385 (as am. by SOR/2002-417, s. 24).

MERCK & CO. INC. v. APOTEX INC. (A-112-03, 2003 FCA 438, Strayer J.A., judgment dated 20/11/03, 9 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Summary Judgment*

Motion by plaintiff for summary judgment and cross-motion by defendant for summary judgment—Whether genuine issue for trial—In case at bar, no important question of fact in dispute—Case appropriate for summary judgment—Whether defendant's requirement plaintiff apply through Honeywell Authorized Controls Integrator contractor program reasonable precondition for plaintiff to be provided with Honeywell spare parts and to be certified as Honeywell service provider or is it breach of Competition Act, s. 45, or does it more properly fall under s. 75?—And whether representations by defendant on its website constitute breach of s. 52—With respect to s. 45, no conspiracy or arrangement by Honeywell: Honeywell makes clear to everyone that it will only provide its parts and will only authorize persons to service its equipment if service provider has been accredited by Honeywell—Not subject matter of s. 45 "arrangement"—However, Act providing remedies which will require supplier of product to sell that product to persons whose business would be substantially affected if supplier did not do so—That is the situation in case at bar—Court finds requirement by Honeywell not something that can be seen as conspiracy to lessen competition under s. 45—Thus, claim under s. 45 dismissed—With respect to refusal to deal issue, plaintiff's complaint properly characterized as refusal to deal and subject-matter within expertise and exclusive jurisdiction of Competition Bureau and Competition Tribunal—With respect to second issue of misrepresentation, plaintiff did not actively pursue it, but it was subject of defendant's cross-motion for summary judgment—After review of website, Court finds representation has not been shown to be false or misleading in material respect and this part of action must also be dismissed—Plaintiff's motion for summary judgment dismissed and defendant's motion for summary judgment allowed—Action dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 45 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30; S.C. 1991, c. 45, s. 547; c. 46, s. 590; c. 47, s. 714), 52 (as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 12), 75 (as am. *idem*, s. 37; 2002, c. 16, s. 11.1).

CHARETTE v. HONEYWELL LTD. (T-1480-02, 2003 FC 1051, Kelen J., order dated 9/9/03, 5 pp.)

MOOTNESS

Appeal from order reported at [2003] 1 F.C. 132 (declaration that present method of television broadcasts of

PRACTICE—Concluded

parliamentary proceedings contravening Official Languages Act, s. 25)—Appellant agreed appeal moot—Mootness not absolute bar to appeal—Court must still exercise discretion to hear moot issue if circumstances warrant—No useful order could be made in area where evolving technology plays such great part without participation of CRTC, broadcasting industry—Appeal dismissed on ground of mootness—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 25.

CANADA (HOUSE OF COMMONS) v. QUIGLEY (A-399-02, 2003 FCA 465, Décaré J.A., judgment dated 3/12/03, 6 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Respondent in this appeal made motion requesting appellants' appeal be dismissed on ground of abuse of process—Preliminary question of law decided by Heneghan J. *res judicata* when Dawson J. rendered decision in action—By proceeding to trial when appeal pending results in appellant trying to obtain more favourable result—To allow appeal to proceed would constitute waste of judicial resources—Respondent's motion granted and appeal dismissed as abuse of process.

MORIN v. CANADA (A-383-00, 2003 FCA 486, Evans J.A., order dated 19/12/03, 4 pp.)

SUBPOENAS

Plaintiffs filed application requesting appearance of Prime Minister Jean Chrétien and Minister of Indian and Northern Affairs as witnesses in present case—Prime Minister, like all other citizens in Canada, can be called to give evidence in trial provided he has relevant and admissible evidence to give—Plaintiff should be permitted to call Prime Minister as witness in present case because he may have relevant and admissible evidence to give—As to Minister of Indian Affairs and Northern Development, issuance of subpoena would not be helpful in present case—Present Minister not Minister of Indian Affairs and Northern Development when present statement of claim first issued—Thus all, and if not all, certainly most, of relevant facts leading to present litigation known before Mr. Robert Nault became Minister of Indian and Northern Affairs—Application for leave for issuance of subpoena to Prime Minister Chrétien allowed—Application for issuance of subpoena to Minister of Indian Affairs and Northern Development denied.

SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (T-2022-89, 2003 FC 1421, Teitelbaum J., order dated 4/12/03, 7 pp.)

TRADE-MARKS**INFRINGEMENT**

Plaintiffs allege passing-off of defendant's wares for those of plaintiffs and infringement by defendant of two of their registered trade-marks, both for same Crest design but each in relation to two different wares, articles of clothing—Plaintiffs also allege infringement of their registered copyright, for same Crest design—Defendant denies infringement, alleges registrations of trade-marks and of copyright in issue invalid—Defendant seeks not only action be dismissed with costs, but also, by counterclaim, that Crest trade-mark registrations and Crest copyright registration be expunged from respective registries, and they seek solicitor-client costs—For purpose of action, parties agreed upon extensive statement of facts—Plaintiffs' claims in relation to trade-mark infringement fourfold: (1) that defendant infringed plaintiffs' rights under Trade-marks Act (Act), s. 19; (2) that defendant infringed trade-mark interests under Act, s. 20 by use of its confusing crest design; (3) that defendant's use of crest design likely to have effect of depreciating value of goodwill attaching to plaintiffs' trade-marks contrary to Act, s. 22; (4) that defendant, by use of crest design, responsible in damages for loss suffered by plaintiffs as result of defendant's passing-off of wares as those of plaintiffs—Before considering individual claims, useful to consider defence and counterclaim by International Clothiers Inc. (INC), which says Tommy Hilfiger Licensing Inc's (THLI's) Crest Design not validly registered as trade-mark as it has not been used to distinguish plaintiffs' wares from those of others—Trade-mark has long been used and still affixed to substantial portion of plaintiffs' wares, not as mere ornament but as means of distinguishing wares from those of others—Further, despite existence of other crest designs, used as trade-marks or simply as crests or ornaments by others, at time of plaintiffs' action and when defence and counterclaim filed, plaintiffs' Crest Design through continual, extensive use had acquired distinctiveness—Thus, plaintiffs' Crest Design trade-marks not invalidly registered or nor had they lost distinctiveness when validity of registration questioned by defence and counterclaim of INC—In result, counterclaim dismissed—Act, s. 19 confers on owner of registered trade-mark, unless invalid, exclusive right to use throughout Canada of trade-mark in respect of wares or services associated with trade-mark—Defendant's crest design, as appearing on polo shirts of INC, not identical to plaintiffs' registered Crest Design, therefore not use of plaintiffs' Crest Design—Defendant further urges it did not infringe plaintiffs' interests under s. 19 or s. 20 because not using crest as trade-mark; rather, crest mere ornamentation on INC's wares—No evidence INC used its crest design as trade-mark, to distinguish its wares from those of others—Any conclusion they intended design to be trade-mark can only be inferred from facts both shorts purchased for sale in 1995 and short sets purchased in 1998 had crest design similar to that used by plaintiffs on generally similar articles of men's shirts

TRADE-MARKS—Continued

and boys' short sets—That inference not supported by other considerations—No evidence any other wares sold by INC, apart from two lots, of shirts and short sets, had embroidered or fixed upon them Crest Design of plaintiffs or crest design that might be considered to be confusing with that used by plaintiffs—Crests appearing on shirts and short sets here in issue not included on those wares and not used in sale of those wares by INC for purpose of distinguishing them from wares of others—Mark not used by defendant as trade-marks—However, if defendant had been found to use its crest design as trade-mark in relation to shirts and short sets, that use would have created likelihood of confusion in mind of consumer, aware of plaintiffs' Crest Design trade-mark but remembering it imprecisely—Turning to plaintiffs' claim defendant's crest designs, on polo shirts and short sets had effect of depreciating value of goodwill attached to plaintiffs' registered trade-marks under Act, s. 22(1)—Plaintiffs acknowledge weight of case law limits application of s. 22(1), as in case of claims under ss. 19, 20, to situations where defendant has used plaintiffs' registered trade-mark as provided by ss. 2, 4, though no need to prove that use as trade-mark to distinguish defendant's wares from those of others—On basis of case law, s. 22(1) does not include present case where defendant has used plaintiffs' registered Crest Design trade-mark on defendant's wares but no evidence supporting that was done to distinguish defendant's short sets—Plaintiffs' final claim in trade-mark infringement in relation to Act, s. 7(b) offence of passing-off—Evidence clearly supports conclusion plaintiffs had indeed established significant goodwill or reputation for their various registered trade-marks, by reason of their substantial sales in Canada, as well as in United States, in market for life-style clothing for men and boys—Further, defendant likely to cause confusion in mind of consumer in marketplace who was aware of plaintiffs by sale of wares bearing defendant's crest design—Evidence of plaintiffs' perceived damages exists and provided by Tommy Hilfiger Canada officer responsible for Hilfiger sales in Canada, who had reports from retail vendors of Hilfiger product—In conclusion, plaintiffs' claim established defendant directed public attention to its wares, services or business in such way as to likely cause confusion in Canada between those wares, services or business and wares, services or business of plaintiffs—By so doing, defendant violated prohibition established by Act, s. 7(b)—Regarding plaintiffs' claim for infringement of copyright, pursuant to Copyright Act, s. 3(1), plaintiffs' claim sole right to produce or reproduce their Crest Design, artistic work registered and certified under registration No. 448012—Under Copyright Act, s. 27(2), only person who has knowledge or constructive knowledge of copyright infringement responsible for infringement of work—Here, sale of shirts bearing defendant's crest in 1995 did not constitute copyright infringement—However, upon amendment of statement of claim by plaintiffs in 1995 to include claim for infringement of copyright, INC,

TRADE-MARKS—Continued

defendant, had notice of existence of plaintiffs' Crest Design copyright—Plaintiffs' ownership of copyright not affected by absence of evidence on their part concerning authorship of design—Crest design appearing on short sets substantially similar to plaintiffs' Crest Design copyright and by sale of short sets, INC sold or distributed copies of work it should have known infringed plaintiffs' copyright Crest Design—Copyright subsists in plaintiffs' Crest Design as evidenced by certificate of registration—In result, defendant's defence against copyright infringement and counterclaim for order striking registration, from records of Copyright office, unsuccessful—In summary, plaintiffs' claims allowed in part, in respect of claim against defendant for passing-off—Plaintiffs' claim against defendant for infringement of copyright allowed with respect to INC's sales of boys' short sets in 1998—Request of plaintiffs for declaration that two trade-marks here in issue allowed, and further, copyright subsists in plaintiffs' Crest Design, owned by THLI, as

TRADE-MARKS—Concluded

registered by certificate issued as No. 448012, dated November 29, 1995—Defendant's counterclaims for orders dismissing plaintiffs' action and for costs on solicitor-and-client basis dismissed—Plaintiffs' request for injunction allowed—Plaintiffs' claim for damages allowed, for injury caused by defendant in amount to be settled by Court by supplementary order—Plaintiffs shall have pre-judgment and post-judgment interest—Plaintiffs' request for order directing defendant to deliver up to plaintiffs, or destroy under oath all wares and associated materials, use of which would violate rights of plaintiffs dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 4, 7(b), 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196), 22—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 3), 34.1 (as enacted *idem*, s. 20).

TOMMY HILFIGER LICENSING INC. v. INTERNATIONAL CLOTHIERS INC. (T-2036-95, 2003 FC 1087, MacKay J., order dated 19/9/03, 30 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et 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 consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ACCÈS À L'INFORMATION

Demande sollicitant la délivrance d'une ordonnance portant que le MRN (le défendeur) doit refuser la communication de certains documents de tiers (les documents), en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi)—Les demandeurs sollicitent aussi une ordonnance protégeant la confidentialité des documents, y compris l'identité des auteurs des documents, identifiés comme les demandeurs A et B en l'espèce, en vertu des règles 151 et 152 des Règles de la Cour fédérale (1998) ainsi qu'en vertu de l'art. 47 de la Loi—Le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac (CCFPT), demandeur, est une société canadienne à but non lucratif—Le demandeur A (A) est une firme de consultants qui se spécialise en analyse statistique—Le demandeur B (B) est une firme de consultants qui se spécialise en questions pénales—Le défendeur est le ministre du Revenu national, ainsi que le responsable de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC)—M. Robert Cunningham, une partie ajoutée, est un employé de la Société canadienne du cancer—C'est lui qui a présenté la demande d'accès à l'information à l'origine de la présente espèce—L'autre partie ajoutée est le Commissaire à l'information du Canada (le Commissaire à l'information)—Le 10 février 1999, le Commissaire à l'information a été saisi d'une plainte de M. Cunningham visant l'ADRC—Le 5 juillet 2000, le Commissaire à l'information a présenté les conclusions de son enquête au responsable de l'ADRC—En vertu de l'art. 37 de la Loi, M. Cunningham a reçu partie de ce rapport—Les conclusions du Commissaire à l'information que l'on trouve dans son rapport portent que tous les documents identifiés par l'ADRC sont pertinents à la demande d'accès—Le Commissaire à l'information a aussi conclu que les documents n'auraient pas dû être exemptés en vertu des art. 20(1) et 16 de la Loi et il a recommandé la divulgation immédiate des documents au demandeur, M. Cunningham—La non-pertinence n'est pas un motif pour exclure ou protéger une partie d'un document et il incombe à l'institution de déterminer ce qui est ou non pertinent à une demande; cependant, cette décision est normalement fondée sur un examen de chaque document afin de déterminer s'il est raisonnable de séparer les informations pertinentes de celles qui ne le sont pas—Le fait qu'une institution ne soit pas obligée de divulguer des renseignements

