



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2017, Vol. 2, Part 1

2017, Vol. 2, 1^e fascicule

Cited as [2017] 2 F.C.R., $\left\{ \begin{array}{l} 3-164 \\ D-1-D-3 \end{array} \right.$

Renvoi [2017] 2 R.C.F., $\left\{ \begin{array}{l} 3-164 \\ F-1-F-3 \end{array} \right.$

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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 Canada.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2017.

Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

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 Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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 publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2017.

N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales ſont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques 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, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

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: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3-164
Digests	D-1-D-3

Anglehart v. Canada (F.C.) 74

Fisheries—Action by plaintiffs suing respondent for actions performed by Minister of Fisheries and Oceans (Minister), Fisheries and Oceans Canada officials (DFO) from 2003 to 2006, which allegedly reduced plaintiffs' individual quota (IQ) of snow crab by 35 percent—Plaintiffs members of traditional mid-shore fleet of crab fishers in Area 12 in Southern Gulf of St. Lawrence—Snow crab fishery regulated since 1975—Plaintiffs asking defendant be ordered to pay them, *inter alia*, compensation for loss of profits—Plaintiffs alleging three main causes of action: expropriation, unjust enrichment, misfeasance in public office by Minister, DFO officials—Issues: what was nature of plaintiffs' rights; whether plaintiffs having legitimate expectations; whether plaintiffs' causes of action should be allowed—When fishery went from being competitive fishery to being IQ fishery, Minister not granting plaintiffs actual quasi-property right in IQ assigned to each of them—Canada's fisheries common property resource—IQ policy not giving plaintiffs vested right to renew subject to predetermined conditions or vested right to predetermined quantity of fish—Minister having broadest discretion to issue fishing licences—Policies not immutable, not creating legitimate expectation—Regarding expropriation, plaintiffs not owning IQs assigned thereto by DFO policy—Other obstacles existing preventing plaintiffs from bringing expropriation action in present context—Thus, plaintiffs failing to establish expropriation—As to unjust enrichment, plaintiffs not establishing being impoverished, any enrichment on part of

Continued on next page

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

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 : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3-164
Fiches analytiques	F-1-F-3

Anglehart c. Canada (C.F.) 74

Pêches—Action intentée par les demandeurs qui poursuivent la défenderesse pour les gestes posés ou les actes commis par le ministre des Pêches et Océans (ministre) et par les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans (MPO), au cours des années 2003 à 2006, lesquels auraient eu comme conséquence de leur retirer une part de leur quota individuel (QI) de crabe des neiges qu'ils estiment à 35 p. 100—Les demandeurs sont des pêcheurs de crabe traditionnels de la zone semi-hauturière 12 située dans le Sud du golfe Saint-Laurent—La pêche commerciale au crabe des neiges est réglementée depuis 1975—Les demandeurs recherchaient contre la défenderesse une condamnation à leur verser une compensation pour la perte de profits subie—Les demandeurs ont invoqué trois causes d'action principales : l'expropriation, l'enrichissement sans cause, et la faute dans l'exercice d'une charge publique par le ministre et les fonctionnaires du MPO—Il s'agissait de savoir quelle était la nature des droits des demandeurs; s'il y avait des attentes légitimes de leur part; et si les causes d'action invoquées par les demandeurs devaient être accueillies—Au moment de passer d'une pêche compétitive à une pêche par QI, le ministre n'a pas accordé aux demandeurs un véritable droit de quasi-propriété dans le QI qui leur a été attribué—La ressource halieutique du Canada est une propriété commune—La politique de QI ne confère pas aux demandeurs un droit acquis au renouvellement à des conditions prédéterminées, ou dans une quantité prédéterminée de poissons—Le ministre détient un pouvoir discrétionnaire considérable relativement à la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

DFO—DFO simply reallocating snow crab resource or merely managing it or using resource to fund management activities—Tort of misfeasance in public office also examined—Despite unlawful nature of financing agreements concluded between DFO, certain fisheries associations, DFO's actions not causing plaintiffs any harm—However, plaintiffs' argument that DFO committed tort of misfeasance in public office by reducing 2003 TAC by 4 000 mt to force plaintiffs to pay DFO \$1.7 million to finance research activities accepted—Reduction without justification, attempts to find explanation *ex post facto*, Minister's reaction regarding questions media asking after 2003 fishing plan released satisfactorily showing that only reason Minister reducing TAC in 2003 was to force traditional crabbers to resume negotiations potentially leading to joint project agreement—In doing so, Minister acting in bad faith, particularly in context of all changes choosing to make to DFO policies that same year—Minister exercising discretion by relying on considerations irrelevant, capricious or foreign to purpose of statute—Therefore, Minister committing tort of misfeasance in public office causing injury to plaintiffs for which entitled to compensation—Action allowed in part.

Crown—Torts—Misfeasance in public office—Plaintiffs suing respondent for actions performed by Minister of Fisheries and Oceans (Minister), Fisheries and Oceans Canada officials (DFO) from 2003 to 2006 allegedly reducing plaintiffs' individual quota (IQ) of snow crab—Plaintiffs alleging three main causes of action: expropriation, unjust enrichment, misfeasance in public office by Minister, DFO officials—Regarding expropriation, plaintiffs not owning IQs assigned thereto by DFO policy—Other obstacles existing preventing plaintiffs from bringing expropriation action in present context—Thus,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

délivrance des permis de pêche—Une politique n'est pas immuable et n'a pas pour effet de créer des attentes légitimes—En ce qui a trait à l'expropriation, les demandeurs ne sont pas propriétaires des QI qui leur ont été attribués par une politique du MPO—Il existait un certain nombre d'obstacles additionnels qui empêchaient les demandeurs de faire valoir un recours en expropriation dans le présent contexte—Par conséquent, les demandeurs n'ont pas démontré qu'ils avaient un recours en expropriation—Quant à l'enrichissement sans cause, les demandeurs n'ont pas établi qu'ils ont été appauvris et qu'il y a eu enrichissement du MPO—Le MPO a simplement effectué une réallocation de la ressource du crabe des neiges ou n'a fait que la gérer, ou il a utilisé la ressource pour financer ses activités de gestion—La faute dans l'exercice d'une charge publique a également été examinée—Malgré le caractère illégitime des ententes de financement conclues entre le MPO, et certaines associations de pêcheurs, les gestes posés par le MPO n'ont causé aux demandeurs aucun dommage—Cependant, l'argument des demandeurs selon lequel le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique en réduisant le TPA de 2003 de 4 000 t.m. afin de forcer les demandeurs à lui verser une somme de 1,7 million \$ pour financer ses activités de recherche a été accepté—Cette réduction sans justification, ces tentatives de trouver une explication *ex post facto* et la réaction du ministre face aux questions que lui ont posées les journalistes après l'émission du plan de pêche 2003 ont convaincu la Cour que la seule raison pour laquelle le ministre a réduit le TPA en 2003 était pour forcer les crabiers traditionnels à reprendre les négociations devant mener à une entente de projet conjoint—Ce faisant, le ministre a agi de mauvaise foi, particulièrement dans le contexte de l'ensemble des changements qu'il a choisis d'apporter aux politiques du MPO cette même année—La discrétion du ministre a été exercée en se fondant sur des considérations non pertinentes, capricieuses et étrangères à l'objet de la loi—Par conséquent, le ministre a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils étaient en droit d'être indemnisés—Action accueillie en partie.

Couronne—Responsabilité délictuelle—Faute dans l'exercice d'une charge publique—Les demandeurs poursuivent la défenderesse pour les gestes posés ou les actes commis par le ministre des Pêches et Océans (Ministre) et par les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans (MPO), au cours des années 2003 à 2006, lesquels auraient eu comme conséquence de leur retirer une part de leur quota individuel (QI) de crabe des neiges—Les demandeurs ont invoqué trois causes d'action principales : l'expropriation, l'enrichissement sans cause, et la faute dans l'exercice d'une charge publique par le ministre et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

plaintiffs failing to establish expropriation—As to unjust enrichment, plaintiffs not establishing being impoverished, any enrichment on part of DFO—DFO simply reallocating snow crab resource or merely managing it or using resource to fund management activities—However, plaintiffs' argument DFO committing tort of misfeasance in public office by reducing 2003 TAC by 4 000 mt to force plaintiffs to pay DFO \$1.7 million to finance research activities accepted—Reduction without justification, attempts to find explanation *ex post facto*, Minister's reaction regarding questions media asking after 2003 fishing plan released satisfactorily showing that only reason Minister reducing TAC in 2003 was to force traditional crabbers to resume negotiations potentially leading to joint project agreement—In doing so, Minister acting in bad faith, particularly in context of all changes choosing to make to DFO policies that same year—Minister exercising discretion by relying on considerations irrelevant, capricious or foreign to purpose of statute—Therefore, Minister committing tort of misfeasance in public office causing injury to plaintiffs for which entitled to compensation.

Canada (Attorney General) v. Almalki (F.C.A.) . . . 44

Security Intelligence—Disclosure of information—Human sources—Appeal from Federal Court decision concluding that application of *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), s. 18.1 in particular circumstances herein invalid—Respondents suing for damages arising from alleged breach of their rights, freedoms under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—Appellant refusing to identify covert human sources of CSIS—Commencing application (DES-1-11) under *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38 relating to respondents' request for disclosure of all relevant documents—New CSIS Act, s. 18.1, giving new statutory class privilege to human sources—Federal Court concluding, *inter alia*, application of s. 18.1 to human source that provided information before date of enactment having retrospective effect, respondents having vested right to disclosure at time s. 18.1 brought into force—Whether s. 18.1 intended to be applied retrospectively or

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les fonctionnaires du MPO—En ce qui a trait à l'expropriation, les demandeurs ne sont pas propriétaires des QI qui leur ont été attribués par une politique du MPO—Il existait un certain nombre d'obstacles additionnels qui empêchaient les demandeurs de faire valoir un recours en expropriation dans le présent contexte—Par conséquent, les demandeurs n'ont pas démontré qu'ils avaient un recours en expropriation—Quant à l'enrichissement sans cause, les demandeurs n'ont pas établi qu'ils ont été appauvris et qu'il y a eu enrichissement du MPO—Le MPO a simplement effectué une réallocation de la ressource du crabe des neiges ou n'a fait que la gérer, ou a utilisé la ressource pour financer ses activités de gestion—Cependant, l'argument des demandeurs selon lequel le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique en réduisant le TPA de 2003 de 4 000 t.m. afin de forcer les demandeurs à lui verser une somme de 1,7 million \$ pour financer ses activités de recherche a été accepté—Cette réduction sans justification, ces tentatives de trouver une explication *ex post facto* et la réaction du ministre face aux questions que lui ont posées les journalistes après l'émission du plan de pêche 2003 ont convaincu la Cour que la seule raison pour laquelle le ministre a réduit le TPA en 2003 était pour forcer les crabiers traditionnels à reprendre les négociations devant mener à une entente de projet conjoint—Ce faisant, le ministre a agi de mauvaise foi, particulièrement dans le contexte de l'ensemble des changements qu'il a choisi d'apporter aux politiques du MPO cette même année—La discrétion du ministre a été exercée en se fondant sur des considérations non pertinentes, capricieuses et étrangères à l'objet de la loi—Par conséquent, le ministre a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils étaient en droit d'être indemnisés.

Canada (Procureur général) c. Almalki (C.A.F.) . . 44

Renseignement de sécurité—Communication de renseignements—Sources humaines—Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ayant conclu que l'application de l'art. 18.1 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi sur le SCRS) dans les circonstances particulières de l'espèce était invalide—Les intimés ont intenté une poursuite en dommages-intérêts découlant de la violation alléguée des droits et libertés que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*—L'appellant a refusé d'identifier les sources humaines secrètes du SCRS—Il a introduit une demande (DES-1-11) en vertu de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC) relative à la demande de communication de tous les documents pertinents faite par les intimés—Le nouvel art. 18.1 de la Loi sur le SCRS a créé un nouveau privilège générique pour les sources humaines—La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'application de l'art. 18.1 aux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

prospectively; whether presumption against interference with vested rights rebutted—S. 18.1 applicable to CEA, s. 38 proceeding in DES-1-11—S. 18.1 not intended to have retroactive effect, not merely procedural rule of evidence—Creating substantive right in favour of human sources, exception to right of public “to every person’s evidence”—Trumping public interest in disclosure of all evidence by taking it out of Federal Court jurisdiction under CEA, s. 38—This interpretation consistent with legislator’s intent to protect human sources, encourage individuals to provide information to CSIS—Once individual meeting criteria set out in CSIS Act, s. 2, that individual considered a source, keeping that status on ongoing basis—New provisions meant to apply to ongoing situation, i.e. status as human source; presumption against retrospective application of statutory provisions under review not in play—Presumption against interference with vested rights rebutted herein—S. 18.1 filling perceived gap in common law privilege, giving greater protection to CSIS’s human sources—Amendments not redundant—Legislator balancing relevant factors, finding public interest in non-disclosure of information trumping all other rights, subject to CSIS Act, s. 18.1(4)(b)—Legislator intending to protect disclosure of information described in s. 18.1 in all proceedings—Impossible to conclude that Parliament intending to leave possibility of disclosure open—Interference with rights under review not arbitrary, unfair—Appeal allowed.

Kruger Incorporated v. Canada (F.C.A.) 3

Income Tax—Income Calculation—Corporations—Foreign currency option contracts—Mark to market valuation—Appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions allowing in part appellant’s appeal against reassessment with respect to 1998 taxation year; awarding costs in favour of respondent—Appellant purchasing, selling foreign currency option contracts—Using mark to market accounting for foreign exchange operations—Recording loss at close of 1998 taxation year—Appellant using mark to market valuation,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sources humaines qui ont fourni des informations avant la date d’adoption du texte législatif donnerait un effet rétrospectif à ce texte et que les intimés avaient un droit acquis au régime de communication établi au moment où l’art. 18.1 est entré en vigueur—Il s’agissait de savoir si l’art. 18.1 devait s’appliquer rétrospectivement ou prospectivement et si la présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée—L’art. 18.1 s’appliquait à l’instance soulevant l’application de l’art. 38 de la LPC dans le dossier DES-1-11—L’art. 18.1 n’est pas destiné à avoir un effet rétroactif et ne prévoit pas une règle de preuve de nature procédurale—L’art. 18.1 confère un droit substantiel aux sources humaines ainsi qu’une exception au droit du public à la « preuve émanant de toutes les sources »—L’art. 18.1 l’emporte sur l’intérêt public à la communication de toute la preuve en soustrayant cette dernière à la compétence que l’art. 38 de la LPC confère à la Cour fédérale—Cette interprétation cadre avec le choix du législateur qui est de protéger les sources humaines et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au SCRS—Dès lors qu’une personne physique répond aux critères énoncés à l’art. 2 de la Loi sur le SCRS, elle constitue une source et elle conserve ce statut de manière continue—Les nouvelles dispositions sont destinées à s’appliquer à une situation en cours, à savoir le statut de source humaine; la présomption de non-rétrospectivité des dispositions législatives en cause n’était pas en jeu—La présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée en l’espèce—L’art. 18.1 comble une lacune apparente en ce qui a trait au privilège de common law et accorde une plus grande protection aux sources humaines du SCRS—Le législateur a soupesé tous les facteurs pertinents et a jugé que l’intérêt public dans la non-communication de ce type précis et plutôt limité d’informations doit l’emporter sur tous les autres droits, sous réserve de l’art. 18.1(4)(b) de la Loi sur le SCRS—Le législateur avait l’intention d’interdire la communication des informations indiquées à l’article 18.1 dans toutes les instances—Il est impossible de conclure que le législateur avait l’intention de ménager la possibilité d’une communication—L’atteinte aux droits en cause n’était ni arbitraire ni injuste—Appel accueilli.

Kruger Incorporée c. Canada (C.A.F.) 3

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Sociétés—Contrats d’options sur devises—Évaluation à la valeur du marché—Appels interjetés à l’encontre de décisions de la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) ayant accueilli en partie l’appel formé par l’appelante contre une nouvelle cotisation délivrée à l’égard de l’année d’imposition 1998; et accordant les dépens à l’appelante—L’appelante achète et vend des contrats d’options sur devises—Elle utilise la méthode de comptabilité d’évaluation à la valeur du marché pour les opérations sur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

deducting as a loss difference between value of contracts at inception, value at year end—Also deferring, amortizing premiums paid, received over term to maturity—Minister of National Revenue denying claimed loss, taking view that appellant having to record income in conformity with principle of realization—T.C.C. finding that except for *Income Tax Act*, ss. 142.2–142.5, *Income Tax Regulations*, s. 1801, no legislative provision authorizing use of mark to market valuation—Holding, *inter alia*, that foreign exchange option contracts having to be valued at their historical costs—As to appellant’s alternative contention foreign exchange option contracts inventory that could be valued at cost, fair market value or strict fair market value, quoting definition of “inventory” in Act, s. 248(1), noting no requirement that qualifying property be held for sale—Finding foreign exchange option contracts qualifying as inventory, could be valued on mark to market basis—Reaching opposite conclusion with respect to contracts written by appellant—Main issues herein whether appellant authorized under Act to use mark to market accounting; whether all appellant’s foreign exchange options qualifying as inventory, recorded loss having to be recognized pursuant to Act, s. 10(1), Regulations, s. 1801—No basis to reject appellant’s use of mark to market accounting in computing income from dealings in foreign exchange options—T.C.C.’s treatment of realization principle as overarching principle running counter to decisions of Supreme Court of Canada in *Canderel Ltd. v. Canada, Ikea Ltd. v. Canada*—Realization principle may give way to other methods of computing income—Supreme Court in *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue* contradicting T.C.C.’s holding that realization overarching principle applying in absence of provision authorizing or requiring application of different method—No basis to hold mark to market accounting not providing accurate picture of appellant’s income—Appellant making *prima facie* demonstration thereof—Foreign exchange options purchased by appellant not qualifying as inventory as not held for sale—Condition that qualifying property be “held for sale” must be read into definition of “inventory” in Act, s. 248(1) when regard is had to S.C.C. decision in *Friesen v. Canada*—“Inventory” therein applying to property held for sale both in year of sale, in years where property remaining unsold—Parliament leaving meaning of “inventory”, as construed in *Friesen*, untouched in amended Act—Appellant’s purchased foreign exchange options type of property not qualifying as inventory or capital property—Written options escaping all three labels—Yet, evolving value of both instruments relevant in determining appellant’s income—While Act premised on existence of two broad classes of property, imposing no limit on types of property or liabilities that can impact computation of income since goal pursuant to Act, s. 9 is to provide

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

devises—L’appelante a enregistré une perte à la clôture de son année d’imposition 1998—L’appelante a utilisé l’évaluation à la valeur du marché et a déduit comme perte la différence entre la valeur des contrats à l’acquisition et leur valeur à la clôture de l’exercice—Elle a également étalé et amorti les primes payées et reçues sur la durée de vie des options en cause—Le ministre du Revenu national a refusé la déduction de la perte déclarée, posant que l’appelante était tenue de comptabiliser son revenu suivant le principe de réalisation—La C.C.I. a fait observer que, exception faite des art. 142.2 à 142.5 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et de l’art. 1801 du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, aucune disposition législative n’autorise l’utilisation de la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché—La C.C.I. a conclu, entre autres, que l’appelante devait évaluer ses contrats d’options sur devises à leur coût d’origine—Quant au moyen subsidiaire de l’appelante selon lequel ses contrats d’options sur devises étaient des biens figurant à l’inventaire, de sorte qu’elle avait le droit de les évaluer à leur coût d’acquisition et leur juste valeur marchande, ou strictement à leur juste valeur marchande, citant la définition que l’art. 248(1) de la Loi donne du terme « inventaire », la C.C.I. a fait remarquer qu’il n’est pas nécessaire qu’un bien soit détenu en vue d’être vendu pour qu’on le considère comme figurant à l’inventaire—La C.C.I. a conclu que les contrats d’options sur devises achetés par l’appelante pouvaient être considérés comme des biens figurant à l’inventaire et être évalués à la valeur du marché—Elle est arrivée à la conclusion contraire en ce qui concerne les contrats vendus par l’appelante—En l’espèce, il s’agissait principalement de savoir si la Loi autorisait l’appelante à utiliser la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché et si toutes les options de l’appelante peuvent être considérées comme des biens figurant à l’inventaire et que, par conséquent, la perte enregistrée peut être constatée sous le régime de l’art. 10(1) de la Loi et de l’art. 1801 du Règlement—La C.C.I. n’était pas fondée à rejeter l’utilisation par l’appelante de la méthode d’évaluation à la valeur du marché pour calculer son revenu tiré de la négociation d’options sur devises—Le fait que la C.C.I. a assimilé le principe de réalisation à un principe d’application générale va à l’encontre des arrêts de la Cour suprême *Canderel Ltd. c. Canada* et *Ikea Ltd. c. Canada*—On peut remplacer le principe de réalisation par d’autres méthodes de calcul du revenu—La Cour suprême dans l’arrêt *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue* contredit la conclusion de la C.C.I. voulant que le principe de réalisation soit un principe d’application générale, sauf disposition autorisant ou exigeant le recours à une méthode différente—Rien ne justifie de conclure que la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché ne donne pas une image fidèle du revenu de l’appelante sous le régime de la Loi—L’appelante a établi

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

accurate picture of income—Reassessment referred back to Minister for reconsideration—Appeals allowed.