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

non pertinents à un demandeur d'accès n'accorde pas aux tiers le droit d'empêcher la divulgation au motif de la non-pertinence—Dans le contexte de la demande et de la préparation des documents, l'ADRC n'avait pas tort de conclure que les questions de contrôle, d'offre et de demande, étaient intimement liées à l'amélioration du marquage droit acquitté—Le Commissaire à l'information était aussi saisi de ces questions et il a conclu, avec raison, «qu'on a donné une interprétation indûment restrictive à la demande d'accès et qu'on n'aurait pas dû refuser la divulgation des documents en cause au motif qu'ils n'étaient pas pertinents à la demande»—L'absence de pertinence n'est pas un motif justifiant une ordonnance de non-divulgation en l'espèce—En plus de la pertinence, les demandeurs soutiennent que les documents doivent être exclus en vertu des diverses exemptions que l'on trouve à l'art. 20(1) de la Loi—Premièrement, en ce qui concerne les exemptions prévues à l'art. 20(1)a), la seule question à trancher au vu des faits en l'espèce consiste à savoir si les demandeurs ont établi le secret industriel en ce qu'il s'agirait d'un «renseignement de caractère technique, que l'on garde très jalousement et qui est pour celui qui le possède tellement précieux que sa seule divulgation ferait naître en faveur de ce possesseur une présomption de préjudice»—La méthodologie est une chose que l'auteur a «perfectionnée à l'occasion de la préparation de plusieurs études confidentielles»—Ceci ne suffit pas à placer ces renseignements dans le cadre étroit et technique de «secret industriel» exposé par le juge Strayer dans *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102 (C.F. 1^{re} inst.)—L'auteur semble parler d'une méthode de traiter les données qu'il a développée après plusieurs années d'expérience—En arrivant à cette conclusion, la Cour présume que le terme «technique» utilisé par le juge Strayer a la signification de quelque chose «qui concerne les arts mécaniques et les sciences appliquées»—En l'espèce, la preuve irait plutôt dans le sens d'une connaissance analytique constituée par plusieurs années d'expérience intensive, et elle n'est pas assez solide pour établir une méthodologie unique qui pourrait satisfaire à une définition même large du terme «technique»—En ce qui concerne les exemptions prévues à l'art. 20(1)b), les deux rapports ont été préparés sous forme de

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

projet pour distribution à un public limité et averti et, comme il ressort clairement des lettres couverture, ils ont été envoyés à l'ADRC sous le sceau de la confidentialité—Le CCFPT, A, B et l'ADRC avaient une assurance raisonnable que les documents ne seraient pas divulgués—Si les demandeurs avaient imaginé qu'on pouvait divulguer ces documents, ils auraient enlevé le nom des consultants et exigé qu'on ampute les rapports de parties importantes—Les projets ont été distribués aux fins de discussion seulement, comme il est clair au vu des lettres couverture—Tous les documents ne constituent pas des renseignements confidentiels de nature financière ou commerciale—La seule question à trancher consiste à savoir si une partie des documents peut faire l'objet d'une exemption pour ce motif—En sus du contenu évident des deux rapports, il y a une méthodologie analytique utilisée pour traiter les données et tirer les conclusions—On peut considérer qu'il s'agit là de renseignements commerciaux utilisés pour produire les rapports—Ayant été décidé qu'il ne s'agit pas d'un secret industriel, la question consiste maintenant à savoir si on peut traiter ces renseignements comme confidentiels au sens de la Loi—Il n'y a aucune raison de contester la preuve des demandeurs qui veut que les renseignements contenus dans les deux rapports ont été fournis par des tiers qui ont traité leur méthodologie analytique comme confidentielle de façon constante—Les rapports étaient des projets envoyés par le CCFPT sous «le sceau de la confidentialité», étant entendu que leur «diffusion serait limitée aux personnes directement impliquées dans la perception des taxes sur le tabac»—Toutefois, pour des raisons de politique publique, ces renseignements ne peuvent pas être gardés confidentiels dans le contexte de l'art. 20(1)b)—Les documents ont été présentés au gouvernement dans l'objectif de traiter de questions qui peuvent avoir un impact, ou qui ont peut-être déjà eu un impact, sur la politique gouvernementale en matière de tabac—Le fait d'en refuser l'accès au public ferait que celui-ci n'a aucun moyen de réagir, contrecarrant ainsi l'objectif même de la Loi—Pour ce qui est de l'exemption prévue à l'art. 20(1)c), l'examen de la preuve des demandeurs au sujet du risque vraisemblable de perte ou profit financier amène à la conclusion qu'elle est fondée sur des suppositions, même s'il n'y a pas eu de contre-interrogatoire à ce sujet—Au mieux, les demandeurs expriment leurs craintes quant à ce qui pourrait arriver—Ils ne démontrent pas l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice probable au sens de l'art. 20(1)b)—De plus, si l'on accepte *prima facie* l'assertion des demandeurs que les documents, ainsi que les liens entre le CCFPT et l'ADRC, ne sont pas du lobbying, il est difficile de voir comment leur réputation serait diminuée par la divulgation de documents dont l'objectif est d'assurer l'application de la loi et de contrer les actes de contrebande—Enfin, en ce qui concerne l'art. 20(1)d), on n'a pas démontré que la divulgation des documents nuirait à des négociations contractuelles—

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

Demande rejetée en entier—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20, 44, 47—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 151, 152.

LE CONSEIL CANADIEN DES FABRICANTS DES PRODUITS DU TABAC C. M.R.N. (T-877-00, 2003 CF 1037, juge Russell, ordonnance en date du 8-9-03, 53 p.)

En 1999, le Conseil national de recherches du Canada (le CNRC) lançait un nouveau programme visant à récompenser par des primes de rendement ses employés les plus assidus et les plus talentueux—La demanderesse est une dirigeante du syndicat qui représente des employés du CNRC (personnel administratif, de secrétariat, technique)—En 2000, elle a demandé au CNRC, au nom du syndicat, de lui communiquer les noms de tous les employés à qui avaient été octroyés cette année-là des primes de rendement—Elle a invoqué la Loi sur l'accès à l'information (Loi sur l'AI)—Le président du CNRC, a refusé la demande de la demanderesse parce que, selon lui, elle demandait la communication de renseignements personnels, qui sont protégés par la Loi sur la protection des renseignements personnels (Loi sur la PRP)—La demanderesse a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information (CI), invoquant l'exception prévue à l'art. 3/) de la Loi sur la PRP (renseignements concernant des avantages financiers facultatifs)—Le CNRC a alors communiqué les noms de certains employés—Cependant, dans une lettre datée du 12 décembre 2001, le Commissaire à l'information souscrivait à l'avis du CNRC selon lequel celui-ci n'était pas tenu de communiquer les noms des employés qui avaient été récompensés par des primes, parce que cela aurait pour effet de révéler leurs évaluations de rendement—La demanderesse a déposé à la Cour une demande de contrôle judiciaire du refus du CNRC et m'a demandé d'ordonner au CNRC de communiquer les noms en question—Premièrement, les noms des personnes qui reçoivent des primes de rendement peuvent-ils être divulgués au titre d'une exception dont fait état la Loi sur la PRP?—La Loi sur l'AI et la Loi sur la PRP sont deux côtés d'une même pièce—Ensemble, ces deux textes énoncent les règles qui régissent la communication et la protection des renseignements détenus par l'administration fédérale—L'art. 19 de la Loi sur l'AI permet aux particuliers d'obtenir communication des documents d'une institution fédérale, mais interdit la communication de «renseignements personnels», expression définie à l'art. 3 de la Loi sur la PRP comme «les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable»—Toutefois, les renseignements demandés ici ne sont pas très particuliers—On ne saurait pas quelle évaluation tel ou tel employé a obtenue—Dans tous les cas, même les renseignements généraux que la demanderesse a demandés au CNRC entrent dans la définition étendue de «renseignements personnels», dans la Loi sur la PRP—Toutefois, la Loi énumère plusieurs

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

exceptions à cette définition, notamment que «les avantages financiers facultatifs [...] y compris le nom de l'individu et la nature précise de ces avantages»—Manifestement, les employés qui ont reçu des primes du CNRC ont obtenu un avantage financier—Il s'agit seulement de savoir si cet avantage était «facultatif»—Le programme tout entier de primes était facultatif—Cependant, il y a un autre aspect à considérer—L'art. 3j) de la Loi sur la PRP contient une autre exception qui concerne les renseignements relatifs aux fonctionnaires—Cette disposition autorise la communication de plusieurs détails relatifs aux fonctionnaires, notamment leurs titres, leurs adresses, leurs numéros de téléphone, la classification de leurs postes et l'éventail de leurs salaires—La Cour suprême a jugé que les renseignements personnels relatifs aux fonctionnaires qui ne sont pas expressément mentionnés dans l'art. 3j), notamment les évaluations du rendement, ne peuvent être communiqués: arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66—De même, comme l'art. 3j) parle expressément de l'«éventail des salaires» d'un fonctionnaire, le juge Muldoon a estimé que l'exception parallèle applicable aux avantages financiers facultatifs, à l'art. 3l), n'autorise pas la communication du traitement ou du tarif quotidien d'un fonctionnaire: *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 337 (C.F. 1^{re} inst.)—Il reste qu'aucun de ces précédents ne permet de dire que les renseignements que demande la demanderesse ne peuvent être communiqués—Selon l'arrêt *GRC*, les évaluations personnelles de rendement des fonctionnaires doivent demeurer confidentielles, même si d'autres détails concernant leurs antécédents professionnels peuvent être communiqués—Cependant, le CNRC ne révélerait pas les évaluations de rendement de ses employés du seul fait qu'il révélerait lesquels d'entre eux ont obtenu des primes—Par ailleurs, il n'y a aucune opposition ici entre les art. 3j) et 3l), comme il y en avait une dans l'affaire *Rubin*, précitée—En l'espèce, la demanderesse demande au CNRC de lui communiquer les noms des employés qui ont obtenu une prime de rendement, elle ne lui demande pas de lui communiquer leur traitement, ni même le montant de la prime—Il n'y a aucune opposition entre les deux exceptions dont il s'agit ici, et rien ne permet de conclure que l'art. 3l) ne peut s'appliquer aux fonctionnaires—Par conséquent, les renseignements que demande la demanderesse ne sont pas des «renseignements personnels», au sens de la Loi sur la PRP—Le CNRC aurait donc dû faire droit à sa demande—L'identité des employés qui ont reçu des primes de rendement du CNRC n'est pas un «renseignement personnel» parce qu'il s'agit d'un renseignement qui concerne un avantage financier facultatif, au sens de l'art. 3l) de la Loi sur la PRP—La demanderesse a donc droit d'obtenir ce renseignement—La demande de contrôle judiciaire est accueillie—Il est ordonné au CNR de communiquer à la demanderesse les noms des employés qui

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

ont obtenu des primes de rendement en 2000—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 19—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 3 «renseignements personnels».

VAN DEN BERGH C. CANADA (CONSEIL NATIONAL DE RECHERCHES) (T-121-02, 2003 CF 1116, juge O'Reilly, jugement en date du 29-9-03, 13 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Demande de contrôle judiciaire concernant les facteurs que doit appliquer la Commission canadienne de l'assurance-emploi (la Commission) lorsqu'elle impose une pénalité selon l'art. 38(2) de la Loi sur l'assurance-emploi (la Loi)—Deux points doivent être résolus—D'abord, quelle est la portée de l'enquête que fait la Commission lorsqu'elle détermine les facteurs à prendre en compte pour fixer dans chaque cas la pénalité?—Ensuite, dans quelle mesure la Commission peut-elle recourir aux principes de droit criminel qu'appliquent les juges lorsqu'ils fixent des amendes à la suite de déclarations de culpabilité selon le Code criminel?—Le pouvoir d'un arbitre de modifier la manière dont un conseil arbitral a réformé la décision discrétionnaire de la Commission sur le quantum d'une pénalité au titre de l'art. 38(2) est restreint—Ni l'art. 38 ni l'économie générale de la Loi ne donnent à entendre que la Commission est de quelque manière tenue d'effectuer de sa propre initiative une enquête approfondie sur les facteurs à appliquer dans l'établissement initial d'une pénalité—La Commission est fondée à vérifier les contradictions évidentes en obtenant des prestataires des renseignements opportuns, et elle doit donner aux prestataires l'occasion de produire des renseignements utiles—En l'absence d'une réponse, la Commission est fondée à fixer la pénalité d'après le dossier existant—En l'espèce, l'arbitre a estimé que, lorsqu'elle fixe le quantum de la pénalité, la Commission devrait s'inspirer des principes de droit criminel qu'appliquent les juges pour fixer les amendes prévues par le Code criminel ou d'autres lois fédérales—Les principes relevant du droit criminel ne devraient pas être transposés à l'aveuglette dans les directives administratives dont se sert la Commission dans ses délibérations, de peur que son pouvoir discrétionnaire de fixer les pénalités ne s'en trouve réduit—Les pénalités relevant du régime d'assurance-emploi doivent être considérées non comme des sanctions donnant lieu à un casier judiciaire, mais comme des moyens de dissuasion incitant les prestataires à faire des déclarations volontaires et véridiques—L'aspect des difficultés financières et de la capacité de payer est certainement un facteur que la Commission doit prendre en compte lorsqu'elle fixe une pénalité, mais c'est au prestataire qu'il revient de porter les faits pertinents à l'attention de la Commission—En l'espèce, le dossier dont disposait l'arbitre attestait que la Commission avait déjà réduit la pénalité à la suite de renseignements