SOMMAIRE (Fin)

prima facie que cette méthode donne une image fidèle de son revenu—Les options sur devises achetées par l'appelante ne peuvent être considérées comme des biens figurant à l'inventaire, au motif qu'elle ne les détenait pas en vue de les vendre—Il faut tenir pour implicite à la définition d'« inventaire » de l'art. 248(1) de la Loi la condition voulant que les biens, pour être considérés comme figurant à l'inventaire, doivent être « détenus en vue d'être vendus » vu l'arrêt de la Cour suprême *Friesen c. Canada*—Le terme « inventaire » s'applique aux biens détenus en vue d'être vendus autant durant l'année de la vente que durant les années au cours desquelles le bien n'a pas encore été vendu par l'entreprise—Le législateur a laissé intacte la définition du terme « inventaire », telle qu'interprétée par l'arrêt *Friesen*—Les options sur devises achetées de l'appelante sont des biens qui n'appartiennent ni à la catégorie des biens en immobilisation ni à celle des biens figurant à l'inventaire—Les options vendues ne peuvent recevoir aucune de ces trois désignations—Pourtant, la valeur variable des deux instruments financiers influe sur le calcul du revenu de l'appelante—Bien que la Loi se fonde sur l'existence de deux grandes catégories de biens, elle ne limite pas les types ou sortes de biens, ou même d'éléments de passif, susceptibles d'influer sur le calcul du revenu puisque l'objectif selon l'art. 9 de la Loi est de procurer une image fidèle de ce revenu—La nouvelle cotisation a été renvoyée au ministre pour réexamen—Appels accueillis.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Almacén v. Canada, A-108-16, 2016 FCA 296, Webb J.A., judgment dated November 22, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 13, 2017.

Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc., A-330-15, 2016 FCA 267, Pelletier J.A., judgment dated November 4, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 27, 2017.

Canada (Citizenship and Immigration) v. R. K., A-549-15, 2016 FCA 272, Dawson J.A., judgment dated November 9, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 27, 2017.

Committee for Monetary and Economic Reform v. Canada, A-76-16, 2016 FCA 312, Rennie J.A., judgment dated December 7, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused May 4, 2017.

Domaines Pinnacle Inc. v. Constellation Brands Inc., A-449-15, 2016 FCA 302, Trudel J.A., judgment dated November 28, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 27, 2017.

El-Helou v. Canada (Courts Administration Service), A-289-15, 2016 FCA 273, Noël C.J., judgment dated November 10, 2016, leave to appeal to S.C.C. and leave to cross-appeal to S.C.C. refused April 13, 2017.

Humby v. Canada, A-419-13, 2015 FCA 266, Near J.A., judgment dated November 26, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused April 20, 2017.

Muller v. Canada (National Revenue), A-179-15, 2016 FCA 260, Nadon J.A., judgment dated October 24, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 6, 2017.

Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company, A-379-14, 2016 FCA 216, de Montigny J.A., judgment dated September 6, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 20, 2017.

TPG Technology Consulting Ltd. v. Canada, A-485-14, A-25-15, 2016 FCA 279, Gleason J.A., judgment dated November 14, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 20, 2017.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Almacén c. Canada, A-108-16, 2016 CAF 296, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 22 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 avril 2017.

Apotex Inc. c. Eli Lilly Canada Inc., A-330-15, 2016 CAF 267, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 4 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 avril 2017.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. R. K., A-549-15, 2016 CAF 272, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 9 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 avril 2017.

Committee for Monetary and Economic Reform c. Canada, A-76-16, 2016 CAF 312, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 7 décembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 mai 2017.

Domaines Pinnacle Inc. c. Constellation Brands Inc., A-449-15, 2016 CAF 302, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 28 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 avril 2017.

El-Helou c. Canada (Service administratif des tribunaux judiciaires), A-289-15, 2016 CAF 273, le juge en chef Noël, jugement en date du 10 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. et autorisation de pourvoi incident à la C.S.C. refusées le 13 avril 2017.

Humby c. Canada, A-419-13, 2015 CAF 266, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 26 novembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 avril 2017.

Muller c. Canada (Revenu national), A-179-15, 2016 CAF 260, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 24 octobre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 avril 2017.

Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company, A-379-14, 2016 CAF 216, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 6 septembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 avril 2017.

TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada, A-485-14, A-25-15, 2016 CAF 279, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 14 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 avril 2017.

Teti v. Canada (Attorney General), A-481-14, 2016 FCA 82, Stratas J.A., judgment dated March 14, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 13, 2017.

Transport Desgagnés inc. v. Canada (Attorney General), A-553-15, 2016 FCA 289, Gauthier, Trudel and Scott J.J.A., judgment dated November 18, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 6, 2017.

Winmill v. Canada (Justice), A-392-15, 2016 FCA 250, Stratas J.A., judgment dated October 13, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused April 13, 2017.

Teti c. Canada (Procureur général), A-481-14, 2016 CAF 82, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 14 mars 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 avril 2017.

Transport Desgagnés inc. c. Canada (Procureur général), A-553-15, 2016 CAF 289, les juges Gauthier, Trudel et Scott, J.C.A., jugement en date du 18 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 avril 2017.

Winmill c. Canada (Justice), A-392-15, 2016 CAF 250, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 13 octobre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 avril 2017.

**Federal Courts
Reports**

2017, Vol. 2, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2017, Vol. 2, 1^{er} fascicule

A-296-15
A-195-16
2016 FCA 186

A-296-15
A-195-16
2016 CAF 186

Kruger Incorporated (*Appellant*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

INDEXED AS: KRUGER INCORPORATED v. CANADA

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Scott and de Montigny J.J.A.—Montréal, April 13; Ottawa, June 22, 2016.

Income Tax — Income Calculation — Corporations — Foreign currency option contracts — Mark to market valuation — Appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions allowing in part appellant's appeal against reassessment with respect to 1998 taxation year; awarding costs in favour of respondent — Appellant purchasing, selling foreign currency option contracts — Using mark to market accounting for foreign exchange operations — Recording loss at close of 1998 taxation year — Appellant using mark to market valuation, deducting as a loss difference between value of contracts at inception, value at year end — Also deferring, amortizing premiums paid, received over term to maturity — Minister of National Revenue denying claimed loss, taking view that appellant having to record income in conformity with principle of realization — T.C.C. finding that except for Income Tax Act, ss. 142.2–142.5, Income Tax Regulations, s. 1801, no legislative provision authorizing use of mark to market valuation — Holding, inter alia, that foreign exchange option contracts having to be valued at their historical costs — As to appellant's alternative contention foreign exchange option contracts inventory that could be valued at cost, fair market value or strict fair market value, quoting definition of "inventory" in Act, s. 248(1), noting no requirement that qualifying property be held for sale — Finding foreign exchange option contracts qualifying as inventory, could be valued on mark to market basis — Reaching opposite conclusion with respect to contracts written by appellant — Main issues herein whether appellant authorized under Act to use mark to market accounting; whether all appellant's foreign exchange options qualifying as inventory, recorded loss having to be recognized pursuant to Act, s. 10(1), Regulations, s. 1801 — No basis to reject appellant's use of mark to market accounting in computing income from dealings in foreign exchange options — T.C.C.'s treatment of realization principle as overarching principle running counter to decisions of Supreme Court of Canada in Canderel Ltd. v. Canada, Ikea Ltd. v. Canada — Realization principle may give way to other methods of

Kruger Incorporée (*appelante*)

c.

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

RÉPERTORIÉ : KRUGER INCORPORÉE c. CANADA

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël et juges Scott et de Montigny, J.C.A.—Montréal, 13 avril; Ottawa, 22 juin 2016.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Sociétés — Contrats d'options sur devises — Évaluation à la valeur du marché — Appels interjetés à l'encontre de décisions de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) ayant accueilli en partie l'appel formé par l'appelante contre une nouvelle cotisation délivrée à l'égard de l'année d'imposition 1998; et accordant les dépens à l'appelante — L'appelante achète et vend des contrats d'options sur devises — Elle utilise la méthode de comptabilité d'évaluation à la valeur du marché pour les opérations sur devises — L'appelante a enregistré une perte à la clôture de son année d'imposition 1998 — L'appelante a utilisé l'évaluation à la valeur du marché et a déduit comme perte la différence entre la valeur des contrats à l'acquisition et leur valeur à la clôture de l'exercice — Elle a également étalé et amorti les primes payées et reçues sur la durée de vie des options en cause — Le ministre du Revenu national a refusé la déduction de la perte déclarée, posant que l'appelante était tenue de comptabiliser son revenu suivant le principe de réalisation — La C.C.I. a fait observer que, exception faite des art. 142.2 à 142.5 de la Loi de l'impôt sur le revenu et de l'art. 1801 du Règlement de l'impôt sur le revenu, aucune disposition législative n'autorise l'utilisation de la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché — La C.C.I. a conclu, entre autres, que l'appelante devait évaluer ses contrats d'options sur devises à leur coût d'origine — Quant au moyen subsidiaire de l'appelante selon lequel ses contrats d'options sur devises étaient des biens figurant à l'inventaire, de sorte qu'elle avait le droit de les évaluer à leur coût d'acquisition et leur juste valeur marchande, ou strictement à leur juste valeur marchande, citant la définition que l'art. 248(1) de la Loi donne du terme « inventaire », la C.C.I. a fait remarquer qu'il n'est pas nécessaire qu'un bien soit détenu en vue d'être vendu pour qu'on le considère comme figurant à l'inventaire — La C.C.I. a conclu que les contrats d'options sur devises achetés par l'appelante pouvaient être considérés comme des biens figurant à l'inventaire et être évalués à la valeur du marché — Elle est arrivée à la conclusion contraire en ce qui concerne

computing income — Supreme Court in Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue contradicting T.C.C.'s holding that realization overarching principle applying in absence of provision authorizing or requiring application of different method — No basis to hold mark to market accounting not providing accurate picture of appellant's income — Appellant making prima facie demonstration thereof — Foreign exchange options purchased by appellant not qualifying as inventory as not held for sale — Condition that qualifying property be "held for sale" must be read into definition of "inventory" in Act, s. 248(1) when regard is had to S.C.C. decision in Friesen v. Canada — "Inventory" therein applying to property held for sale both in year of sale, in years where property remaining unsold — Parliament leaving meaning of "inventory", as construed in Friesen, untouched in amended Act — Appellant's purchased foreign exchange options type of property not qualifying as inventory or capital property — Written options escaping all three labels — Yet, evolving value of both instruments relevant in determining appellant's income — While Act premised on existence of two broad classes of property, imposing no limit on types of property or liabilities that can impact computation of income since goal pursuant to Act, s. 9 is to provide accurate picture of income — Reassessment referred back to Minister for reconsideration — Appeals allowed.

les contrats vendus par l'appelante — En l'espèce, il s'agissait principalement de savoir si la Loi autorisait l'appelante à utiliser la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché et si toutes les options de l'appelante peuvent être considérées comme des biens figurant à l'inventaire et que, par conséquent, la perte enregistrée peut être constatée sous le régime de l'art. 10(1) de la Loi et de l'art. 1801 du Règlement — La C.C.I. n'était pas fondée à rejeter l'utilisation par l'appelante de la méthode d'évaluation à la valeur du marché pour calculer son revenu tiré de la négociation d'options sur devises — Le fait que la C.C.I. a assimilé le principe de réalisation à un principe d'application générale va à l'encontre des arrêts de la Cour suprême Canderel Ltd. c. Canada et Ikea Ltd. c. Canada — On peut remplacer le principe de réalisation par d'autres méthodes de calcul du revenu — La Cour suprême dans l'arrêt Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue contredit la conclusion de la C.C.I. voulant que le principe de réalisation soit un principe d'application générale, sauf disposition autorisant ou exigeant le recours à une méthode différente — Rien ne justifie de conclure que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché ne donne pas une image fidèle du revenu de l'appelante sous le régime de la Loi — L'appelante a établi prima facie que cette méthode donne une image fidèle de son revenu — Les options sur devises achetées par l'appelante ne peuvent être considérées comme des biens figurant à l'inventaire, au motif qu'elle ne les détenait pas en vue de les vendre — Il faut tenir pour implicite à la définition d'« inventaire » de l'art. 248(1) de la Loi la condition voulant que les biens, pour être considérés comme figurant à l'inventaire, doivent être « détenus en vue d'être vendus » vu l'arrêt de la Cour suprême Friesen c. Canada — Le terme « inventaire » s'applique aux biens détenus en vue d'être vendus autant durant l'année de la vente que durant les années au cours desquelles le bien n'a pas encore été vendu par l'entreprise — Le législateur a laissé intacte la définition du terme « inventaire », telle qu'interprétée par l'arrêt Friesen — Les options sur devises achetées de l'appelante sont des biens qui n'appartiennent ni à la catégorie des biens en immobilisation ni à celle des biens figurant à l'inventaire — Les options vendues ne peuvent recevoir aucune de ces trois désignations — Pourtant, la valeur variable des deux instruments financiers influe sur le calcul du revenu de l'appelante — Bien que la Loi se fonde sur l'existence de deux grandes catégories de biens, elle ne limite pas les types ou sortes de biens, ou même d'éléments de passif, susceptibles d'influer sur le calcul du revenu puisque l'objectif selon l'art. 9 de la Loi est de procurer une image fidèle de ce revenu — La nouvelle cotisation a été renvoyée au ministre pour réexamen — Appels accueillis.

These were consolidated appeals from decisions of the Tax Court of Canada (T.C.C.) allowing in part the appellant's earlier appeal against a reassessment issued by the Minister of National Revenue (Minister) with respect to its 1998 taxation year; and awarding costs in favour of the respondent in the

Il s'agissait d'appels réunis interjetés à l'encontre de décisions de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) qui ont accueilli en partie l'appel antérieurement formé par l'appelante contre une nouvelle cotisation délivrée par le ministre du Revenu national (le ministre) à l'égard de l'année

course of a separate judgment rendered six months after the decision on the merits.

The appellant, a manufacturer of newsprint and other paper products, began, in the 1980's, to purchase and sell foreign currency option contracts. Starting in 1997, the appellant began to account for its foreign exchange operations using mark to market accounting for financial reporting purposes. The appellant recorded a loss at the close of its 1998 taxation year due to the high number of contracts that it held at that time and the historical dip which the Canadian dollar took in relation to the U.S. dollar in the course of that year. Mark to market accounting is an accrual method of accounting whereby both the writer and the purchaser value the option at market as at balance sheet date—in this case December 31, 1998—and recognize any change in the market value as a gain or loss for the period. For that purpose, the premium reflects the value of the option at inception, positive in the case of the purchaser and negative for the writer. The appellant closed “very few” positions prior to maturity in 1998 and rolled over its options to 1999 in the expectation that the Canadian dollar would firm up in the short term, which it did. For the purpose of computing income from its foreign exchange option operations for the year in issue, the appellant marked to market the value of each contract to which it was a party at year end and deducted as a loss the difference between their value at inception based on the above computation and their value at year end. In addition, the appellant “deferred and amortized” the premiums paid and received over the term to maturity of the related option. The Minister denied the claimed loss, taking the view that the appellant could not use the mark to market method of accounting, but had to record income in conformity with the principle of realization, according to which the premium is taken into account only when the option expires or is transferred. The Minister removed from income the premiums that the appellant had included.

The T.C.C. found that, with the exception of sections 142.2 to 142.5 of the *Income Tax Act* and section 1801 of the *Income Tax Regulations*, no legislative provision authorizes the use of mark to market valuation. The T.C.C. held, *inter alia*, that absent a statutory provision authorizing the appellant to depart from the realization principle, the foreign exchange option contracts had to be valued at their historical costs, so that no loss of profit could be recognized from dealing in these contracts until they were actually disposed of or expired. As to the appellant's alternative contention that its foreign exchange option contracts were inventory and that it was therefore entitled to value these contracts at year end at the lower of

d'imposition 1998 et qui a accordé des dépens à l'appelante séparément de la décision sur le fond et quelque six mois après celle-ci.

L'appelante, un fabricant de papier journal et autres papiers a commencé au cours des années 1980 à acheter et à vendre des contrats d'options sur devises. L'appelante a commencé en 1997 à comptabiliser ses opérations sur devises suivant la méthode d'évaluation à la valeur du marché aux fins de la présentation de ses états financiers. L'appelante a enregistré une perte à la clôture de son année d'imposition 1998 en raison du nombre élevé de contrats qu'elle détenait à ce moment et de la dévaluation historique subie par le dollar canadien par rapport au dollar américain au cours de cette année. La comptabilité d'évaluation à la valeur du marché est une forme de comptabilité d'exercice selon laquelle le vendeur aussi bien que l'acheteur de l'option évaluent celle-ci à la valeur du marché à la date du bilan — qui était en l'occurrence le 31 décembre 1998 — et constatent toute variation de la valeur de marché comme gain ou comme perte pour l'exercice. À cette fin, c'est le montant de la prime qui représente la valeur de l'option au moment de l'acquisition, valeur positive dans le cas de l'acheteur et négative dans le cas du vendeur. L'appelante a décidé de ne fermer que « très peu » de positions avant l'échéance en 1998 et de « reconduire » ses options sur 1999 dans l'espoir que le dollar canadien s'affermirait à brève échéance, ce qu'il a fait. Aux fins du calcul du revenu tiré de ses opérations sur devises pour l'année d'imposition considérée, l'appelante a comptabilisé à la valeur du marché chacun des contrats auxquels elle était partie à la fin de l'année, et elle a déduit comme perte la différence entre leur valeur à l'acquisition et leur valeur à la clôture de l'exercice. En outre, l'appelante a « étalé et amorti » les primes payées et reçues sur la durée de vie des options en cause. Le ministre a refusé la déduction de la perte déclarée, posant qu'il n'était pas permis à l'appelante d'appliquer la méthode comptable d'évaluation à la valeur du marché, et qu'elle était tenue de comptabiliser son revenu suivant le principe de réalisation, selon lequel la prime n'est prise en compte qu'au moment de l'échéance ou du transfert de l'option. Le ministre a retranché du revenu de l'appelante les primes que celle-ci y avait incluses.

La C.C.I. a conclu que, exception faite des articles 142.2 à 142.5 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de l'art. 1801 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, aucune disposition législative n'autorise l'utilisation de la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché. La C.C.I. a entre autres conclu que, vu l'absence de dispositions législatives qui auraient autorisé l'appelante à s'écarter du principe de réalisation, il lui fallait évaluer ses contrats d'options sur devises à leur coût d'origine, de sorte qu'elle ne pouvait constater ni perte ni bénéfice découlant de la négociation de ces contrats avant leur disposition ou leur échéance effectives. Quant au moyen subsidiaire de l'appelante selon lequel ses contrats d'options sur devises

cost or fair market value or on a strict fair market value, the T.C.C. quoted the definition of “inventory” in subsection 248(1) of the Act and noted that there is no requirement that qualifying property be held for sale. The T.C.C. found that the foreign exchange option contracts qualified as inventory as they constituted “property” within the meaning of the definition found in subsection 248(1). The T.C.C. reached the opposite conclusion with respect to the contracts written by the appellant, as they only embodied liabilities. The T.C.C. therefore held that the purchased foreign exchange contracts were inventory (and could be valued on a mark to market basis), but that the written contracts were not. The Minister accepted the appellant’s values based on the advice that “the best estimate of the fair market value of the inventory of foreign currency option contracts owned by [the appellant] as of December 31, 1998 is the mark to market value determined by the financial institutions which were the counterparties to the contracts”. The T.C.C. relied on this evidence to hold that the Crown was entitled to a measure of costs notwithstanding that the appeal was allowed in 2016 TCC 14 in support of the cost award in file A-195-16.

The main issues were whether the appellant was authorized under the Act to use mark to market accounting or whether it was bound to apply the principle of realization; and whether all its foreign exchange options qualify as inventory and that the recorded loss must, on that account, be recognized pursuant to subsection 10(1) of the Act and section 1801 of the Regulations.

Held, the appeals should be allowed.

There was no basis on which the Tax Court could reject the appellant’s use of mark to market accounting in computing income from its dealings in foreign exchange options. The T.C.C. treated the realization principle as an overarching principle, an approach which runs counter to the decisions of the Supreme Court of Canada in *Canderel Ltd. v. Canada* and *Ikea Ltd. v. Canada*. The realization principle can give way to other methods of computing income pursuant to section 9 of the Act where these can be shown to provide a more accurate picture of the taxpayer’s income for the year. The Supreme Court decision in *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue* is in direct contradiction with the T.C.C.’s holding that realization is an overarching principle that applies in the absence of a provision authorizing or

étaient des biens figurant à l’inventaire, de sorte qu’elle avait le droit de les évaluer en fin d’année au moindre de leur coût d’acquisition et de leur juste valeur marchande, ou strictement à leur juste valeur marchande, la C.C.I. a cité la définition que le paragraphe 248(1) de la Loi donne du terme « inventaire » et a fait remarquer qu’il n’est pas nécessaire qu’un bien soit détenu en vue d’être vendu pour qu’on le considère comme figurant à l’inventaire. La C.C.I. a conclu que les contrats d’options sur devises pouvaient être considérés comme des biens figurant à l’inventaire, puisqu’ils constituaient des « biens » au sens de la définition que donne de ce terme le paragraphe 248(1) de la Loi. Mais elle est arrivée à la conclusion contraire en ce qui concerne les contrats vendus par l’appelante, au motif qu’ils ne comportaient que des obligations et constituaient par conséquent de purs éléments de passif. La C.C.I. a donc conclu que les contrats d’options sur devises achetés constituaient des biens figurant à l’inventaire (et pouvaient être calculés selon la méthode d’évaluation à la valeur du marché), mais pas les contrats vendus. Le ministre a donné effet au jugement en utilisant les valeurs de l’appelante, se fondant sur l’avis selon lequel « la meilleure estimation de la juste valeur marchande des contrats d’options sur devises que possédait [l’appelante] au 31 décembre 1998 est la valeur du marché établie par les institutions financières qui étaient contreparties à ces contrats ». La C.C.I. a conclu, sur le fondement de cette preuve, que la Couronne avait droit à un certain montant de dépens même si l’appel avait été accueilli dans la décision 2016 CCI 14 sur les dépens dans le dossier A-195-16.