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

complémentaires concernant la situation financière du défendeur—Ce fait a-t-il échappé à l'arbitre, et l'arbitre a donc commis une erreur justifiant une révision—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 38(2).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. DEEN (A-45-03, 2003 CAF 435, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 20-11-03, 9 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre a, en vertu de la Loi sur l'assurance-emploi (la Loi), accueilli un appel d'une décision d'un conseil arbitral—Après avoir noté que le conseil n'avait pas tenu compte de l'argument des difficultés financières soulevé par la défenderesse en rejetant l'appel d'une pénalité imposée pour avoir omis de déclarer tous ses gains, le juge-arbitre s'est inspiré d'arrêts rendus en vertu de lois pénales fédérales (pour fixer le montant d'une amende, le juge doit tenir compte de la capacité de payer de l'accusé)—Il n'est pas permis au juge-arbitre d'importer des principes de droit pénal parce qu'il se trouve dans un contexte de droit administratif—Un juge-arbitre peut-il exiger d'un conseil arbitral qu'il examine le facteur de l'incapacité de payer?—Un conseil arbitral peut prendre en considération toute circonstance atténuante ayant trait à des fausses déclarations faites sciemment—Faut-il appliquer le même principe lorsque les «circonstances atténuantes» invoquées n'existaient pas au moment où la fausse déclaration a sciemment été faite et ne sont apparues qu'après, par suite de l'infliction de la pénalité prévue à l'art. 38(1)?—Le conseil arbitral possédait effectivement le pouvoir de modifier la pénalité dans des circonstances exceptionnelles—Il appert que le conseil arbitral n'a pas pris en considération l'argument des difficultés financières et cela s'est traduit par un défaut d'exercice de compétence—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 38(1).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. GRAY (A-46-03, 2003 CAF 464, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 2-12-03, 7 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

Les demanderesses H. Lundbeck A/S et Lundbeck Canada Inc. (Lundbeck) sollicitent une ordonnance en vertu de l'art. 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) afin d'interdire au ministre de la santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité (ADC) à la défenderesse Apotex Inc. (Apotex) en ce qui a trait aux comprimés de 20 mg et 40 mg d'hydrobromure de citalopram (citalopram) avant l'expiration du brevet canadien n° 2049368

BREVETS—Suite

(brevet '368)—Le brevet '368 contient une description précise du médicament et une liste de 21 revendications—L'élément nouveau dans le brevet '368 est l'utilisation du citalopram pour traiter la démence et les troubles vasculaires cérébraux (TVC) (les utilisations revendiquées)—Le citalopram est déjà connu comme anti-dépresseur, comme l'indique le brevet lui-même—En l'espèce, il n'est pas contesté qu'Apotex entend fabriquer et vendre un médicament contenant du citalopram—La demande doit être rejetée pour trois motifs—Premièrement, la revendication 1 du brevet '368 traite de la fabrication d'un produit pharmaceutique contenant du citalopram aux fins des utilisations revendiquées—En conséquence, si Apotex ne fabrique pas des comprimés de citalopram aux fins des utilisations revendiquées, mais les fabrique plutôt pour une utilisation non revendiquée, il ne peut y avoir de contrefaçon directe de la revendication 1—La revendication 8 traite de l'utilisation du citalopram pour le traitement de la démence ou des TVC, dans les cas où une telle utilisation est «efficace»—Aussi, pour qu'il y ait contrefaçon par Apotex de la revendication 8, les demanderesses doivent établir que «l'objet» du comprimé est de traiter la démence ou les TVC et que le comprimé est «efficace» à de telles fins—Aucun des éléments susmentionnés n'a été allégué et encore moins prouvé par Lundbeck—En conclusion, il ne peut y avoir de contrefaçon directe des revendications 1 et 8 que ce soit par Apotex ou par des tierces parties indépendantes, à savoir les patients—Deuxièmement, aucune donnée concluante corroborant l'allégation de Lundbeck relativement à une contrefaçon directe—Troisièmement, la jurisprudence n'entérine pas la prétention de Lundbeck selon laquelle il existe une contrefaçon directe—Les décisions sur lesquelles se fondent Lundbeck se distinguent de la présente espèce du fait que le citalopram a déjà été utilisé pour traiter le trouble dépressif (utilisation non revendiquée)—De plus, l'existence de patients souffrant à la fois de dépression et de démence ou de TVC ne suffit pas en soi à établir une contrefaçon directe—Enfin, l'affirmation de Lundbeck selon laquelle le brevet '368 serait contrefait directement est incompatible avec l'objet du Règlement et soulève par ailleurs de sérieuses questions de politique—En l'espèce, les allégations de contrefaçon de Lundbeck sont purement conjecturales et ne s'appuient pas sur des éléments de preuve—Manifestement, Lundbeck n'a pas prouvé, selon la prépondérance de la preuve, que, dans l'éventualité où un ADC serait délivré à Apotex et qu'elle fabriquerait, commercialiserait ou vendrait les comprimés en question, il y aurait contrefaçon des revendications 1 et 8 du brevet '368—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3).

H. LUNDBECK A/S C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-135-02, 2003 CF 1334, juge Martineau, ordonnance en date du 12-11-03, 20 p.)

BREVETS—Fin

PRATIQUE

Requête d'Apotex (la défenderesse) en autorisation de déposer une contre-preuve—La requête s'inscrit dans le contexte d'une demande des demanderesse en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction—La défenderesse devait prendre les mesures nécessaires pour que la décision sur l'autorisation de déposer une contre-preuve soit rendue à l'audience du 19 août 2003—L'audience s'est tenue devant le protonotaire Lafrenière—Une ordonnance a été rendue; elle ne faisait aucunement mention d'une requête de la défenderesse en autorisation de déposer une preuve additionnelle, et elle n'imposait aucun redressement de cette nature—Apotex prétend que la question n'a pas été tranchée par le protonotaire Lafrenière, que celui-ci «a indiqué qu'il n'était pas disposé à ce moment-là à trancher» la question—La preuve produite par la défenderesse quant à l'issue de l'audience est ambiguë—Le protonotaire Lafrenière n'a pas refusé d'instruire la requête; il a plutôt examiné la requête et conclu qu'il ne disposait pas de suffisamment de documents pour rendre une décision—Le dépôt d'une contre-preuve n'est pas un droit, mais une mesure de redressement discrétionnaire, et la défenderesse avait le fardeau d'établir les conditions justifiant le redressement—Le résumé de l'audience du 19 août 2003 appuie aussi la conclusion que le protonotaire Lafrenière a examiné la requête d'Apotex en autorisation de déposer une preuve supplémentaire et a estimé que les documents produits étaient insuffisants—De fait, la requête de la défenderesse a été rejetée par le protonotaire Lafrenière sans autorisation expresse de présenter une nouvelle requête—Requête rejetée.

AB HASSLE C. APOTEX INC. (T-1878-02, 2003 CF 1380, protonotaire Tabib, ordonnance en date du 24-11-03, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (ministre ou demandeur) afin que soit infirmée la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) qui, après avoir effectué un premier contrôle de la détention dans les 48 heures suivant le début de celle-ci conformément à l'art. 57(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, a ordonné, conformément à la Loi, la mise en liberté du défendeur en vertu de l'art. 58—L'art. 58 établit les circonstances de «mise en liberté» obligatoire d'un étranger—L'art. 58 mentionne les critères qui sont prescrits par les art. 244 et 247 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement)—La Commission a commis une erreur de droit en ce qu'elle n'a pas tenu compte de deux des critères prescrits lorsqu'elle a examiné la question de savoir si

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

le défendeur devait demeurer en détention—Les critères qui n'ont pas été pris en compte se trouvent à l'art. 247(1)c) et e) du Règlement—En outre, la Commission a tenu compte d'un critère dépourvu de pertinence en décidant de l'opportunité de la mise en liberté du défendeur: la mesure d'interdiction avait été prise au nom qui était censé être le véritable nom du défendeur et qui apparaissait sur son permis de conduire et sur la photocopie du certificat de naissance—Cela est également une erreur de droit—Enfin, le ministre a raison de prétendre que la Commission a tiré une conclusion de fait erronée, à laquelle elle est arrivée d'une manière arbitraire et abusive, quand elle a conclu que les autorités de l'immigration étaient convaincues de l'identité du défendeur parce qu'elles avaient signifié la mesure d'interdiction de séjour au nom inscrit sur des documents dont l'authenticité était douteuse—Une telle conclusion est contraire à l'opinion du ministre donnée en vertu de l'art. 58 de la Loi—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 57, 58, 106—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 244, 247.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. GILL (IMM-4191-02, 2003 CF 1398, juge Lemieux, ordonnance en date du 28-11-03, 13 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant à une ordonnance de *mandamus* en vue d'obliger le défendeur à accorder au demandeur le statut de résident permanent—La demande de résidence permanente avait été refusée au motif que la pièce d'identité produite n'était pas acceptable, bien que le demandeur eût présenté son passeport—Le passeport ne portait pas une date antérieure à la revendication du statut de réfugié—L'art. 46.04(8) de la Loi sur l'immigration (la Loi), régissait le traitement de la demande de résidence permanente présentée par le demandeur jusqu'à l'abrogation de la Loi sur l'immigration le 28 juin 2002—La nouvelle Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) contient des exigences semblables, qui sont exposées dans le Règlement du même nom (le RIPR), art. 50(1)a), qui prévoit que le requérant du statut de résident permanent doit détenir un passeport qui lui a été délivré par le pays dont il est citoyen ou ressortissant—L'art. 178 du RIPR donne une liste des documents de remplacement que doivent produire les requérants lorsqu'ils ne peuvent obtenir le document requis par l'art. 50 du RIPR—Le demandeur avait un document valide au moment de sa demande; il n'appartenait pas à l'agente d'immigration de dire si ce document était acceptable—Le critère du document «acceptable» ne s'applique qu'aux pièces d'identité autres que le passeport—Dans la présente affaire, la validité ou l'authenticité du passeport n'était pas mise en doute, et le passeport portait à la fois le nom et la photographie du demandeur—L'agente a donc commis une

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

erreur de droit lorsqu'elle a refusé d'accepter le passeport «en cours de validité», selon ce que prévoit l'art. 46.04(8) de la Loi—Elle aurait commis la même erreur si elle avait fondé son refus sur l'art. 50(1)a) du RIPR—Cependant, la procédure de *mandamus* n'était pas ici le recours adéquat—Demande de contrôle judiciaire accueillie et affaire renvoyée pour nouvelle décision—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 38), ch. I-2, art. 46.04(8)—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 50(1)a), 178.

OUMER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6053-02, 2003 CF 1021, juge Pinard, ordonnance en date du 20-11-03, 6 p.)

Manjit Kaur Sohal (la défenderesse) est citoyenne canadienne—Elle tente de parrainer l'admission de son époux au Canada—La demande de résidence permanente présentée par son époux a été rejetée pour raison de grande criminalité—La défenderesse a déposé en tant que répondante un appel à l'égard de ce rejet—L'appel était en instance devant la section d'appel de l'immigration lorsque la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) est entrée en vigueur le 28 juin 2002—En 1992, la défenderesse, son époux et leurs deux fils sont entrés au Canada en provenance de Grande-Bretagne—En 1993, les quatre membres de la famille se sont établis en tant que résidents permanents du Canada—En 1997, l'époux de la défenderesse a été déclaré coupable d'agression sexuelle et a été condamné à une peine d'emprisonnement de 30 mois—Le 7 septembre 1999, la défenderesse, qui était alors devenue citoyenne canadienne, a présenté une demande de parrainage de la demande de résidence permanente de son époux—Le 6 décembre 2000, la défenderesse a déposé un appel à la section d'appel de l'immigration (SAI) à l'égard du rejet de la demande de résidence permanente de son époux—Le 29 novembre 2002, la SAI a rejeté la demande présentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (demandeur) afin que, suivant l'art. 196 de la LIPR, il soit mis fin à l'appel—La présente instance est la demande de contrôle judiciaire de la décision de la SAI—La question en litige est celle de savoir si les dispositions transitoires de la LIPR ont mis fin au droit d'appel de la défenderesse—L'interprétation des dispositions transitoires de la LIPR devrait suivre le cadre analytique énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27—L'art. 192 est la règle transitoire qui régit tous les appels en instance devant la section d'appel de l'immigration en date du 28 juin 2002, date de l'entrée en vigueur de la LIPR—Il prévoit que ces appels seront continués par la SAI de la Commission sous le régime de l'ancienne loi—Cependant, le demandeur s'appuie sur l'exception prévue à l'art. 196 qui prévoit que,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

malgré l'art. 192, il est mis fin à l'affaire portée en appel devant la SAI si: (a) l'intéressé n'a pas fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi; et (b) l'intéressé est visé par la restriction au droit d'appel prévue par l'art. 64 de la LIPR—La défenderesse a un droit d'appel à la SAI suivant l'art. 192—Si le législateur voulait lui enlever son droit d'appel prévu par l'art. 192, il devait le faire dans un langage clair et non équivoque—En tant que citoyenne canadienne, la défenderesse ne peut pas remplir la première condition de l'art. 196—Le fait qu'un sursis n'ait jamais été envisagé pour une personne qui comme la défenderesse dépose un appel indique l'intention du législateur d'enlever ce droit d'appel seulement aux personnes qui déposent des appels à l'égard des mesures de renvoi suivant l'art. 70 de l'ancienne loi—Si le législateur voulait enlever à la défenderesse le droit d'appel prévu par l'art. 192 et mettre fin aux appels à l'égard des parrainages dans les cas où un étranger a participé à de la grande criminalité, il aurait pu et il aurait dû l'énoncer dans une «disposition très claire»—Le législateur ne l'a pas fait, par conséquent, le contrôle judiciaire est rejeté—En outre, selon l'arrêt *Medovski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 85; [2004] A.C.F. n° 366 (C.A.) (QL) lorsque les art. 192, 196 et 197 sont lus ensemble dans le cadre d'un régime transitoire cohérent, les mots «qui fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi» devraient avoir le même sens aux art. 196 et 197—Contrôle judiciaire rejeté—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 64, 192, 196, 197—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 65; 1995, ch. 15, art. 13).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SOHAL (IMM-6292-02, 2004 CF 660, juge Lutfy, ordonnance en date du 6-5-04, 17 p.)