Il s’agissait principalement de savoir si la Loi autorisait l’appelante à utiliser la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché, ou si l’appelante était plutôt tenue d’appliquer le principe de réalisation, et si toutes les options sur devises de l’appelante peuvent être considérées comme des biens figurant à l’inventaire et que, par conséquent, la perte enregistrée peut être constatée sous le régime du paragraphe 10(1) de la Loi et de l’article 1801 du Règlement.

Arrêt : les appels doivent être accueillis.

La C.C.I. n’était pas fondée à rejeter l’utilisation par l’appelante de la méthode d’évaluation à la valeur du marché pour calculer son revenu tiré de la négociation d’options sur devises. La C.C.I. a assimilé le principe de réalisation à un principe d’application générale, ce qui va à l’encontre des arrêts *Canderel Ltd. c. Canada* et *Ikea Ltd. c. Canada* de la Cour suprême. On peut remplacer le principe de réalisation par d’autres méthodes de calcul du revenu sous le régime de l’article 9 de la Loi dans les cas où il peut être établi que celles-ci donnent une image plus fidèle du revenu du contribuable pour l’année en cause. L’arrêt *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue* de la Cour suprême est en contradiction flagrante avec la conclusion de la C.C.I. voulant que le principe de réalisation soit un principe

requiring the application of a different method. The decision of the Supreme Court in *Friesen v. Canada* does not stand for the proposition that realization is “a general principle of taxation” which applies unless “the *Act* provides [for] an exception”. There is therefore no authority for the T.C.C.’s proposition that the principle of realization applies to the exclusion of mark to market accounting unless the *Act* provides otherwise. Because mark to market accounting cannot be excluded as a competing method the question to be answered, when regard is had to the framework of analysis set out in *Canderel*, was whether the appellant discharged the onus of showing that mark to market accounting provides an accurate picture of its income for the year. There was no basis on which to hold that mark to market accounting does not procure an accurate picture of the appellant’s income under the *Act*. As it is otherwise undisputed that this method is consistent with well accepted business principles, generally accepted accounting principles (GAAP) and international accounting, the appellant made a *prima facie* demonstration that mark to market accounting provides an accurate reflection of its income.

The foreign exchange options purchased by the appellant during its 1998 taxation year and rolled over to 1999 do not qualify as inventory as they were not held for sale. Subsection 10(1) of the *Act*, by the use of the word “shall”, requires a taxpayer who carries on a business to value inventory on hand at the end of a taxation year at the lower of cost or fair market value. The result is that when the fair market value of inventory has fallen below cost at the end of a given taxation year, the fall in value is recognized in that year. Section 1801 of the Regulations when applied to the circumstances of the appellant provides for the same treatment. There was no doubt that the *Act* departs from GAAP in allowing intangible property to be treated as inventory. There was equally no doubt that the T.C.C. properly held that because the written options only embody a liability, they are not “property” and therefore cannot form part of “inventory”. The broader issue was whether “inventory”, as defined in subsection 248(1), extends to property that is not held for sale. While the appellant was in the business of making money with options, it was not in the business of purchasing options for resale nor was it holding its options for sale. The precise evidence on point is that all the options on hand at the close of the 1998 taxation year were rolled over to 1999 in the expectation that the Canadian dollar would firm up. Although the definition of “inventory” in subsection 248(1) does not spell out the requirement that qualifying property be “held for sale”, this condition must be read into the definition when regard is had to *Friesen*, wherein it was determined that “inventory” is property which a business holds for sale and this term applies to that property both in the year of sale and in years where the property remains as

d’application générale, sauf disposition autorisant ou exigeant le recours à une méthode différente. La décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Friesen c. Canada* ne valide pas l’hypothèse que le principe de réalisation serait un « principe général d’imposition », applicable « à moins que la Loi [n’y] prévienne une exception ». Il n’existe donc pas de fondement jurisprudentiel à la conclusion de la C.C.I. selon laquelle le principe de réalisation s’appliquerait à l’exclusion de la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché, sauf disposition contraire de la Loi. Étant donné que la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché ne peut être exclue comme autre méthode possible, la question qu’il fallait trancher, compte tenu du cadre d’analyse exposé dans l’arrêt *Canderel*, était celle de savoir si l’appelante s’est acquittée de la charge qui pesait sur elle d’établir que cette méthode donne une image fidèle de son revenu pour l’année considérée. Rien ne justifiait de conclure que la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché ne donne pas une image fidèle du revenu de l’appelante sous le régime de la Loi. Comme il est par ailleurs acquis aux débats que l’évaluation à la valeur du marché est conforme aux principes commerciaux ordinaires, aux principes comptables généralement reconnus (PCGR) et aux pratiques comptables internationales, l’appelante a établi *prima facie* que cette méthode donne une image fidèle de son revenu.

Les options sur devises achetées par l’appelante au cours de son année d’imposition 1998 et reconduites sur 1999 ne peuvent être considérées comme des biens figurant à l’inventaire, au motif qu’elle ne les détenait pas en vue de les vendre. Le paragraphe 10(1) de la Loi, comme le marque l’indicatif présent du verbe porteur de sens principal (« sont évalués »), oblige le contribuable qui exploite une entreprise à évaluer les biens figurant à son inventaire à la fin de l’année d’imposition au moindre de leur coût d’acquisition et de leur juste valeur marchande. Il s’ensuit que, lorsque la juste valeur marchande des biens figurant à l’inventaire est tombée au-dessous de leur coût d’acquisition à la clôture de l’année d’imposition, cette dévaluation est constatée dans cette année. L’article 1801 du Règlement, appliqué à la situation de l’appelante, prévoit le même traitement. Il ne faisait aucun doute que la Loi s’écarte des PCGR en permettant de traiter les actifs incorporels comme des biens figurant à l’inventaire. Il ne faisait non plus aucun doute que la C.C.I. a eu raison de conclure que, du fait qu’elles représentent seulement un élément de passif, les options vendues ne constituent pas des « biens » et ne peuvent donc figurer à l’« inventaire ». La question plus générale était de savoir si peuvent figurer à l’« inventaire », selon la définition du paragraphe 248(1), les biens qui ne sont pas détenus en vue d’être vendus. L’appelante, si elle visait à réaliser des bénéfices sur ses options, ne les achetait pas aux fins de la revente ni ne les détenait aux fins de la vente. Les éléments de preuve précisément applicables à cette question établissent que l’appelante a reconduit sur 1999 toutes les options qu’elle détenait à la clôture de l’année d’imposition 1998, dans l’espoir que le dollar canadien se raffermirait. S’il est vrai que la

yet unsold by a business. Although the Act was amended shortly after *Friesen*, Parliament left the defined meaning of the word “inventory”, as construed in that case, untouched. As a result, qualifying property must both impact on the computation of income and be held for sale. Giving effect to this meaning, the foreign exchange options purchased by the appellant during its 1998 taxation year and rolled over to 1999 do not qualify as inventory as they were not held for sale. It necessarily follows that the purchased options are a type of property that is neither capital property nor inventory. The appellant’s foreign exchange option contracts are not inventory as this would entail giving the word “inventory” a meaning which *Friesen* itself excludes. The reluctance of the courts to recognize categories of property beyond inventory and capital property must give way where, as here, it becomes necessary to do so in order to apply the Act. The purchased options are property under the Act but they are neither capital property nor inventory. In contrast, the written options escape all three labels since they only embody the obligation to deliver funds in the future. Yet, the evolving value of both instruments was relevant in determining the appellant’s income under the Act. In short, although the Act is premised on the existence of two broad classes of property, it imposes no limit on the types of property or indeed liabilities that can impact on the computation of income and that must be recognized for that purpose since the goal pursuant to section 9 of the Act is to provide an accurate picture of that income.

The reassessment was referred back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that the appellant is entitled to compute the income derived from its foreign exchange option contracts in accordance with the mark to market method of accounting, that is in conformity with its tax return position but without deferring or amortizing any portion of the premiums paid or received during the 1998 taxation year.

définition du terme « inventaire » donnée au paragraphe 248(1) ne dispose pas explicitement que les biens, pour être considérés comme figurant à l’inventaire, doivent être « détenus en vue d’être vendus », il faut tenir cette condition pour implicite à ladite définition vu l’arrêt *Friesen*, où il a été déterminé que les biens figurant dans un « inventaire » sont des biens qu’une entreprise détient à des fins de vente, et ce terme s’applique à ces biens autant durant l’année de la vente que durant les années au cours desquelles le bien n’a pas encore été vendu par l’entreprise. Bien qu’il ait modifié la Loi peu après l’arrêt *Friesen*, le législateur a laissé intacte la définition du terme « inventaire », telle qu’interprétée par cet arrêt. Par conséquent, le bien doit à la fois influencer sur le calcul du revenu et être détenu en vue d’être vendu. Donnant effet à cette lecture, il faut conclure que les options sur devises achetées par l’appelante au cours de son année d’imposition 1998 et reconduites sur 1999 ne peuvent être considérées comme des biens figurant à l’inventaire, au motif qu’elle ne les détenait pas en vue de les vendre. Il s’ensuit par voie de conséquence nécessaire que les options achetées sont des biens qui n’appartiennent ni à la catégorie des biens en immobilisation ni à celle des biens figurant à l’inventaire. Les contrats d’option sur devises de l’appelante ne sont pas des biens en immobilisation, puisqu’il faudrait alors attribuer au terme « inventaire » une signification que l’arrêt *Friesen* lui-même exclut. Les tribunaux doivent surmonter leur réticence à reconnaître d’autres catégories de biens que celle des biens figurant à l’inventaire et celle des biens en immobilisation dans les cas où, comme en l’occurrence, il devient nécessaire de le faire pour appliquer la Loi. Les options achetées sont des biens sous le régime de la Loi, mais elles ne sont ni des biens en immobilisation ni des biens figurant à l’inventaire. Par contre, les options vendues ne peuvent recevoir aucune de ces trois désignations puisqu’elles comportent seulement l’obligation de payer des sommes à l’avenir. Cependant, la valeur variable des deux instruments financiers influe sur le calcul du revenu de l’appelante sous le régime de la Loi. Bref, bien que la Loi se fonde sur l’existence de deux grandes catégories de biens, elle ne limite pas les types ou sortes de biens, ou même d’éléments de passif, susceptibles d’influer sur le calcul du revenu, et qui doivent être prises en compte à cette fin puisque l’objectif selon l’article 9 de la Loi est de procurer une image fidèle de ce revenu.

La nouvelle cotisation a été renvoyée au ministre pour réexamen et nouvelle cotisation à partir du principe que l’appelante a le droit de calculer le revenu tiré de ses contrats d’option sur devises selon la méthode comptable d’évaluation à la valeur du marché, comme elle l’avait fait dans sa déclaration de revenus, mais sans étaler ni amortir aucune part des primes payées ou touchées pendant l’année d’imposition 1998.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 9, 10(1),(1.01),(5), 18(1)(e), 142.2 to 142.6, 181 to 181.71, 248(1) “business”, “inventory”, “property”.
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1801.

CASES CITED

APPLIED:

Canderel Ltd. v. Canada, [1998] 1 S.C.R. 147, (1998), 155 D.L.R. (4th) 257; *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 3; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196, (1998), 155 D.L.R. (4th) 295.

CONSIDERED:

Friedberg v. Canada, [1993] 4 S.C.R. 285, 1993 CanLII 41, affg (1991), 92 DTC 6031, 135 N.R. 61 (F.C.A.), revg in part (1989), 89 DTC 5115, 25 F.T.R. 22 (F.C.T.D.); *C.A.E. Inc. v. Canada*, 2013 FCA 92, [2013] 4 C.T.C. 160.

REFERRED TO:

Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue, [1967] 2 Ex. C.R. 96, [1967] C.T.C. 138; *Minister of National Revenue v. Curlett*, [1967] S.C.R. 280, 1967 CanLII 54; *Dobieco Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 95, 1965 CanLII 81; *CDSL Canada Ltd. v. Canada*, 2008 FCA 400, 402 N.R. 7; *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703, 1957 CanLII 71.

APPEALS from decisions of the Tax Court of Canada allowing in part the appellant’s earlier appeal (2015 TCC 119, [2015] 5 C.T.C. 2006) against a reassessment issued by the Minister of National Revenue with respect to its 1998 taxation year; and awarding costs in favour of the respondent in the course of a separate judgment (2016 TCC 14, 2016 DTC 1021) rendered six months after the decision on the merits. Appeals allowed.

APPEARANCES

Louis Tassé, Roger E. Taylor and Rachel Robert for appellant.
Josée Tremblay and Josh Kumar for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 9, 10(1),(1.01),(5), 18(1)e), 142.2 à 142.6, 181 à 181.71, 248(1) « biens », « commerce », « inventaire ».
Règlement de l’impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1801.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canderel Ltd. c. Canada, [1998] 1 R.C.S. 147; *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 3; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Friedberg c. Canada, [1993] 4 R.C.S. 285, 1993 CanLII 41, confirmant [1991] A.C.F. n° 1255 (C.A.) (QL), infirmant en partie [1989] A.C.F. n° 23 (1^{re} inst.) (QL); *C.A.E. Inc. c. Canada*, 2013 CAF 92.

DÉCISIONS CITÉES :

Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue, [1967] 2 R.C. de l’É. 96, [1967] C.T.C. 138; *Minister of National Revenue v. Curlett*, [1967] R.C.S. 280, 1967 CanLII 54; *Dobieco Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 95, 1965 CanLII 81; *CDSL Canada Ltd. c. Canada*, 2008 CAF 400; *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, 1957 CanLII 71.

APPELS interjetés à l’encontre de décisions de la Cour canadienne de l’impôt qui ont accueilli en partie l’appel antérieurement formé par l’appelante (2015 CCI 119) contre une nouvelle cotisation délivrée par le ministre du Revenu national à l’égard de l’année d’imposition 1998 et qui a accordé des dépens à l’appelante séparément de la décision sur le fond (2016 CCI 14) et quelque six mois après celle-ci. Appels accueillis.

ONT COMPARU

Louis Tassé, Roger E. Taylor et Rachel Robert pour l’appelante.
Josée Tremblay et Josh Kumar pour l’intimé.

SOLICITORS OF RECORD

EY Law LLP, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL C.J.: These are consolidated appeals brought by Kruger Incorporated (the appellant). The appeal in file A-296-15 is from a decision by former Chief Justice Rip of the Tax Court of Canada (*Kruger Incorporated v. The Queen*, 2015 TCC 119, [2015] 5 C.T.C. 2006 [reasons]), sitting as a supernumerary judge (the Tax Court Judge), allowing in part the appellant's earlier appeal against a reassessment issued by the Minister of National Revenue (the Minister) with respect to its 1998 taxation year. By this reassessment, the Minister denied business losses aggregating \$91 104 379 which the appellant claimed in its tax return for that year. The losses in question arise from dealing in foreign exchange options.

[2] The appeal in file A-195-16 is directed at the cost award made by the Tax Court Judge in favour of Her Majesty the Queen (the Crown or respondent) in the course of a separate judgment rendered some six months after the decision on the merits (2016 TCC 14, 2016 DTC 1021). The appellant in lodging this appeal merely seeks to insure that the Court is in a position to address this award in the event that its appeal on the merits is successful.

[3] The primary issue turns on the method according to which the appellant can compute income from dealing in foreign exchange options pursuant to section 9 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act). The Tax Court Judge agreed with the Minister's contention that in computing income from that source, the profit or losses could only be recognized when realized, thereby rejecting the appellant's use of mark to market accounting as an acceptable method for computing income under the Act. However, he accepted, in part, the appellant's alternative argument that its foreign

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

EY Société d'Avocats, Montréal, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie de deux appels réunis, interjetés par Kruger Incorporée (l'appelante). L'appel portant le numéro de dossier A-296-15 a pour objet la décision (*Kruger incorporée c. La Reine*, 2015 CCI 119 [motifs]) par laquelle le juge Rip, ancien juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt et siégeant pour celle-ci à titre de juge surnuméraire (le juge de la Cour de l'impôt), a accueilli en partie l'appel antérieurement formé par l'appelante contre une nouvelle cotisation délivrée par le ministre du Revenu national (le ministre) à l'égard de l'année d'imposition 1998. Dans cette nouvelle cotisation, le ministre refusait d'accorder à l'appelante la déduction de pertes d'entreprise totalisant 91 104 379 \$ qu'elle avait déclarée dans sa déclaration de revenus pour ladite année d'imposition. Les pertes en question découlaient de la négociation d'options sur devises.

[2] L'appel portant le numéro de dossier A-195-16 a pour objet la décision sur les dépens (2016 CCI 14) que le juge de la Cour de l'impôt a rendue en faveur de Sa Majesté la Reine (la Couronne ou l'intimée) séparément de la décision sur le fond et quelque six mois après celle-ci. L'appelante, en formant ce deuxième appel, a seulement voulu faire en sorte que notre Cour se trouve en mesure d'examiner la décision sur les dépens dans le cas où elle accueillerait son appel sur le fond.

[3] La principale question en litige se rapporte à la méthode suivant laquelle l'appelante peut calculer le revenu tiré de la négociation d'options sur devises sous le régime de l'article 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi). Le juge de la Cour de l'impôt a souscrit à la thèse du ministre voulant que, dans le calcul de ce type de revenu, les bénéfices ou les pertes ne puissent être constatés qu'au moment de leur réalisation, rejetant de ce fait l'utilisation par l'appelante de la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché en tant que méthode acceptable de calcul dudit

exchange option contracts were inventory, and could on that account give rise to a loss based on their value at year end.

[4] The appellant takes issue with the conclusion reached by the Tax Court Judge on the primary issue and both parties challenge the conclusion which he reached on the alternative issue.

[5] For the reasons which follow, I would allow the appeal on the basis that the Tax Court Judge did not adhere to established case law and did not follow the framework of analysis set out in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147 (*Canderel*) in rejecting mark to market accounting. I would also find in the alternative that, having regard to the meaning of the word “inventory” as defined in subsection 248(1) of the Act and the findings of fact made by the Tax Court Judge, it was not open to him to hold that any of the foreign exchange option contracts to which the appellant was a party, on December 31, 1998, were inventory.

[6] In the reasons which follow, the contracts to which the appellant was a party during the relevant period are at times referred to as “foreign exchange option contracts” or “foreign exchange options”; nothing turns on this difference. The provisions of the Act which are relevant to the analysis are reproduced in Annex I.

BACKGROUND AND FACTS

[7] The relevant facts are set out in detail in the decision under appeal and need not be repeated. It is sufficient for present purposes to provide a brief summary.

[8] The appellant is a long established manufacturer of newsprint and other paper products (reasons, at paragraph 11). The better portion of its receivables

revenu sous le régime de la Loi. Cependant, le juge de la Cour de l’impôt a accueilli en partie le moyen subsidiaire de l’appelante selon lequel ses contrats d’options sur devises étaient des biens figurant à l’inventaire et pouvaient par conséquent donner lieu à la constatation d’une perte sur la base de leur valeur à la fin de l’année.

[4] L’appelante souhaite voir infirmer la conclusion du juge de la Cour de l’impôt sur la principale question en litige, et les deux parties contestent sa conclusion sur la question subsidiaire.

[5] Pour les motifs dont l’exposé suit, j’accueillerai le présent appel sur le fondement que le juge de la Cour de l’impôt, dans le raisonnement qui l’a conduit à rejeter la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché, ne s’est pas conformé à la jurisprudence établie et n’a pas suivi le cadre d’analyse formulé dans l’arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147 (arrêt *Canderel*). Je conclurais en outre, à titre subsidiaire, que, vu la signification attribuée au terme « inventaire » dans la définition qu’en donne le paragraphe 248(1) de la Loi et les conclusions de fait qu’il a formulées, il n’était permis au juge de la Cour de l’impôt de considérer comme bien figurant à l’inventaire au 31 décembre 1998 aucun des contrats d’options sur devises auxquels l’appelante était partie.

[6] Dans les motifs qui suivent, les contrats auxquels l’appelante était partie durant la période considérée sont parfois désignés « contrats d’options sur devises » et parfois simplement « options sur devises », sans la moindre différence de sens. Quant aux dispositions de la Loi applicables à l’analyse, elles sont reproduites en annexe I.

RAPPEL DES FAITS

[7] Les faits pertinents font l’objet d’un exposé détaillé dans la décision frappée d’appel et il ne sera pas nécessaire de les répéter ici. Il suffira aux fins du présent appel d’en donner un bref résumé.

[8] L’appelante est une fabricante, établie de longue date, de papier journal et autres papiers (motifs, au paragraphe 11). La plus grande partie de ses créances (soit

(approximately 80 percent) has traditionally been in U.S. dollars (reasons, at paragraph 12).

[9] In order to reduce its exposure to foreign currencies, principally the U.S. dollar, the appellant began during the 1980's to purchase and sell foreign currency option contracts (reasons, at paragraph 13). Over time, it developed considerable expertise in dealing with these options to the point that it began "to generate and produce profits [from this activity] on an individual profit center basis" (reasons, at paragraph 18).

[10] The appellant eventually became an industry leader in terms of volume of dollar purchases of derivative products ranking amongst the top three or four non-banking enterprises in Quebec, after the Caisse de dépôt et Hydro-Québec (reasons, at paragraphs 14 and 38).

[11] The appellant both bought and sold (i.e.: wrote) foreign exchange options (reasons, at paragraphs 18, 24 and 35). The writer's upside is limited to the premium it charges for issuing the option but the potential downside is unlimited as it hinges on the evolving strength or weakness of the respective currencies at play. In contrast, the purchaser can lose no more than the premium which it pays to acquire the option but benefits from a conversely unlimited upside.

[12] Starting in 1997, the appellant began to account for its foreign exchange operations using mark to market accounting for financial reporting purposes. The Tax Court Judge suggests that 1998 was the initial year (reasons, at paragraph 24), but the evidence indicates that mark to market began to be used in 1997 (appeal book, Vol. 15, page 3005).