Contrôle judiciaire à l'égard de la question de l'application de l'art. 196 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi)—La question est celle de savoir si l'art. 196 s'applique aux appels interjetés à l'égard du parrainage d'une demande d'établissement—La demanderesse a déposé un appel à l'égard du refus du parrainage d'une demande de résidence permanente présentée par son époux, Errol George Williams—L'appel a été déposé auprès de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié suivant l'art. 77(3) de l'ancienne Loi sur l'immigration (l'ancienne loi)—La Cour d'appel fédérale a rendu un arrêt sur le sens de l'expression «objet d'un sursis» dans *Medovski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 85; [2004] A.C.F. n° 366 (C.A.) (QL)—*Medovski* établit de façon significative l'étendue et la raison d'être de cette portion de l'art. 196—Le mot «sursis» renvoie seulement aux sursis qui résultent automatiquement

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'une disposition dans un texte de loi et, par conséquent, n'inclut pas les sursis «discrétionnaires» obtenus à la suite d'une demande—La demande peut être tranchée en examinant le sens ordinaire des mots de l'art. 196 comme l'a clarifié l'arrêt *Medovarski*—La demanderesse qui interjette un appel n'a pas le droit d'obtenir automatiquement un sursis et, par conséquent, elle «ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi»—Quant à la deuxième partie de l'art. 196, «la restriction du droit d'appel prévue par l'art. 64 de la présente loi», selon les faits de la présente affaire, le comportement de M. Williams est tout à fait visé par l'art. 64—À ce titre, il y a un effet sur lui et sur les droits d'appel de la demanderesse—M. Williams est un étranger et la demanderesse est sa répondante—Il a été jugé qu'il est interdit de territoire pour raison de grande criminalité compte tenu de l'infraction commise qui est punie par un emprisonnement de plus de deux ans—Il n'existe pas de question grave à l'égard de l'art. 64 de la Loi; la demanderesse ne pouvait pas interjeter appel—Selon cette méthode, la demanderesse, en tant que personne qui interjette un appel, est tout à fait visée par les deux conditions qui doivent être remplies afin qu'il soit mis fin à l'appel—La disposition fondamentale à l'égard de la transition est l'art. 190 qui exige que les instances en cours suivant l'ancienne loi soient maintenant traitées suivant les dispositions de la nouvelle Loi—Si le législateur avait voulu que les droits qui existaient, quels qu'ils puissent être, soient conservés malgré la nouvelle loi, il aurait simplement pu l'énoncer—Il est significatif lorsqu'on examine l'art. 196 que le législateur ne l'ait pas fait—Le législateur a prévu que ces questions régies par les art. 196 et 197 fassent partie de l'idée générale selon laquelle les affaires en cours suivant l'ancienne loi doivent être régies par la nouvelle Loi—Les conséquences naturelles de cet esprit de la loi sont qu'il peut y avoir un impact sur les droits qui existent, même un impact défavorable—Mais, c'est là l'intention claire du législateur—Les art. 196 et 197 renvoient en particulier à l'art. 64—L'art. 64 renvoie précisément au «répondant»—Par conséquent, les art. 196 et 197 avaient pour objet d'avoir un impact sur les droits des répondants qui interjettent des appels, comme la demanderesse en l'espèce—Il n'y a rien de nouveau dans la notion selon laquelle les appels sont grandement affectés par le fait que la personne parrainée a un passé criminel—De la même façon, l'art. 77(3.01) de l'ancienne loi ne permettait pas qu'un répondant interjette appel dans les cas de grande criminalité—L'interprétation de l'art. 196 qui résulte du sens ordinaire des mots lus dans leur contexte et en association avec l'esprit de la loi ne rend pas quelque peu vain l'art. 196 ou ne lui donne pas moins de sens—Par conséquent, il existe des situations, dont le nombre est limité, dans lesquelles l'art. 196 s'appliquera afin d'empêcher qu'il soit mis fin à des appels déposés suivant l'ancienne loi—En liant l'art. 196 si directement à l'art. 64 de la LIPR qui prévoit les appels par des répondants, le législateur voulait que les répondants qui

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

interjettent appel soient soumis aux conséquences de l'art. 196—Il est cohérent et logique que le législateur n'ait pas voulu que les répondants aient plus d'avantages qu'en ont les demandeurs de statut de résident permanent qui sont parrainés—Les avantages du statut de résident peuvent survivre bien au-delà de la relation qui a donné lieu au parrainage—Le législateur n'a fait que s'assurer que ce qui ne peut pas être fait directement ne puisse pas être fait indirectement—Lors de l'analyse de la question de savoir si cette interprétation est cohérente avec les objets de la loi, il faut prendre en compte l'art. 3 de la LIPR qui énonce de nombreux objets à l'égard de l'immigration—L'art. 64, bien qu'il renvoie aux répondants et aux résidents permanents, n'a pas pour objet principal la réunification de la famille—L'art. 64 est conçu de façon à limiter la possibilité d'admission au Canada des personnes qui y ont été déclarées coupables d'infractions et qui ont été emprisonnées pendant au moins deux ans—Cet objectif doit être atteint que la personne interdite de territoire interjette appel directement elle-même ou que son répondant le fasse—L'art. 64 met l'accent principalement, si ce n'est exclusivement, sur l'objectif de la sécurité des Canadiens et de la société canadienne—Par le lien si étroit fait entre l'art. 64 et l'art. 196, le législateur voulait que l'art. 196 ait également pour but l'atteinte de cet objectif—L'art. 196 est conçu de façon à soumettre les personnes qui interjettent appel aux dispositions de la nouvelle Loi et à limiter, si ce n'est carrément éliminer, la possibilité de poursuivre les appels déposés suivant l'ancienne loi—Le sens ordinaire de l'art. 196, comme cela a été énoncé précédemment, est par conséquent cohérent avec les buts et les objets de la nouvelle Loi—Le législateur a fait un choix au plan de la politique à établir quant à la façon selon laquelle ces situations doivent être traitées—Le législateur l'a fait dans des termes clairs et rationnels—Il n'appartient pas à la Cour de mettre en doute le choix au plan de la politique à établir—Contrôle judiciaire rejeté—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 64, 196, 197—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77(3) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 134).

WILLIAMS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6479-02, 2004 CF 662, juge Phelan, ordonnance en date du 6-5-04, 17 p.)

CONCURRENCE

Depuis mai 1999, l'appelant a déposé à plusieurs reprises de nombreuses plaintes auprès du commissaire de la concurrence (le commissaire) et a demandé que l'on tienne une enquête sur ces plaintes en vertu de l'art. 10(1)b) de la Loi sur la concurrence (la Loi)—Le commissaire a enquêté sur ces plaintes et a décidé qu'il n'était pas nécessaire de tenir une enquête formelle en vertu de l'art. 10(1)b) parce qu'il n'y avait aucun motif de croire que la Loi avait été enfreinte—En

CONCURRENCE—Suite

l'espèce, la juge des requêtes a premièrement conclu que le commissaire s'était déjà acquitté au complet de son obligation légale envers l'appelant—Après avoir conclu qu'il n'était pas nécessaire de mener une enquête en vertu de l'art. 10(1)*b*) de la Loi, le commissaire n'avait pas l'obligation d'ordonner la tenue d'une enquête formelle en vertu de l'art. 10(1)*a*)—L'art. 10 doit être interprété de manière à éviter la possibilité que des plaintes identiques soient présentées l'une après l'autre, sans que de nouveaux faits ne soient soulevés—De plus, le commissaire s'est déjà acquitté envers M. Charette de son obligation légale prévue à l'art. 10(2) de la Loi parce qu'il a pleinement informé M. Charette des résultats de son enquête et de sa conclusion—Deuxièmement, dans le cas où le commissaire avait l'obligation d'ordonner la tenue d'une enquête en vertu de l'art. 10(1)*a*), la juge des requêtes a conclu qu'elle exercerait son pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre d'ordonnance de *mandamus* parce que les actions de M. Charette équivalaient à un abus de procédure—M. Charette devrait être empêché de monopoliser les ressources du Bureau de la concurrence (le Bureau) au détriment de l'intérêt public qui commande un fonctionnement efficace de la Loi—La question de savoir si la juge des requêtes a commis une erreur en concluant que le commissaire n'était pas obligé d'ordonner la tenue d'une enquête en vertu de l'art. 10(1)*a*) de la Loi—Les plaintes que l'appelant a présentées en vertu de l'art. 9 de la Loi pour lesquelles il demande la tenue d'une enquête en vertu de l'art. 10(1)*a*) sont exactement les mêmes plaintes qui ont déjà fait l'objet d'une enquête de plusieurs heures de la part du commissaire et que celui-ci a jugées tout à fait non fondées—Fait important, l'appelant n'a soumis aucun nouvel élément de preuve susceptible d'étayer ces plaintes—L'objet visé par la Loi ne sera pas favorisé par la conclusion que le commissaire doit ordonner la tenue d'une enquête formelle alors qu'il a déjà été jugé que cela n'est pas nécessaire—L'art. 22(1) de la Loi, dans lequel il est mentionné que le commissaire dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour discontinuer une enquête en tout temps lorsqu'il estime que la poursuite de l'enquête n'est pas justifiée, appuie l'interprétation de l'art. 10 selon laquelle le commissaire n'est pas tenu d'ordonner la tenue d'une enquête formelle dans les circonstances de l'espèce—Enfin, une interprétation selon laquelle l'art. 10(1)*a*) exige la tenue d'une enquête dans les circonstances de l'espèce, conduirait à des résultats absurdes—Une telle interprétation permettrait à des personnes d'abuser de la procédure prévue à l'art. 10 de la Loi car elles pourraient déposer des plaintes identiques en vertu des art. 10(1)*a*) et 10(1)*b*) de la Loi, sans présenter de nouveaux éléments de preuve, alors qu'une enquête approfondie a déjà été menée, obligeant par conséquent le commissaire à consacrer des ressources du Bureau à la tenue de nouvelles enquêtes sur ces plaintes—La juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant que le commissaire avait satisfait à l'exigence prévue au paragraphe 10(2)

CONCURRENCE—Fin

d'informer M. Charette sur l'état du déroulement de l'enquête—Si le commissaire était tenu par la loi d'ordonner la tenue d'une enquête en vertu de l'art. 10(1)*a*) ou s'il ne s'est pas acquitté de l'obligation que lui impose l'art. 10(2), la juge des requêtes n'a pas commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser un *mandamus*—Le caractère discrétionnaire du pouvoir de rendre une ordonnance de *mandamus* de la Cour ressort de la jurisprudence et de l'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale—Voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.)—Premièrement, il ne serait guère utile qu'une ordonnance de *mandamus* soit rendue en l'espèce—Voir aussi *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2—Deuxièmement, bien qu'une ordonnance de *mandamus* n'aurait presque aucune incidence sur le plan pratique pour l'appelant, le refus de rendre l'ordonnance, dans les circonstances particulières de l'espèce, aurait une grande incidence sur le plan pratique pour l'intérêt public pour ce qui concerne l'utilisation des ressources du commissaire—De plus, l'appelant, en demandant d'abord la tenue d'une enquête, puis en encourageant par ses actions le commissaire à mener une enquête approfondie sur ses plaintes en vertu de l'art. 10(1)*b*) et, finalement, en déposant des plaintes identiques en vertu de l'art. 10(1)*a*) a abusé des procédures de la Loi et cet abus de procédure donne également à penser que, en l'espèce, on ne devrait pas rendre d'ordonnance de *mandamus*—En conclusion, l'art. 10 de la Loi ne doit pas être interprété comme exigeant que le commissaire ordonne la tenue d'une enquête formelle en vertu de l'art. 10(1)*a*) sur les plaintes présentées par M. Charette en l'absence de nouveaux éléments de preuve alors qu'il a déjà mené une enquête approfondie sur ces plaintes—De plus, le commissaire s'est déjà acquitté envers l'appelant des obligations que lui imposait l'art. 10(2) de la Loi—Quoi qu'il en soit, en l'espèce, selon la prépondérance des inconvénients, on ne devrait pas rendre d'ordonnance de *mandamus*—Appel rejeté—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 9 (mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 6, 37*b*)), 10 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 23; L.C. 1999, ch. 31, art. 45), 22(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 37*n*)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 27).

CHARETTE C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) (A-517-02, 2003 CAF 426, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 14-11-03, 29 p.)

DROIT INTERNATIONAL

Requête visant à faire déterminer la validité de la saisie de l'avion-cargo Antonov effectuée à Goose Bay (Terre-Neuve), conformément à un bref de saisie-exécution de la Cour fédérale—Bref délivré en vue d'exécuter l'ordonnance visant

DROIT INTERNATIONAL—Suite

à mettre en œuvre la sentence arbitrale suédoise rendue en faveur de la demanderesse, TMR, une compagnie chypriote, contre le Fonds des biens de l'État ukrainien, un organe étatique—Le litige découle d'une coentreprise concernant l'exploitation d'une raffinerie de pétrole en Ukraine—Aéronef appartenant à l'Ukraine mais détenu par l'entité en question en vertu d'un «droit de gestion économique intégrale», notion juridique particulière aux anciens États soviétiques—Questions en litige: 1) La Cour fédérale avait-elle compétence pour enregistrer la sentence arbitrale?—2) L'État ukrainien bénéficie-t-il d'une immunité de juridiction à l'égard de la Cour fédérale aux termes de la Loi sur l'immunité des États?—3) Qui est le débiteur judiciaire en l'espèce? 4) Quels sont, selon le droit ukrainien, les droits respectifs de l'Ukraine et de l'entité «Antonov»?—5) L'aéronef est-il insaisissable en raison de sa nature de bien militaire, aux termes de la Loi sur l'immunité des États?—En 1991, peu avant le démembrement de l'Union soviétique, une raffinerie de pétrole (LOR) et une société suisse ont créé une coentreprise en vue de moderniser et d'exploiter une raffinerie à Lisichansk—En 1992, la société suisse a cédé sa participation à TMR qui a financé la mise à niveau de la raffinerie et qui devait récupérer ces sommes par l'exploitation de la raffinerie—LOR a été privatisée par l'État et est devenue une société par actions ouverte, sous le nom de «Linos»—Linos a connu des difficultés financières et a cessé en 1997 de respecter ses obligations contractuelles—En 1999, le FBE (actionnaire majoritaire de Linos) a déclaré être le successeur juridique de LOR, et TMR a conclu un autre contrat—Le FBE a également omis d'exécuter ses obligations—Le contrat contenait une clause d'arbitrage devant un organisme de Stockholm—La sentence arbitrale définitive prononcée dans le litige opposant TMR et le FBE ordonnait à ce dernier de verser la somme de 36 711 475 \$US, plus les intérêts et les dépens—La sentence portait sur un montant de 62 260 697 \$CAN—TMR a présenté un avis *ex parte* de demande d'enregistrement de la sentence, conformément à la Loi sur la convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères et aux règles 327 et 328 des Règles de la Cour fédérale (1998)—La demande a été accordée—L'ordonnance a été signifiée au FBE «un organe de l'État ukrainien» par l'intermédiaire du ministère de la Justice ukrainien—Le High Sheriff de la Cour suprême de Terre-Neuve a saisi l'aéronef à titre de «bien de l'État ukrainien»—Antonov a déposé un avis d'opposition et un avis de tierce partie, en soutenant que l'État ukrainien n'était pas le débiteur judiciaire approprié—Le shérif a jugé que les avis étaient valides et TMR a déposé la requête en l'espèce—Antonov et le FBE s'opposent à la requête; l'Ukraine a invoqué, par la voie diplomatique, une immunité basée sur le fait qu'elle était titulaire d'un droit distinct, et une immunité d'exécution fondée sur le fait que l'aéronef est un bien militaire—La validité de l'ordonnance d'enregistrement n'a