[13] All the foreign exchange option contracts to which the appellant was a party at the close of its 1998 taxation year were entered into during that year and were to be exercised during the following year (reasons, at paragraph 3). Amongst these, the contracts written by the appellant exceeded the contracts that it purchased

une fraction d'environ 80 p. 100) est traditionnellement libellée en dollars américains (motifs, au paragraphe 12).

[9] Dans le but de réduire le risque de change auquel elle se trouvait exposée, principalement pour ce qui concerne la valeur du dollar américain, l'appelante a commencé au cours des années 1980 à acheter et à vendre des contrats d'options sur devises (motifs, au paragraphe 13). Avec le temps, elle a acquis une expertise considérable dans la négociation de telles options, à tel point que cette activité a commencé à [TRADUCTION] « générer des bénéfices sur une base individuelle de centre de profit » (motifs, au paragraphe 18).

[10] L'appelante est en fin de compte devenue une chef de file de cette activité : le volume en dollars de ses achats de produits dérivés l'a placée parmi les trois ou quatre premières entreprises non bancaires du domaine au Québec, après la Caisse de dépôt et Hydro Québec (motifs, aux paragraphes 14 et 38).

[11] L'appelante pratiquait aussi bien l'achat que la vente d'options sur devises (motifs, aux paragraphes 18, 24 et 35). Le potentiel de gain du vendeur se limite à la prime qu'il demande pour l'émission de l'option, mais son risque de perte est illimité, puisqu'il dépend de la force et de la faiblesse variables des monnaies en cause. Inversement, l'acheteur ne peut pas perdre plus que le montant de la prime qu'il paie pour acquérir l'option, mais son potentiel de gain est illimité.

[12] L'appelante a commencé en 1997 à comptabiliser ses opérations sur devises suivant la méthode d'évaluation à la valeur du marché aux fins de la présentation de ses états financiers. La décision du juge de la Cour de l'impôt laisse supposer que l'application de cette nouvelle méthode aurait commencé en 1998 (motifs, au paragraphe 24), mais la preuve indique que c'est plutôt en 1997 (cahier d'appel, vol. 15, page 3005).

[13] Toutes les options sur devises auxquelles l'appelante était partie à la clôture de l'année d'imposition 1998 ont été acquises au cours de cette année et devaient être exercées l'année suivante (motifs, au paragraphe 3). Dans cet ensemble, le nombre des options vendues par l'appelante représentait le quadruple des options

by a margin of four to one (reasons, at paragraph 30). The appellant attributes the magnitude of the loss which it recorded at the close of its 1998 taxation year to the high number of contracts which it held at that time and the historical dip which the Canadian dollar took in relation to the U.S. dollar in the course of that year (reasons, at paragraphs 29 to 33).

[14] Mark to market accounting is an accrual method of accounting whereby both the writer and the purchaser value the option at market as at balance sheet date—in this case December 31, 1998—and recognize any change in the market value as a gain or loss for the period (reasons, at paragraph 2e; expert report of Patricia L. O'Malley, appeal book, Vol. 12, page 2410, at paragraphs 26, 32 and 33). For that purpose, the premium reflects the value of the option at inception, positive in the case of the purchaser and negative for the writer (appeal book, Vol. 17, pages 3393 to 3397).

[15] All or almost all of the foreign exchange option contracts in issue were “European options” i.e.: options which are traded privately—“over the counter” in trade terms—and which may only be exercised on their expiry date (reasons, at paragraph 2(b) and (h)). These options could be transferred before that date with the consent of the non-transferring counterparty (reasons, at paragraph 45). The parties could also choose to lock in the profit or limit the loss inherent in these options (i.e.: close the position) by entering into an offsetting option contract (reasons, at paragraph 43; appeal book, Vol. 2, page 227; Vol. 13, pages 2700 to 2711). In this regard, the foreign currency option market was and continues to be fully liquid (appeal book, Vol. 2, pages 207, 208 and 227; Vol. 13, pages 2681 and 2716 to 2718; Vol. 17, page 3364). The appellant decided to close “very few” positions prior to maturity in 1998 (reasons, at paragraph 29) and to “roll over” its options to 1999 in the expectation that the Canadian dollar would firm up in the short term, which it did (reasons, at paragraphs 31 to 33).

achetées par elle (motifs, au paragraphe 30). L'appelante attribue l'importance de la perte qu'elle a enregistrée à la clôture de son année d'imposition 1998 au nombre élevé de contrats qu'elle détenait à ce moment et à la dévaluation historique subie par le dollar canadien par rapport au dollar américain au cours de cette année (motifs, aux paragraphes 29 à 33).

[14] La comptabilité d'évaluation à la valeur du marché est une forme de comptabilité d'exercice selon laquelle le vendeur aussi bien que l'acheteur de l'option évaluent celle-ci à la valeur du marché à la date du bilan — qui était en l'occurrence le 31 décembre 1998 — et constatent toute variation de la valeur de marché comme gain ou comme perte pour l'exercice (motifs, au paragraphe 2e; et rapport d'expert de Patricia L. O'Malley, cahier d'appel, vol. 12, page 2410, aux paragraphes 26, 32 et 33). À cette fin, c'est le montant de la prime qui représente la valeur de l'option au moment de l'acquisition, valeur positive dans le cas de l'acheteur et négative dans le cas du vendeur (cahier d'appel, vol. 17, aux pages 3393 à 3397).

[15] La totalité ou presque des options sur devises en cause étaient des options dites « européennes », c'est-à-dire des options négociées de gré à gré — « hors cote » dans le jargon du métier — et qui ne peuvent être exercées qu'à l'échéance (motifs, au paragraphe 2b) et h)). Ces options pouvaient cependant être transférées avant l'échéance, sous condition du consentement de la partie non transférante (motifs, au paragraphe 45). Les parties pouvaient aussi décider de garantir le bénéficiaire, ou de limiter la perte, afférents à ces options (c'est-à-dire fermer la position) en passant un contrat d'option de sens inverse (motifs, au paragraphe 43; et cahier d'appel, vol. 2, page 227; et vol. 13, pages 2700 à 2711). Il faut noter à ce propos que le marché des options sur devises était et continue d'être pleinement liquide (cahier d'appel, vol. 2, pages 207, 208 et 227; vol. 13, pages 2681 et 2716 à 2718; et vol. 17, page 3364). L'appelante a décidé de ne fermer que « très peu » de positions avant l'échéance en 1998 (motifs, au paragraphe 29) et de « reconduire » ses options sur 1999 dans l'espoir que le dollar canadien s'affermirait à brève échéance, ce qu'il a fait (motifs, aux paragraphes 31 à 33).

[16] For the purpose of computing income from its foreign exchange option operations for the year in issue, the appellant marked to market the value of each contract to which it was a party at year end and deducted as a loss the difference between their value at inception based on the above computation (reasons, at paragraph 14) and their value at year end, as provided by the financial institutions or banks which were the counterparties to these contracts. In addition, the appellant “deferred and amortized” the premiums paid and received over the term to maturity of the related option (although the notes to the financial statements indicate that only the premium income received on written options was treated this way (appeal book, Vol. 2, page 244), the working papers show that for tax purposes this treatment was applied to all premiums, both received and paid (appeal book, Vol. 10, pages 2032 to 2057). As a result, the net amount of premiums to December 31, 1998 was included in income for that year, i.e. \$18 696 881, and the balance, i.e. \$32 883 453, was deferred to 1999 (reasons, at paragraph 4, footnote 4).

[17] By notice of reassessment issued July 15, 2002, the Minister denied the claimed loss, taking the view that the appellant could not use the mark to market method of accounting, but had to record income in conformity with the principle of realization. Consistent with this principle—according to which the premium is taken into account only when the option expires or is transferred—the Minister removed from income the premiums which the appellant had included. The net effect of the reassessment was to add to the declared income of the appellant the amount of \$72 407 498, i.e.: the difference between the loss claimed—\$91 104 379—and the amortized portion of the premiums—\$18 696 881. The large corporations tax under Part I.3 [section 181 to 181.71] of the Act was reassessed accordingly.

[18] Because all the options held by the appellant at the close of its 1998 taxation year were to expire during the following year, and because the loss or profit

[16] Aux fins du calcul du revenu tiré de ses opérations sur devises pour l’année d’imposition considérée, l’appelante a comptabilisé à la valeur du marché chacun des contrats auxquels elle était partie à la fin de l’année, et elle a déduit comme perte la différence entre leur valeur à l’acquisition selon le calcul ci-dessus (motifs, au paragraphe 14) et leur valeur à la clôture de l’exercice d’après les banques ou autres institutions financières qui étaient contreparties à ces contrats. En outre, l’appelante a [TRADUCTION] « étalé et amorti » les primes payées et reçues sur la durée de vie des options en cause; bien que les notes des états financiers indiquent que seules les primes touchées sur les options vendues aient été traitées ainsi (cahier d’appel, vol. 2, page 244), les feuilles de travail indiquent que, aux fins fiscales, l’appelante a appliqué ce traitement à toutes les primes, aussi bien reçues que payées (cahier d’appel, vol. 10, pages 2032 à 2057). Par conséquent, l’appelante a inclus le montant net des primes au 31 décembre 1998, soit 18 696 881 \$, dans son revenu pour cette année d’imposition, et a reporté le solde, soit un montant de 32 883 453 \$, sur 1999 (motifs, au paragraphe 4, note 4 de bas de page).

[17] Par avis de nouvelle cotisation en date du 15 juillet 2002, le ministre a refusé la déduction de la perte déclarée, posant qu’il n’était pas permis à l’appelante d’appliquer la méthode comptable d’évaluation à la valeur du marché, et qu’elle était tenue de comptabiliser son revenu suivant le principe de réalisation. Conformément à ce principe — selon lequel la prime n’est prise en compte qu’au moment de l’échéance ou du transfert de l’option —, le ministre a retranché du revenu de l’appelante les primes que celle-ci y avait incluses. L’effet net de la nouvelle cotisation était l’addition de 72 407 498 \$ au revenu déclaré de l’appelante, ce montant représentant la différence entre la perte déclarée — 91 104 379 \$ — et la fraction déterminée par amortissement du revenu tiré de primes, soit 18 696 881 \$. Le ministre a établi en conséquence un nouveau calcul de l’impôt sur les grandes sociétés applicable à l’appelante sous le régime de la partie I.3 [articles 181 à 181.71] de la Loi.

[18] Étant donné que toutes les options détenues par l’appelante à la clôture de son année d’imposition 1998 devaient échoir au cours de l’année suivante et que la

generated over the life of any given contract is the same regardless of the method used, the underlying issue is one of timing only (reasons, at paragraph 68).

DECISION OF THE TAX COURT JUDGE

[19] The Tax Court Judge first addressed the contention advanced by the Crown that the appellant did not implement the mark to market method of accounting given that it amortized the net amount of premiums for the year in issue (reasons, at paragraph 8). The Tax Court Judge was invited to dismiss the appeal on the basis that even if the appellant was entitled to use mark to market accounting, it had not in fact implemented this method.