DROIT INTERNATIONAL—Suite

pas été directement contestée par voie d'appel ou de requête en annulation, et il y a lieu de déterminer si le FBE et Antonov peuvent en contester la validité dans une instance en exécution—Existence d'un principe juridique bien établi: il n'est pas possible de contester indirectement les ordonnances judiciaires, voir *R. c. Wilson*, [1983] 2 R.C.S. 594—Ce principe ne s'applique que si le tribunal qui a rendu l'ordonnance avait le pouvoir de le faire: *Volhoffer c. Volhoffer*, [1925] 3 D.L.R. 552 (C.A. Sask.)—Dans le cas contraire, l'ordonnance est frappée de nullité et son invalidité peut être invoquée sans qu'il soit nécessaire d'interjeter appel—Le critère qui permet de déterminer la compétence de la Cour fédérale a été établi dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 R.C.S. 752—Le FBE et Antonov soutiennent que la Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères ne s'applique pas à la sentence parce que celle-ci porte sur «la propriété et les droits civils», un domaine ne relevant pas des compétences fédérales—La Cour d'appel fédérale a jugé que cette Loi ne s'appliquait que dans les domaines de nature fédérale: *Compania Maritima Villa Nova S.A. c. Northern Sales Co. (Villa Nova)*, [1992] 1 C.F. 550 (C.A.)—La jurisprudence reconnaît au Parlement la compétence exclusive d'accorder, de supprimer et de réglementer l'immunité des États souverains—Existence d'un ensemble de règles fédérales constituant le fondement de la compétence—Arrêt *Villa Nova* examiné—La nature fédérale de la sentence ne vient pas du sujet du litige sous-jacent mais de l'identité du défendeur, savoir sa qualité d'émanation d'un État étranger souverain—La sentence arbitrale donne naissance à une nouvelle cause d'action—Le bien-fondé de la sentence n'est pas réexaminé dans le cadre d'une demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence—La Loi répond au deuxième volet du critère *ITO* étant donné qu'elle constitue «un ensemble de règles de droit fédérales» qui attribue au demandeur des droits précis et en régit l'exercice—En outre, cette Loi constitue à elle seule l'ensemble de règles de droit fédérales requis pour fonder l'attribution de compétence—Il n'est pas nécessaire que le droit fédéral s'applique de façon exclusive au litige en question pour fonder la compétence de la Cour: *Bensol Customs Brokers Ltée c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.)—Ces dispositions législatives étant constitutionnelles, il en résulte que le troisième volet du critère *ITO* (une loi du Canada) est rempli—L'art. 3(2) de la Loi sur l'immunité des États impose à la Cour l'obligation de soulever d'office cette Loi et de lui donner effet mais la Cour ne peut retenir l'argument selon lequel l'omission d'aborder cette question fait disparaître la compétence *rationae materiae* et invalide l'ordonnance—La Cour avait le pouvoir de décider si les exceptions prévues par la Loi sur l'immunité des États entraient en jeu—Le fait de soulever la question de savoir si la Cour a commis une erreur ne modifie pas la validité

DROIT INTERNATIONAL—Suite

apparente de l'ordonnance—Il n'est pas permis de contester indirectement l'ordonnance d'enregistrement—Le dossier contenait amplement de preuves pour autoriser le tribunal à conclure que le FBE ne bénéficiait d'aucune immunité—Quant à l'immunité de juridiction invoquée par l'Ukraine, TMR soutient que le FBE n'est qu'une façade qui a pour but de mettre l'État à l'abri de toute responsabilité, ce qui autorise la Cour à lever le voile social—Le fait qu'une entité étatique a conclu un accord prévoyant l'arbitrage dans un pays signataire de la Convention des Nations Unies sans réserver ses droits à l'immunité de juridiction indique que cette entité a accepté qu'une telle sentence puisse être exécutée et a, par conséquent, renoncé à l'immunité—Identité du débiteur judiciaire—La jurisprudence ne permet pas d'affirmer que la saisie d'un bien qui appartient apparemment à une personne définie en des termes qui diffèrent du libellé exact du bref de saisie-exécution est une nullité—L'art. 77(1) de la Newfoundland Judgment Enforcement Act (JEA) prévoit que la saisie est valide même lorsque la procédure est irrégulière—Il n'est pas déraisonnable que le shérif ait procédé à la saisie, compte tenu des renseignements fournis par les procureurs de TMR—Circonstances ayant entouré la délivrance du bref de saisie-exécution—Il est vrai que TMR a demandé au départ la délivrance d'un bref de saisie d'un bien étatique mais la délivrance d'un bref est un processus administratif qui n'exige pas que soit prise une décision judiciaire dont l'issue lierait TMR en vertu du principe ou de l'exception de chose jugée (*res judicata*, *issue estoppel*)—La directive orale donnée par la Cour demandant la tenue d'une audience au sujet de la demande de TMR n'a pas eu pour effet de transformer en décision judiciaire la directive de la Cour autorisant la délivrance du bref—La Cour a jugé dans *Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1996), 119 F.T.R. 146 (C.F. 1^{re} inst.), que les directives élaborées par la Cour et destinées au greffe ne sont pas des décisions judiciaires qui déterminent les droits des parties—Quant à l'argument selon lequel TMR est liée par la façon dont elle a identifié le débiteur judiciaire au moment de l'enregistrement, l'affaire anglaise *Norsk Hydro ASA v. The State Property Fund of Ukraine et al.*, [2000] EWHC 2120 (Comm.) est utile pour appréhender ces questions nouvelles de droit international mais elle ne lie pas la Cour puisqu'elle porte sur le libellé de l'art. 101 de la English Arbitration Act, 1996; elle peut néanmoins être utilisée parce qu'elle énonce comme politique que «le tribunal chargé d'exécuter ces sentences doit agir de façon aussi "mécanique" que possible»—D'après ce principe, il est inapproprié que la question de l'identité du débiteur judiciaire soit soulevée, et plus grave encore tranchée, à cette étape—Les Règles de la Cour fédérale (1998) n'exigent pas que l'intitulé comprenne une description précisant le statut des parties, mais cette pratique est courante au Québec où les greffes acceptent le

DROIT INTERNATIONAL—Suite

dépôt d'acte de ce genre—L'avis de demande déposé à Montréal est conforme à la pratique habituelle—L'analyse de la façon dont on peut utiliser un élément descriptif comme partie de la désignation d'une partie explique les conclusions apparemment contradictoires: si la sentence vise le FBE, l'ordonnance d'enregistrement est conforme à la sentence et le bref, dans lequel le défendeur est décrit comme étant «le FBE, un organe de l'État ukrainien» est conforme aux termes de l'ordonnance d'enregistrement—L'exception de chose jugée (*issue estoppel*) pourrait être invoquée si la question avait pu ou aurait dû être soulevée à l'étape de l'arbitrage—L'exception de chose jugée ne s'applique toutefois qu'aux questions de fond et non pas aux questions de forme—Les parties n'ont pas abordé la question de savoir si la désignation du débiteur judiciaire est une question matérielle—L'arrêt *Regas Limited. v. Plotkins*, [1961] R.C.S. 566, indique qu'il s'agit d'un aspect procédural—Une sentence arbitrale, une fois reconnue, doit recevoir, pour ce qui est de ses termes, le même traitement qu'une ordonnance ou un jugement de la Cour—L'identité du débiteur judiciaire peut être abordée dans le cadre de l'exécution de la sentence—Référence à des décisions de la Cour fédérale dans lesquelles des questions liées à l'identité du débiteur ont été soulevées au cours d'instances en exécution—Le critère de l'*alter ego* applicable aux affaires d'immunité des États consiste à examiner si l'entité en question exerce des fonctions qui relèvent des autorités gouvernementales et à préciser le contrôle exercé sur elle par l'État—Le critère de l'*alter ego* est antérieur à la Loi sur l'immunité des États—Un organisme d'un État étranger doit posséder deux caractéristiques: 1) il doit s'agir d'un organe de l'État étranger (selon le critère de l'*alter ego*); 2) l'organe doit être une entité juridique distincte de l'État étranger—Les agences de l'État ne bénéficient pas d'une immunité générale—Le critère de l'*alter ego* ne permet pas de déterminer si l'Ukraine doit être assimilée au FBE, en matière d'exécution—C'est essentiellement le droit ukrainien qui permet de déterminer si le FBE a le statut de personne morale mais il ne convient pas d'écarter les notions juridiques canadiennes—L'instance en exécution est régie par la *lex fori*—Utilisation du droit canadien pour évaluer les critères en vertu duquel le droit ukrainien accorde à une entité le statut d'entité juridique distincte pour décider si la définition légale ukrainienne doit jouer un rôle dans cette instance en exécution—Les parties sont tenues d'établir la nature et le sens du droit étranger—Examen des preuves—D'après l'ensemble des preuves, les dispositions juridiques et financières qui régissent le fonctionnement du FBE sont assimilables à celles d'une subdivision administrative de l'État—Une subdivision administrative reçoit une enveloppe budgétaire distincte mais ne constitue pas une entité juridique—Le FBE est pratiquement incapable d'exercer un contrôle indépendant sur les poursuites intentées contre lui, étant donné que celles-ci sont

DROIT INTERNATIONAL—Suite

contrôlées essentiellement par l'État—Le fait de qualifier, selon le droit ukrainien, un organisme d'«entité juridique» n'a pas nécessairement pour effet d'attribuer à cet organisme une personnalité juridique distincte—L'ordonnance d'enregistrement peut être exécutée sur les biens de l'État ukrainien—Pour ce qui est de la propriété de l'aéronef, Antonov, même si c'est une entreprise étatique, possède une personnalité juridique distincte; elle peut acquérir des biens et ester en justice sous son propre nom—La saisie de l'aéronef était valide—Nécessité de décider si, selon le droit ukrainien, l'État a le droit de vendre l'aéronef, étant donné que le shérif ne peut vendre un bien que si le débiteur pouvait le faire—Si c'est le cas, il faut alors examiner si la vente est sujette à des charges ou à des droits en *equity* appartenant à Antonov—Les règles de conflit de loi applicables ne sont pas contestées—Ouvrage de James G. McLeod intitulé *The Conflict of Laws, 1983*, cité—Nécessité d'appliquer le droit ukrainien pour déterminer les droits respectifs d'Antonov et de l'État ukrainien mais pas les questions reliées à l'insaisissabilité ou l'exécution—Les dispositions législatives ukrainiennes en matière de propriété indiquent que l'État est propriétaire de l'aéronef—L'aéronef étant un moyen de production, Antonov n'a pas le pouvoir de le vendre sans l'autorisation de l'État—Le passage de l'économie ukrainienne à une économie de marché et l'introduction dans le système juridique de la notion d'entreprise privée a tout simplement fait éclater le cadre législatif—Compte tenu de l'ampleur de la tâche consistant à transformer un système juridique de type soviétique en un système axé sur le marché, de la rapidité avec laquelle le changement s'est opéré, il n'est pas surprenant que le résultat semble chaotique et incohérent—Il est peut-être nécessaire de reconnaître qu'il n'existe pas de solution logique à cette difficulté juridique—Le moratoire est une loi procédurale qui reconnaît que le statut des biens publics détenus par les entreprises d'État n'est pas suffisamment reconnu et protégé par les dispositions ukrainiennes actuelles en matière d'exécution des jugements—Il est difficile de concevoir comment un système d'obligations sanctionné par l'attribution de dommages-intérêts, et par la vente des biens des débiteurs peut s'harmoniser avec le droit de gestion économique intégrale, une notion soviétique selon laquelle des biens étaient confiés à une coopérative, non pas pour son avantage propre, mais pour celui de toute la population—La Cour n'est pas convaincue que le droit ukrainien interdit l'exécution forcée des obligations de l'État ukrainien sur l'aéronef—L'aéronef peut faire l'objet d'une saisie-exécution à titre de bien appartenant à l'État—Protection des droits d'Antonov en cas de vente judiciaire—Question de procédure d'exécution que régissent les lois de Terre-Neuve: art. 56(3) de la Loi sur les Cours fédérales—Selon la JEA, le droit découlant du démembrement d'un droit de propriété acquis avant l'enregistrement d'un avis de jugement n'est pas de rang

DROIT INTERNATIONAL—Suite

inférieur à cet avis—Impossibilité de vendre l'aéronef en réservant le droit de gestion économique intégrale—Les lois de Terre-Neuve ne reconnaissent pas le fait que les démembrements des droits de propriété sont des droits réels—Le seul fait de vendre ce bien à un tiers aurait pour effet d'éteindre le droit de gestion économique intégrale d'Antonov, étant donné que ce droit existe uniquement entre l'État et l'entreprise appartenant à l'État—Cet élément n'a pas pour effet de soustraire l'aéronef au mécanisme d'exécution dont dispose la Cour—Le système juridique ukrainien reconnaît aujourd'hui la propriété privée mais la propriété associée à un droit de gestion économique intégrale demeure un mode de propriété valide en Ukraine—Lorsque l'État décide d'envoyer à l'étranger un bien de valeur sujet à un mode de propriété exclusif à cet État, l'Ukraine et Antonov prennent le risque d'unir le sort de leurs droits—Existence d'une tendance internationale qui reconnaît les sûretés et les droits créés par les droits étrangers mais la reconnaissance de ces droits ne peut avoir pour effet de soustraire un bien commercial de valeur qui se trouve au Canada aux créanciers légitimes en vertu d'un jugement de la Cour fédérale—L'aéronef sera vendu à titre de bien de l'État ukrainien, sans être grevé d'aucune charge bénéficiant à Antonov—L'État ukrainien soutient que malgré l'utilisation commerciale de l'aéronef par Antonov, celui-ci bénéficie d'une immunité d'exécution à titre de bien militaire, aux termes de l'art. 13 de la Loi sur l'immunité des États—Antonov n'exerce pas ses activités sous l'autorité de l'armée ou du ministère de la Défense—Utilisation purement commerciale de l'aéronef (transport de matériel militaire conformément à une charte-partie conclue avec le ministère de la défense italien)—L'aéronef a été construit en tant qu'appareil de transport militaire, il appartenait aux forces armées de l'URSS mais a été par la suite modifié à des fins civiles à un coût de 5 millions de dollars américains—Le transport ne faisait pas partie lui-même d'une opération ou d'un exercice militaire—En outre, au moment de la saisie, la cargaison militaire avait été déchargée et le contrat d'affrètement exécuté—Il n'a pas été démontré que le bien était destiné à être utilisé dans le cadre d'une activité militaire—Impossibilité de déduire du fait que les autorités de l'aéroport exerçaient un contrôle sur le décollage de l'aéronef que celui-ci était sous le contrôle des autorités militaires canadiennes—Au moment de la saisie, l'aéronef était sous le contrôle d'Antonov—Les preuves ne démontrent pas que l'aéronef était militaire par nature—Il ne répond à aucune des conditions de l'art. 12(3) de la Loi, et n'est donc pas insaisissable—Loi sur l'immunité des États, L.R.C. (1985), ch. S-18, art. 3(2), 12, 13—Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 16—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 324, 328—Arbitration Act, 1996, (R.-U.), c. 23, art. 10—Code civil de la RSS d'Ukraine—

DROIT INTERNATIONAL—Fin

Règlement provisoire relatif au Fonds des biens de l'État ukrainien—Loi ukrainienne sur l'imposition d'un moratoire sur l'aliénation forcée de biens—Code civil du Québec, art. 1119, 1120, 1123, 1125, 1135, 1136, 1162, 1167—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 56(3)—Judgment Enforcement Act de Terre-Neuve, S.N.L. 1996, ch. J-1.1, art. 77(1).

TMR ENERGY LTD. C. LE FONDS DES BIENS DE L'ÉTAT UKRAINIEN (T-60-03, 2003 CF 1517, notaire Tabib, ordonnance en date du 23-12-03, 104 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a rejeté la plainte qu'il avait déposée contre la société Bay Ferries Ltd. (la défenderesse) et dans laquelle il avait accusé cette dernière d'avoir fait preuve de discrimination à son endroit et d'avoir ainsi enfreint l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le Tribunal a mentionné que le demandeur devait établir une preuve *prima facie* de discrimination, laquelle il était loisible à la défenderesse de répondre—Le Tribunal s'est servi du critère trois volets énoncé dans la décision *Florence Shakes c. Rex Pak Ltd.* (1981), 3 C.H.R.R. D/1001 pour déterminer si le demandeur avait réussi à établir une preuve *prima facie* de discrimination—Le Tribunal est arrivé à la conclusion que le demandeur n'avait pas établi de preuve *prima facie* de discrimination et n'avait pas démontré que l'explication avancée par la défenderesse à l'appui de sa décision de ne pas l'embaucher était un prétexte pour dissimuler des gestes discriminatoires—Le demandeur a allégué que le Tribunal a commis des erreurs de droit et de fait—Le Tribunal aurait commis une erreur de droit en appliquant un critère incorrect pour déterminer si le demandeur a établi une preuve *prima facie* de discrimination—Les erreurs de fait auraient trait aux conclusions suivantes qui ont été tirées par le Tribunal: premièrement, le demandeur a quitté Canadian National Marine (devenue Marine Atlantique S.C.C. par la suite) (Marine Atlantique) en 1995, après avoir travaillé pendant cinq ans auprès de celle-ci, parce qu'il désapprouvait la politique de gestion de la société; deuxièmement, M. Stevenson (représentant de Bay Ferries chargé de mener les entrevues avec les candidats) a cru que la réponse que le demandeur avait donnée lors de l'entrevue concernant les portes étanches dénotait un manque de souplesse et peut-être une résistance au changement, et ce, relativement à une question touchant la sécurité—Le Tribunal a-t-il appliqué un critère incorrect pour déterminer si une preuve *prima facie* de discrimination a été établie?—Il existe deux critères que l'on peut appliquer pour déterminer si une preuve *prima facie* de discrimination a été établie—Le premier critère a été énoncé dans la décision *Shakes*, précitée, le deuxième dans *Israeli c.*

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

La Commission canadienne des droits de la personne et la Commission de la fonction publique (1983), 4 C.H.R.R. D/1616—La question de l'application de ces critères a été examinée dans *Canada (Ministère de la Santé et du Bien-Être social) c. Chander* (1997), 131 F.T.R. 301 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle le juge Muldoon a dit: «*Shakes* vise les cas où quelqu'un d'autre que le plaignant est engagé. Celui de l'affaire *Israeli*, les cas où l'employeur n'a pas engagé le plaignant, mais continue ensuite de chercher des employés»—Aucune décision en matière d'embauche n'a été prise à l'égard des candidats avant l'entrevue avec le demandeur—Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère de la décision *Shakes*—En ce qui concerne les erreurs de fait qui auraient été commises, la preuve n'appuie pas les arguments du demandeur—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7.

LINCOLN C. BAY FERRIES LTD. (T-489-02, 2003 CF 1156, juge Dawson, ordonnance en date du 6-10-03, 24 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Contrôle judiciaire de deux décisions de la Cour de l'impôt, la première décision rejetait des appels à l'encontre de cotisations refusant les pertes d'entreprise du demandeur, la seconde décision rejetait un appel à l'encontre d'une cotisation établie sous le régime de la Loi sur la taxe d'accise, laquelle refusait les crédits de taxe sur les intrants demandés pour la même période—Le demandeur allègue que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en appliquant le critère de l'attente raisonnable de profit et il s'appuie sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645—L'arrêt *Stewart*, rendu après que la Cour de l'impôt rende son jugement en l'espèce, n'a pas aboli le critère de l'attente raisonnable de profit, mais il a plutôt restreint son application aux cas où l'activité en cause comporte un aspect personnel—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la présente affaire comportait effectivement un aspect personnel—Le contribuable n'a pas exercé son activité conformément à des normes objectives de comportement d'homme d'affaires sérieux—Les motifs du juge de la Cour de l'impôt ne sont pas incompatibles avec ceux de l'arrêt *Stewart*—Contrôle judiciaire rejeté.

NADORYK C. CANADA (A-57-03, 2003 CAF 459, juge Sexton, J.C.A, jugement en date du 27-11-03, 14 p.)

NADORYK C. CANADA (A-582-02, 2003 CAF 458, jugement en date du 27-11-03, 4 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

NOUVELLES COTISATIONS

Appel d'un jugement modifié de la Cour de l'impôt (*Wannan c. Canada*, [2003] 2 C.T.C. 2303 (C.C.I.)), qui avait fait droit en partie à un appel à l'encontre d'une cotisation établie conformément à l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu (la LIR)—L'art. 160 est l'une de plusieurs dispositions qui prévoient une responsabilité du fait d'autrui ou responsabilité secondaire à l'égard de créances fiscales lorsque des biens ont été transférés dans un contexte de collusion—Les dispositions de ce genre permettent au ministre de recouvrer une créance fiscale auprès d'une personne autre que le débiteur fiscal, pour autant que certaines conditions prévues par la loi soient remplies—Le premier point concerne l'interaction de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (la LFI) et de l'art. 160—L'appelante fait valoir que la faillite du D' Wannan (le conjoint de l'appelante qui avait cotisé au REER de l'appelante) empêchait la Couronne d'établir la cotisation fiscale de l'appelante selon l'art. 160—L'appelante a admis qu'elle ne pouvait réussir sur ce point à moins que la Cour ne soit disposée à désavouer son arrêt *Heavyside c. Canada*, [1996] 43 C.B.R. (3d) 128 (C.A.F.)—L'arrêt *Heavyside* peut être vu comme un précédent autorisant trois propositions: la responsabilité selon l'art. 160 prend naissance au moment d'un transfert de biens dans des circonstances qui remplissent les conditions établies; elle survit à la faillite du débiteur fiscal principal; elle survit à la réhabilitation du débiteur fiscal principal failli—La responsabilité de l'appelante selon l'art. 160 (à supposer que cette responsabilité survive au présent appel) a pris naissance avant 1996—Si les principes de l'arrêt *Heavyside* sont corrects, sa responsabilité n'est pas touchée par la faillite du D' Wannan survenue en janvier 1996, par la réhabilitation du D' Wannan en octobre 1996 ou par le fait que M^{me} Wannan n'a été l'objet d'une cotisation que le 8 février 1999—Aucune disposition de la LFI n'atteste une intention d'offrir un allègement aux tiers qui sont responsables d'une dette du failli—La LFI autorise expressément le créancier non garanti d'un failli à exercer des recours contre des tiers—Une personne qui est l'objet d'une cotisation selon l'art. 160 a un droit d'opposition et un droit d'appel, et il est maintenant bien établi qu'une telle opposition ou un tel appel peut comprendre une contestation de la validité ou de l'exactitude de la cotisation fiscale établie contre le débiteur fiscal primaire—Il n'est pas sûr qu'une telle contestation soit fondée dans le cas présent—Il n'est pas sûr non plus que la faillite du D' Wannan aurait de quelque façon empêché M^{me} Wannan d'opposer une telle contestation, si elle avait eu des moyens à faire valoir en ce sens—Dans son deuxième argument, l'appelante fait valoir que le dividende issu de la faillite aurait dû être appliqué d'abord à la plus ancienne des obligations fiscales du D' Wannan: *Devaynes v. Noble*; (*Clayton's Case*) (1816), 1 Mer. 572, 35 E.R. 781—Le *Clayton's Case* énonce la règle «premier entré, premier sorti»—L'appelante a soulevé le point

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

de savoir si la règle «premier entré, premier sorti» s'appliquait aux obligations fiscales du D' Wannan—Il n'existe aucun précédent où la Couronne ait été contrainte d'appliquer un paiement fiscal à une dette fiscale particulière si le paiement n'est pas affecté à cette dette, et s'il n'y a pas d'entente entre le payeur et la Couronne sur la manière dont le paiement doit être appliqué—Lorsque la Couronne a établi la cotisation fiscale de l'appelante selon l'art. 160 après avoir reçu le dividende issu de la faillite, le compte fiscal du D' Wannan a été modifié, en ce sens que le dividende issu de la faillite fut appliqué à la plus récente des obligations fiscales du D' Wannan—L'appelante fait valoir que la Couronne devrait être liée par sa pratique habituelle «premier entré, premier sorti»—L'argument repose sur un seul fait: la Couronne conserve en principe un seul compte courant pour chaque débiteur fiscal—La pratique de la Couronne consistant à assurer le suivi d'une dette fiscale en tant que compte courant semble être un fondement un peu trop fragile pour qu'on puisse appliquer à toutes les dettes fiscales la règle «premier entré, premier sorti»—Il n'y a donc nullement matière à empêcher la Couronne d'appliquer, comme elle l'a fait, le dividende issu de la faillite à la plus récente des obligations fiscales du D' Wannan—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 160 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 186; 2000, ch. 12, art. 142)—Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 (art. 1 (mod. par L.C. 1992, c. 27, art. 2)), art. 178 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, art. 28; L.C. 1992, ch. 27, art. 64; 1997, ch. 12, art. 105; 1998, ch. 21, art. 103; 2000, ch. 12, art. 18; 2001, ch. 4, art. 32), 179.

WANNAN C. CANADA (A-37-03, 2003 CAF 423, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 12-11-03, 18 p.)

PÉNALITÉS

Contrôle judiciaire d'une décision de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) qui avait rejeté la requête de la demanderesse en annulation des intérêts et pénalités payables pour l'année d'imposition 1987, en application de l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, et en application de la Circulaire d'information 92-2 intitulée Lignes directrices sur l'annulation des intérêts et des pénalités (les Lignes directrices)—Le conjoint de la demanderesse s'occupait des affaires du couple, ainsi que de leurs titres et placements—En raison de pertes considérables subies en 1987 et 1988, et vu la déroute générale des affaires du couple, le comptable du couple, qui ne pouvait tenir les dossiers, avait démissionné—La demanderesse voudrait que les pénalités et intérêts soient entièrement annulés, en raison des règles d'attribution, des règles d'équité et des règles relatives à la capacité de payer, règles qui toutes sont applicables ici, et elle demande les dépens—Le ministre des Finances (le ministre)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

a-t-il valablement exercé son pouvoir discrétionnaire, en application de l'art. 220(3.1), lorsqu'il a décidé de ne pas annuler les intérêts exigés de la demanderesse pour son année d'imposition 1987?—Les dispositions d'équité visent à faire en sorte que le contribuable soit traité comme il convient—Le législateur a décidé de promulguer des dispositions d'équité, et le ministre a le devoir de s'assurer qu'elles sont appliquées équitablement au contribuable—La représentante de la demanderesse, Jacqueline Guest, avait présenté au ministre en novembre 1996 une requête de premier niveau en annulation des intérêts, au motif que, puisque le report des pertes de 1988 à l'année 1987 éliminait complètement la dette fiscale, les intérêts, qui s'étaient accumulés de 1987 à 1995, année où la demanderesse avait été informée de la dette fiscale, devraient être annulés—La requête fut rejetée; étant donné l'information qui avait été communiquée dans cette première requête, l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'aurait pas été rescindé si un contrôle judiciaire avait alors été demandé—L'exercice du pouvoir discrétionnaire est davantage discutable dans l'examen de la requête de deuxième niveau—L'ADRC était alors au fait de la situation de la demanderesse, et le ministre a néanmoins refusé d'exercer son pouvoir et d'annuler les intérêts courus—En 1987, la demanderesse n'avait jamais produit de déclaration de revenus—Les biens dont elle était propriétaire avec son mari étaient entièrement administrés par celui-ci, et il déclarait en son propre nom tous les revenus générés par les biens en question—En 1987 et 1988, le couple a subi d'importantes pertes financières à la suite de l'effondrement du marché boursier en 1987—Le mari n'a pas produit de déclarations pour ces années, s'imaginant que, vu les pertes, il ne devait pas d'impôts à Revenu Canada, et qu'il ne lui était donc pas nécessaire de produire une déclaration de revenus—Le mari se trompait, et cette situation fut plus tard rectifiée—Le mari a produit les déclarations manquantes et payé la pénalité afférente à une production tardive—Cependant, en raison des pertes subies, il n'a été jugé redevable d'aucun impôt pour 1987 et 1988—Une vérification a eu lieu en 1995, parce que le mari avait à plusieurs reprises demandé à Revenu Canada de l'aider à mettre de l'ordre dans ses affaires financières—Pour quelque raison, Revenu Canada a décidé de calculer le revenu de la demanderesse pour 1987 et les années suivantes, constatant qu'elle avait pour 1987 un revenu imposable non déclaré de 89 440 \$—En 1995, lorsque la demanderesse fut informée qu'elle devait payer des impôts pour 1987, les impôts initiaux de 35 000 \$ s'étaient multipliés, en raison des intérêts, pour atteindre quelque 53 000 \$—Les intérêts seuls (les impôts eux-mêmes ont été déduits en 1996) se chiffrent aujourd'hui à plus de 105 000 \$—La lettre envoyée à la demanderesse le 20 juin 1995 montre les revenus nets d'entreprise et les pertes nettes d'entreprise pour les années 1987 à 1992—Il est évident que les pertes de 1988 (460 175 \$) peuvent être reportées sur les revenus de 1987—L'absurdité de cette situation est qu'elle ne doit pas d'impôts

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

pour 1987, en raison des pertes de 1988—La déclaration de 1988 n'a été produite qu'en 1996, mais Revenu Canada savait, dès le moment de la vérification, que des pertes avaient été subies—Le ministre a-t-il bien examiné la preuve produite et a-t-il tenu compte de considérations propres au contribuable visé?—L'ADRC semble croire qu'en 1987, la demanderesse connaissait son obligation de produire une déclaration et de payer des impôts—Ce n'est pas ce qui ressort de la preuve—En 1987, la demanderesse n'avait pas connaissance de sa dette fiscale—Pour cette raison, la décision a été prise sans un examen complet de tous les facteurs pertinents, et elle justifie donc une révision—De plus, la deuxième requête en application des dispositions d'équité a été traitée avec une lenteur considérable—L'ADRC a reconnu que le dossier s'était égaré durant quelque temps—En réalité, près de cinq années se sont écoulées entre la requête en introduction de la procédure d'équité de deuxième niveau, c'est-à-dire le 18 juillet 1997, et la décision rendue le 18 mars 2002—Dans cette affaire, le délai de cinq ans a pour effet de multiplier les intérêts, aggravant une situation dans laquelle la demanderesse s'est trouvée sans qu'elle soit à blâmer—Les Lignes directrices ne sont certainement pas censées être interprétées rigoureusement au point de léser le contribuable, si l'on veut qu'elles donnent effet aux dispositions d'équité—La demanderesse a été la victime des circonstances et, sans qu'elle soit à blâmer, elle ignorait qu'elle devait des impôts en 1987—Ces impôts ont depuis été annulés, et seuls les intérêts subsistent, coupés de leurs amarres, mais jetant une ombre interminable sur la vie de la demanderesse—Par conséquent, la décision du ministre n'a pas véritablement tenu compte des circonstances particulières de cette affaire—Demande de contrôle judiciaire accordée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5^e suppl.), ch. 1, art. 220(3.1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 127).

MAARSMAN C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (T-659-02, 2003 CF 1234, juge Blais, ordonnance en date du 22-10-03, 27 p.)

LANGUES OFFICIELLES

Classification de la position de maître de poste à Coderre, Saskatchewan, poste bilingue à nomination impérative attaquée—Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse recevoir leurs services dans l'une ou l'autre des langues officielles à tous leurs bureaux, «là où [. . .] l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante»: Loi sur les langues officielles (la Loi), art. 22b)—Fondement servant à établir l'existence d'une «demande importante»—Le juge des requêtes a eu raison de décider que le Règlement ne s'appliquait pas, puisqu'il n'est entré en vigueur que le 16 décembre 1992—Le poste de maître de poste a été affiché le 1^{er} décembre 1992, et donc, la décision de le classer «poste bilingue à nomination impérative» doit

LANGUES OFFICIELLES—Fin

avoir été prise au plus tard le 1^{er} décembre—Avant l'entrée en vigueur du Règlement, les institutions fédérales ont établi leurs propres critères pour déterminer s'il existait une «demande importante» (une population constituant une minorité composée de 500 personnes ou 10 p. 100 de la population totale)—On s'est conformé à ces critères dans la présente affaire—Le recours aux termes de l'art. 77 est une procédure *sui generis* par laquelle on demande à la Cour de déterminer si la conduite qui a fait l'objet d'une plainte au Commissaire constitue une infraction à la Loi—Par conséquent, l'objet de la demande est la classification par Postes Canada, et non le rejet de la plainte par le Commissaire—Appel rejeté—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 22*b*), 77.

MARCHESSAULT C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (A-688-02, 2003 CAF 436, juge Evans, J.C.A. jugement en date du 20-11-03, 5 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Les demanderesse reprochent à la défenderesse d'avoir fait passer ses marchandises pour les leurs et d'avoir contrefait deux de leurs marques de commerce déposées, toutes deux à l'égard du même Crest Design (dessin d'écusson), mais chacune relativement à différentes marchandises et à différents articles de vêtement—Elles lui reprochent également d'avoir porté atteinte à leur droit d'auteur enregistré à l'égard du même dessin d'écusson—La défenderesse nie toute contrefaçon et soutient que les enregistrements des marques de commerce et du droit d'auteur en litige sont invalides—La défenderesse demande non seulement que l'action soit rejetée avec dépens, mais également, par demande reconventionnelle, que l'enregistrement des marques de commerce relatives à l'écusson et l'enregistrement du droit d'auteur connexe soient radiés de leurs registres respectifs et sollicite aussi des dépens avocat-client—Pour les besoins de la présente action, les parties se sont entendues sur un exposé des faits détaillé—Les demanderesse formulent quatre allégations concernant la contrefaçon de leurs marques de commerce: 1) la défenderesse a violé les droits des demanderesse en vertu de l'art. 19 de la Loi sur les marques de commerce (la Loi); 2) la défenderesse a violé les droits afférents aux marques de commerce des demanderesse en vertu de l'art. 20 de la Loi en utilisant son écusson qui prête à confusion; 3) la défenderesse a utilisé son écusson d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce des demanderesse, contrairement à l'art. 22 de la Loi; 4) en raison de l'utilisation de son écusson, la défenderesse est tenue de dédommager les demanderesse des préjudices qu'elles ont subis de ce fait—Avant d'examiner chacune de ces allégations, il convient de se pencher sur la

MARQUES DE COMMERCE—Suite

défense et la demande reconventionnelle d'International Clothiers Inc. (INC), lesquelles affirment que le dessin d'écusson de Tommy Hilfiger Licensing Inc's (THLI) n'est pas valablement enregistré comme marque de commerce parce qu'il n'a pas été utilisé pour distinguer les marchandises des demanderesse des autres marchandises—La marque a longtemps figuré et continue à figurer sur une partie importante des marchandises des demanderesse non seulement comme élément décoratif, mais pour distinguer leurs marchandises de celles des autres—De plus, malgré l'existence d'autres dessins d'écusson utilisés comme marques de commerce ou simplement comme emblèmes ou éléments décoratifs par d'autres au moment du dépôt de l'action des demanderesse ainsi que de la défense et de la demande reconventionnelle, le dessin d'écusson des demanderesse avait acquis un caractère distinctif en raison de son utilisation prolongée et continue—Les marques de commerce relatives au dessin d'écusson des demanderesse n'ont donc pas été enregistrées de manière invalide ou n'ont pas perdu leur caractère distinctif lorsque la validité de leur enregistrement a été mise en doute par la défense et la demande reconventionnelle d'INC—En conséquence, cette demande reconventionnelle doit être rejetée—L'art. 19 de la Loi confère au propriétaire d'une marque de commerce déposée le droit exclusif d'utiliser ladite marque dans tout le Canada à l'égard des marchandises ou services qui y sont associés, à moins que l'enregistrement soit invalide—L'écusson figurant sur les polos de la défenderesse n'est pas identique à celui des demanderesse—En conséquence, l'emploi n'est pas celui des demanderesse—La défenderesse ajoute qu'elle n'a pas porté atteinte aux droits des demanderesse qui découlent de l'art. 19 ou 20 parce qu'elle n'a pas utilisé son écusson comme marque de commerce, mais plutôt comme un simple élément décoratif sur ses marchandises—Il n'est pas établi que INC a employé son dessin d'écusson comme marque de commerce pour distinguer ses marchandises de celles des autres—Toute conclusion selon laquelle elle voulait que le dessin soit une marque de commerce ne peut être déduite que du fait que tant les chemises achetées à des fins de vente en 1995 que les ensembles shorts achetés en 1998 comportaient un dessin d'écusson similaire à celui qu'employaient les demanderesse sur des chemises pour hommes et ensembles shorts pour garçons généralement similaires—Cette déduction n'est pas appuyée par d'autres facteurs—Aucun élément de preuve n'indique que le dessin d'écusson des demanderesse ou un dessin d'écusson pouvant être considéré comme un dessin prêtant à confusion avec celui-ci a été brodé ou apposé sur d'autres marchandises vendues par INC, exception faite des deux lots de chemises et d'ensembles shorts—Les écussons figurant sur les chemises et ensembles shorts en litige ne faisaient pas partie de ces marchandises, et la défenderesse INC ne s'en est pas servie dans le cadre de la vente des dites marchandises pour distinguer celles-ci de celles d'autres

MARQUES DE COMMERCE—Suite

commerçants—La défenderesse n'a pas employé les marques à titre de marques de commerce—Toutefois, si la défenderesse avait utilisé son dessin d'écusson comme marque de commerce à l'égard des chemises et ensembles shorts, cet emploi aurait créé un risque de confusion dans l'esprit du consommateur qui connaissait la marque de commerce correspondant au dessin d'écusson des demanderesse, mais ne se la rappelait pas de manière précise—À ce stade, il importe de se pencher sur l'allégation des demanderesse selon laquelle les dessins d'écusson figurant sur les polos et ensembles shorts de la défenderesse ont eu pour effet d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à leurs marques de commerce déposées au sens de l'art. 22(1) de la Loi—Les demanderesse reconnaissent que, selon la jurisprudence prépondérante, la portée de l'art. 22(1) se limite, comme dans le cas de demandes fondées sur les art. 19 et 20, à des situations pour lesquelles le défendeur a employé la marque déposée du demandeur conformément aux art. 2 et 4 et ce, même s'il n'est pas nécessaire de prouver que l'emploi de la marque a pour effet de distinguer les marchandises du défendeur de celles des autres—À la lumière de la jurisprudence, l'art. 22(1) ne couvre pas la présente affaire où la défenderesse a employé la marque de commerce correspondant au dessin d'écusson enregistré des demanderesse sur ses marchandises, alors qu'aucun élément de preuve n'indique qu'elle l'a fait pour distinguer ses ensembles shorts—La dernière allégation des demanderesse en ce qui concerne la contrefaçon des marques de commerce porte sur l'infraction de commercialisation trompeuse de l'art. 7*b*) de la Loi—Il appert clairement de la preuve que les demanderesse avaient acquis une renommée ou une valeur importante à l'égard de leurs différentes marques de commerce déposées, compte tenu de leurs ventes élevées, tant au Canada qu'aux États-Unis, sur le marché des vêtements modes pour hommes et garçons—De plus, la défenderesse a agi d'une manière susceptible de créer de la confusion dans l'esprit du consommateur qui connaissait les marchandises portant le dessin de l'écusson vendus par les demanderesse—Il y a des éléments indiquant que les demanderesse ont subi un préjudice—Ces éléments ont été présentés par le dirigeant de Tommy Hilfiger Canada responsable des ventes de Hilfiger au Canada, qui recevait des comptes rendus des détaillants offrant le produit Hilfiger—La Cour arrive à la conclusion que l'allégation des demanderesse est établie, à savoir que la défenderesse a appelé l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à vraisemblablement causer de la confusion au Canada entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux des demanderesse—Ce faisant, la défenderesse a contrevenu à l'interdiction énoncée à l'art. 7*b*) de la Loi—En ce qui a trait à l'allégation de violation du droit d'auteur des demanderesse, conformément à l'art. 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur, les demanderesse revendiquent le droit

MARQUES DE COMMERCE—Suite

exclusif de produire ou de reproduire leur dessin d'écusson, l'œuvre artistique enregistrée et certifiée sous le n° 448012—Selon l'art. 27(2) de la Loi sur le droit d'auteur, seule la personne ayant une connaissance réelle ou imputée de la violation du droit d'auteur est responsable de la contrefaçon de l'œuvre—En l'espèce, la vente de chemises sur lesquelles figurait l'écusson de la défenderesse en 1995 ne constituait pas une violation du droit d'auteur—Cependant, lorsque les demanderesse ont modifié leur déclaration en 1995 en y ajoutant une allégation de violation du droit d'auteur, INC, la défenderesse, était au courant de l'existence du droit d'auteur afférent au dessin d'écusson des demanderesse—Le droit de propriété des demanderesse sur le droit d'auteur n'est pas touché par le fait qu'elles n'ont présenté aucun élément de preuve au sujet de la création du dessin—Le dessin d'écusson figurant sur les ensembles shorts est similaire pour l'essentiel au dessin d'écusson visé par le droit d'auteur des demanderesse—INC a vendu ou distribué des copies de l'œuvre alors qu'elle aurait dû savoir que cette vente constituait une violation du droit d'auteur en question—Un droit d'auteur continue d'exister sur le dessin d'écusson des demanderesse qui est visé par le certificat d'enregistrement—Par conséquent, la défense de la défenderesse quant à l'allégation de violation du droit d'auteur et sa demande reconventionnelle visant à obtenir une ordonnance de radiation de l'enregistrement du droit en question des registres du Bureau du droit d'auteur sont rejetées—En résumé, les demandes des demanderesse sont accueillies en partie en ce qui a trait à leur allégation de commercialisation trompeuse—Leur allégation quant à la violation du droit d'auteur est admise dans le cas des ventes par INC d'ensembles shorts pour garçons en 1998—La demande des demanderesse en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que leurs deux marques de commerce en litige à l'égard de leur dessin d'écusson ont été contrefaites est accueillie—La Cour conclut également que le droit d'auteur sur ledit dessin, qui appartient à THLI et est enregistré au moyen du certificat n° 448012, daté du 29 novembre 1995, continue à exister—La demande reconventionnelle de la défenderesse en vue d'obtenir des ordonnances portant rejet de l'action des demanderesse et lui accordant les dépens avocat-client est rejetée—La demande d'injonction des demanderesse est accueillie—La demande de dommages-intérêts des demanderesse au titre du préjudice causé par la défenderesse est accueillie selon le montant que la Cour déterminera par une ordonnance supplémentaire—Les demanderesse ont droit à des intérêts avant jugement et après jugement—La demande des demanderesse en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à la défenderesse de leur remettre ou de détruire sous serment toutes les marchandises et le matériel connexe dont l'utilisation irait à l'encontre de leurs droits est rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 4, 7*b*), 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 22—Loi

MARQUES DE COMMERCE—Fin

sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 3), 34.1 (édicte, *idem*, art. 20).

TOMMY HILFIGER LICENSING INC. C. INTERNATIONAL CLOTHIERS INC. (T-2036-95, 2003 CF 1087, juge MacKay, ordonnance en date du 19-9-03, 35 p.)

PÊCHES

Appel d'une décision de la Section de première instance ((2003), 227 F.T.R. 96) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par les appelants (l'intimé a délivré un permis autorisant Heritage Salmon Limited à tuer des phoques à l'aide d'armes à feu dans le but de protéger le centre d'aquiculture de Birdwood Island) pour le motif que les appelants n'avaient pas qualité pour présenter la demande—Les parties conviennent que la question de la qualité pour agir n'est plus en cause et demandent à la Cour de se prononcer sur le fond de la demande—La seule question qui se pose est celle de savoir si le terme «pêche» implique obligatoirement l'existence de l'intention de «récolter, utiliser ou exploiter» les poissons pris, comme le prétendent les appelants—Le juge des requêtes a conclu que l'interprétation proposée par les appelants «pêche» exigeant l'intention de «récolter, utiliser ou exploiter» était incompatible avec l'interprétation retenue dans la jurisprudence, contraire à l'objet de la Loi sur les pêches et qu'elle n'était pas étayée par le libellé de la Loi—Il n'y a pas d'erreur dans l'analyse du juge des requêtes—Appel rejeté—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14.

TRIBUS KWICKSUTAINIENNE/ AH-KWA-MISH C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (A-82-03, 2003 CAF 484, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 18-12-03, 5p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**TAXATION**

Contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2003 DTC 235) renvoyant au MRN les cotisations d'impôt dont le défendeur avait fait l'objet pour que de nouvelles cotisations soient établies compte tenu du fait que la totalité du revenu tiré d'un emploi auprès du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) au cours des années d'imposition 1997 et 1998 était exemptée d'impôt conformément à l'art. 87(1) de la Loi sur les Indiens et à l'art. 81(1a) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le lieu où les services sont fournis n'est pas déterminant en ce qui concerne le *situs* du revenu, mais la Couronne a concédé que la décision de la C.C.I. était correcte pour ce qui est du pourcentage du revenu gagné par le défendeur lorsqu'il était physiquement présent dans des réserves dans l'exercice de son emploi—Seul le revenu

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

d'emploi gagné par le défendeur à l'égard du travail accompli en dehors de la réserve (au MAINC, à Hull (Québec)) entre en ligne de compte—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que ce revenu se rattachait suffisamment aux diverses réserves pour qu'il soit possible de conclure qu'il s'agit d'un bien meuble pour l'application de l'art. 87(1) de la Loi sur les Indiens—Le fait que le défendeur exerçait des fonctions dont bénéficiaient les réserves et que ces fonctions «faisaient partie intégrante de l'avenir des réserves» comme le juge de la Cour de l'impôt l'a conclu ne peut faire en sorte que le revenu est situé dans ces réserves—La nature avantageuse des services et la qualité réelle d'Indien du défendeur n'ont rien à voir avec la préservation des biens meubles du défendeur à titre d'Indien dans ces réserves—On ne saurait dire que l'imposition du revenu du défendeur porterait atteinte à son droit à titre d'Indien dans ces réserves étant donné qu'il n'existe aucun lien entre ce revenu en tant que tel et ces réserves en tant qu'unités économiques ou en tant que réalités physiques—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-6, art. 87(1)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), (5^e suppl.), ch. 1, art. 81(1a).

CANADA C. AKIWENZIE (A-163-03, 2003 CAF 469, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 8-12-03, 8 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

L'intimée dans le présent appel a présenté une requête demandant que l'appel des appelants soit rejeté au motif qu'il y a abus de procédure—La question de droit préliminaire tranchée par la juge Heneghan était chose jugée lorsque la juge Dawson a rendu sa décision sur l'action—En allant en procès alors que l'appel était en cours, l'appelante tentait d'obtenir un résultat plus favorable—Permettre la poursuite de l'appel constituerait un gaspillage de ressources judiciaires—La requête de l'intimée est accueillie et l'appel est rejeté en raison du fait qu'il y a abus de procédure.

MORIN C. CANADA (A-383-00, 2003 CAF 486, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 19-12-03, 5 p.)

CARACTÈRE THÉORIQUE

Appel interjeté à l'égard d'une ordonnance publiée à [2003] 1 C.F. 132 (déclaration portant que la méthode utilisée actuellement pour assurer la télédiffusion publique des débats parlementaires va à l'encontre de l'art. 25 de la Loi sur les langues officielles)—L'appelant a admis que l'appel était dépourvu d'intérêt pratique—Le caractère théorique d'un litige n'empêche pas absolument que l'appel soit jugé—La Cour doit quand même utiliser son pouvoir d'appréciation et peut décider de statuer sur un point théorique si les

PRATIQUE—Suite

circonstances le justifient—Aucune ordonnance utile ne pouvait être rendue dans un domaine où l'évolution technologique est omniprésente, si ce n'est avec la participation du CRTC et des entreprises de radiodiffusion—Appel rejeté en raison de son caractère théorique—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 25.

CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) C. QUIGLEY (A-399-02, 2003 CAF 465, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 3-12-03, 7 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Appel d'une décision d'un juge des requêtes ((2003), 24 C.P.R. (4th) 231) rejetant l'appel d'une décision d'un notaire (2002), 21 C.P.R. (4th) 86—Cette décision rejetait la requête de l'appelante visant à obliger les intimées à fournir des réponses à certaines questions auxquelles elles avaient refusé de répondre en interrogatoires préalables—La question est de savoir s'il est permis de passer outre aux règles usuelles sur l'interrogatoire préalable dans l'intérêt de la gestion de l'instance—L'appelante soutient que le juge des requêtes n'a pas appliqué aux questions débattues le principe établi et primordial de la pertinence comme critère permettant de décider si les intimées sont tenues de fournir des réponses dans un interrogatoire préalable—La décision du notaire était-elle fondée sur un mauvais principe?—La première considération est la pertinence—L'art. 385 des Règles de la Cour fédérale (1998) n'autorise pas un juge responsable de la gestion de l'instance ou un notaire, dans ses directives visant à «apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible», à refuser à une partie le droit conféré par la loi d'obtenir, dans un interrogatoire préalable, des réponses pertinentes à l'égard des questions soulevées dans les actes de procédure—Ce droit est expressément prévu à l'art. 240 des règles—Les termes généraux des règles 385(1)a) et 3 ne sont pas suffisants pour permettre de passer outre à ce droit—Le mot «juste» confirme que la justice ne doit pas être subordonnée au caractère expéditif de l'instance—Toute personne partie à une action civile a le droit de formuler en interrogatoire préalable toute question pertinente—Limiter la portée des questions par souci de célérité pourrait se révéler contre-productif dans certaines affaires—L'interrogatoire préalable a notamment pour objectifs de simplifier la preuve au procès et de restreindre les questions toujours en litige—Puisque ces deux objectifs répondent au critère de «célérité», c'est à tort qu'on suppose que l'exhaustivité de l'interrogatoire préalable fera toujours obstacle à la possibilité «d'apporter une solution au litige [. . .] la plus expéditive [. . .] possible»—En l'espèce, le notaire ne s'est pas penché sur les questions spécifiques

PRATIQUE—Suite

de pertinence—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 240, 385 (mod. par DORS/2002-417, art. 24).

MERCK & CO. INC. C. APOTEX INC. (A-112-03, (T-2792-96), 2003 CAF 438, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 20-11-03, 11 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Jugement sommaire

Requête en jugement sommaire déposée par le demandeur et requête incidente en jugement sommaire déposée par la défenderesse—Existe-il une véritable question à mettre en jugement?—En l'espèce, il n'y a aucune question de fait d'importance en litige—La présente affaire est appropriée pour un jugement sommaire—L'exigence de la défenderesse Honeywell que le demandeur s'inscrive au «Programme des agents intégrateurs autorisés des systèmes de régulation Honeywell» est-elle un préalable raisonnable pour que le demandeur obtienne des pièces de rechange Honeywell et qu'il soit agréé comme fournisseur de services Honeywell ou s'agit-il d'une violation de l'art. 45 de la Loi sur la concurrence, ou cela relève-t-il plutôt de l'art. 75?—Et les indications de la défenderesse Honeywell sur son site Internet constituent-elles une violation de l'art. 52?—En ce qui concerne l'art. 45, il n'y a ni complot ni arrangement attribuable à Honeywell: Honeywell a fait clairement savoir à tout le monde que seuls ses fournisseurs de services agréés obtiendront ses pièces de rechange et seront autorisés à entretenir ses équipements—Il ne s'agit pas là d'une question visée par l'«arrangement» prévu à l'art. 45—Cependant, la Loi prévoit des redressements qui imposeront au fournisseur d'un produit l'obligation de vendre ce produit à des personnes qui seront sensiblement gênées dans leur entreprise si le fournisseur du produit ne le fait pas—C'est la situation en l'espèce—La Cour conclut que l'obligation imposée par Honeywell n'est pas quelque chose qui, en vertu de l'art. 45, peut être qualifié de complot pour diminuer la concurrence—Et pour cette raison, la demande de jugement déclaratoire fondée sur l'art. 45 est rejetée—En ce qui a trait à la question du refus de vendre, la Cour conclut que la plainte du demandeur est correctement qualifiée de refus de vendre et que cette question relève de la compétence exclusive du Bureau de la concurrence et du Tribunal de la concurrence—Quant à la deuxième question relative aux indications trompeuses, le demandeur ne l'a pas plaidée activement mais c'était l'objet de la requête incidente en jugement sommaire présentée par la défenderesse—Après avoir examiné le site Internet, la Cour conclut qu'il n'est pas établi que les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important et cette partie de la demande doit également être rejetée—La

PRATIQUE—Suite

requête en jugement sommaire du demandeur est rejetée et la requête en jugement sommaire de la défenderesse est accueillie—Demande rejetée—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 45 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch.19, art. 30; S.C. 1991, ch. 45, art. 547; ch. 46, art. 590; ch. 47, art. 714), 52 (mod. par S.C. 1999, ch. 2, art. 12), 75 (mod. *idem*, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.1).

CHARETTE C. HONEYWELL LTD. (T-1480-02, 2003 CF 1051, juge Kelen, ordonnance en date du 9-9-03, 6 p.)

SUBPOENAS

Les demandeurs ont présenté une requête sollicitant la comparution du premier ministre et du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien à titre de témoins dans la présente instance—Dans la mesure où son témoignage est utile et recevable, le Premier ministre peut, comme tout autre citoyen canadien, être appelé à témoigner dans le cadre d'un litige—On doit autoriser les demandeurs à assigner le Premier

PRATIQUE—Fin

ministre à témoigner dans le présent litige parce qu'il pourrait être en mesure de fournir un témoignage utile et recevable—En ce qui concerne le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, la délivrance d'un subpoena ne serait pas utile en l'espèce—Le ministre actuel n'était pas ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien lorsque la présente déclaration a été initialement déposée—En conséquence, tous les faits pertinents ayant mené au litige, sinon la majorité d'entre eux, étaient connus avant que M. Robert Nault ne devienne ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien—Demande d'autorisation concernant la délivrance d'un subpoena au premier ministre Chrétien accueillie—Demande concernant la délivrance d'un subpoena au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien rejetée.

BANDE ET NATION INDIENNE DE SAMSON C. CANADA (T-2022-89, 2003 CF 1421, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 4-12-03, 8 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison, retourner à:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

Available from:

Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:

Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>