[20] This submission was advanced on the heel of uncontested expert evidence adduced by the Crown which showed that the amortization of the premiums did not conform with mark to market accounting (expert report of Patricia L. O'Malley and related PowerPoint slide "Comparison Between MTM and Kruger's Method", appeal book, Vol. 12, page 2410, at paragraphs 26, 32 and 33; and page 2463J; and Vol. 17, page 3345).

[21] The Tax Court Judge refused to consider the respondent's submission on this point because the argument was not announced in the Crown's pleadings. He noted that although the appropriateness of amortizing the premiums in mark to market accounting had been raised, it was not alleged that the "very foundation of [the appellant's] method of valuing its option contracts was [thereby] being challenged" (reasons, at paragraph 10).

[22] Although the Crown maintains that the argument was properly advanced (memorandum of the Crown, paragraph 52), no cross-appeal was brought nor does the Crown seek the reversal of the judgment issued by the

perte ou le bénéfice produit sur la durée de tout contrat déterminé est identique, quelle que soit la méthode comptable appliquée, la question fondamentale ne concerne que le moment de la constatation (motifs, au paragraphe 68).

LA DÉCISION DU JUGE DE LA COUR DE L'IMPÔT

[19] Le juge de la Cour de l'impôt a d'abord examiné l'affirmation de la Couronne comme quoi l'appelante n'avait pas appliqué la méthode comptable d'évaluation à la valeur du marché, au motif qu'elle avait amorti le montant net des primes pour l'année considérée (motifs, au paragraphe 8). La Couronne invitait le juge de la Cour de l'impôt à rejeter l'appel au motif que, même dans l'hypothèse où l'appelante aurait eu le droit d'utiliser la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché, elle ne l'avait pas utilisée dans les faits.

[20] La Couronne a avancé cet argument après avoir produit une preuve d'expert incontestée selon laquelle l'amortissement des primes n'était pas conforme à la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché (rapport d'expert de Patricia L. O'Malley et diapositives PowerPoint connexes intitulées [TRADUCTION] « Comparaison entre la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché et la méthode de Kruger », cahier d'appel, vol. 12, page 2410, aux paragraphes 26, 32 et 33; et page 2463J; et vol. 17, page 3345).

[21] Le juge de la Cour de l'impôt a refusé d'examiner la thèse de l'intimée sur ce point, au motif qu'elle n'avait pas annoncé cet argument dans ses plaidoiries écrites. Bien que celles-ci eussent soulevé le point de savoir si la méthode comptable d'évaluation à la valeur du marché permettait l'amortissement des primes, a-t-il fait observer, le passage en question ne suffisait pas à informer l'appelante que « le fondement même de sa méthode d'évaluation de ses contrats d'option était [ainsi] remis en cause » (motifs, au paragraphe 10).

[22] La Couronne maintient qu'elle avait valablement avancé ce moyen (mémoire de la Couronne, paragraphe 52), mais elle n'a pas formé d'appel incident, pas plus qu'elle ne sollicite l'annulation du jugement du

Tax Court Judge on this ground (memorandum of the Crown, Part IV, “Order Sought”).

[23] The Tax Court Judge therefore conducted his analysis on the basis that mark to market accounting was implemented and went on to consider whether the use of this method was permitted (reasons, at paragraph 85 and following). After reviewing the case law, including in particular the decisions of the Supreme Court in *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 3 (*Canadian General Electric*); *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285 (*Friedberg*); *Canderel*; and *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103 (*Friesen*), the Tax Court Judge expressed the view that “a general principle of taxation is that neither profits nor losses are recognized under the *Act* until realized except if the *Act* provides an exception to the realization principle” (reasons, at paragraph 104).

[24] Although he found that the method employed by the appellant was consistent with well accepted business principles and generally accepted accounting principles (GAAP), the Tax Court Judge observed that, with the exception of sections 142.2 to 142.5 of the *Act* and section 1801 of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (the ITR), no legislative provision authorizes the use of mark to market valuation. Because foreign exchange option contracts do not come within the ambit of sections 142.2 to 142.5 of the *Act*, the Tax Court Judge held that Canada Revenue Agency’s (CRA) administrative policy allowing banks and financial institutions to use mark to market accounting with respect to these contracts, was of no assistance to the appellant (reasons, at paragraph 115).

[25] The Tax Court Judge went on to hold that absent a statutory provision authorizing the appellant to depart from the realization principle, the foreign exchange option contracts had to be valued at their historical costs, so that no loss of profit could be recognized from

juge de la Cour de l’impôt sur ce fondement (mémoire de la Couronne, partie IV, [TRADUCTION] « Ordonnance demandée »).

[23] Le juge de la Cour de l’impôt a donc mené son analyse en postulant d’abord que l’appelante avait effectivement appliqué la méthode d’évaluation à la valeur du marché, pour ensuite examiner le point de savoir si l’utilisation de cette méthode était en l’espèce permise (motifs, aux paragraphes 85 et suivants). Après avoir récapitulé la jurisprudence applicable — notamment les arrêts suivants de la Cour suprême du Canada : *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 3 (arrêt *Canadian General Electric*); *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285 (arrêt *Friedberg*); *Canderel*; et *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103 (arrêt *Friesen*) —, il a exprimé l’opinion qu’un « principe général d’imposition » veut « que ni les bénéfices ni les pertes ne soient reconnus par la Loi avant leur réalisation, à moins que la Loi ne prévoie une exception au principe de la réalisation » (motifs, au paragraphe 104).

[24] Bien qu’il ait conclu que la méthode appliquée par l’appelante était conforme aux principes commerciaux ordinaires et aux principes comptables généralement reconnus (les PCGR), le juge de la Cour de l’impôt a fait observer que, exception faite des articles 142.2 à 142.5 de la Loi et de l’article 1801 du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (le RIR), aucune disposition législative n’autorise l’utilisation de la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché. Or, comme les contrats d’options sur devises n’entrent pas dans le champ d’application des articles 142.2 à 142.5 de la Loi, raisonnait-il, l’appelante ne pouvait trouver d’appui dans la politique administrative de l’Agence du revenu du Canada (l’ARC) autorisant les banques et autres institutions financières à utiliser la méthode d’évaluation à la valeur du marché pour rendre compte des contrats de la nature considérée (motifs, au paragraphe 115).

[25] Le juge de la Cour de l’impôt a ensuite conclu que, vu l’absence de dispositions législatives qui auraient autorisé l’appelante à s’écarter du principe de réalisation, il lui fallait évaluer ses contrats d’options sur devises à leur coût d’origine, de sorte qu’elle ne pouvait

dealing in these contracts until they were actually disposed of or expired (reasons, at paragraph 114).

[26] Before closing on this issue, the Tax Court Judge indicated that even if he had found that the appellant was entitled to use mark to market accounting, he “would not find that the inconsistent bank values used by [the appellant] was [*sic*] properly applied in calculating its losses” (reasons, at paragraph 116). While the values ascribed by bank models were reliable, he was concerned by the fact that the appellant obtained its values from different banks which used different models. His confidence was “shaken” by evidence showing that two reputable banks—the Bank of Nova Scotia and J.P. Morgan—had ascribed substantially different values to two identical foreign exchange option contracts (reasons, at paragraph 116).

[27] The Tax Court Judge went on to address the appellant’s alternative contention that its foreign exchange option contracts were inventory and that it was therefore entitled to value these contracts at year end at the lower of cost or fair market value pursuant to subsection 10(1) of the Act or on a strict fair market value basis pursuant to section 1801 of the ITR. He began by noting that inventory requires the existence of property, “the cost or value of [which] must be relevant in computing a taxpayer’s income from a business” (reasons, at paragraph 124).

[28] According to the Tax Court Judge, the appellant was carrying on the business of speculating on foreign exchange option contracts, which sometimes involved “selling and purchasing” those contracts (reasons, at paragraphs 38 and 125). He quoted the definition of “inventory” in subsection 248(1) and noted that there is no requirement that qualifying property be held for sale (reasons, at paragraphs 123 and 124).

constater ni perte ni bénéfice découlant de la négociation de ces contrats avant leur disposition ou leur échéance effectives (motifs, au paragraphe 114).

[26] Avant de terminer l’analyse de cette question, le juge de la Cour de l’impôt a fait observer que, même s’il avait conclu que l’appelante avait le droit d’utiliser la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché, il n’aurait pas conclu « que les valeurs exemptes d’uniformité que les banques [avaient] produites et que [l’appelante avait] utilisées [eussent été] appliquées à bon droit dans le calcul de ses pertes » (motifs, au paragraphe 116). Bien que les valeurs fixées par les modèles bancaires fussent fiables, il s’inquiétait du fait que l’appelante obtint ses valeurs de banques différentes qui appliquaient des modèles différents. Sa confiance s’est trouvée « ébranlée » par la preuve montrant que deux banques de bonne réputation — la Banque de Nouvelle-Écosse et J.P. Morgan — avaient attribué des valeurs considérablement différentes à deux contrats identiques d’options sur devises (motifs, au paragraphe 116).

[27] Le juge de la Cour de l’impôt est ensuite passé à l’examen du moyen subsidiaire de l’appelante selon lequel ses contrats d’options sur devises étaient des biens figurant à l’inventaire, de sorte qu’elle avait le droit de les évaluer en fin d’année au moindre de leur coût d’acquisition et de leur juste valeur marchande en vertu du paragraphe 10(1) de la Loi, ou strictement à leur juste valeur marchande en vertu de l’article 1801 du RIR. Il a d’abord fait observer que « le coût ou la valeur des biens [figurant à l’inventaire] doit être pertinent dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise » (motifs, au paragraphe 124).

[28] Selon le juge de la Cour de l’impôt, l’appelante exploitait une entreprise de spéculation sur les contrats d’options sur devises, qui comportait parfois la « vente » et l’« achat » de tels contrats (motifs, aux paragraphes 38 et 125). Après avoir cité la définition que le paragraphe 248(1) donne du terme « inventaire », il a fait remarquer qu’il n’est pas nécessaire qu’un bien soit détenu en vue d’être vendu pour qu’on le considère comme figurant à l’inventaire (motifs, aux paragraphes 123 et 124).

[29] The Tax Court Judge went on to find that the foreign exchange option contracts purchased by the appellant, because they conveyed rights, qualified as inventory as they constituted “property” within the meaning of the definition found in subsection 248(1) of the Act. He reached the opposite conclusion with respect to the contracts written by the appellant, as they only embodied liabilities (reasons, at paragraphs 121, 122 and 130 to 132).

[30] The Tax Court Judge therefore held that the purchased foreign exchange contracts were inventory, but that the written contracts were not. Giving effect to this conclusion, the judgment which he issued allows the appeal and permits the appellant to value its purchased contracts on a mark to market basis. Because of the concerns which he expressed about the reliability of the values used by the appellant, the judgment specifies that “[t]his assumes the values are not in dispute” (judgment; appeal book, Vol. 1, page 6), thereby leaving it to the Minister to accept or refuse the appellant’s values.

[31] As it turned out, the appellant’s values were accepted. In the debate which ensued as to costs, the Crown took the position that the appellant could not claim to have been successful at trial because although the appeal was allowed, the judgment given did not have the effect of reducing the amount of taxes payable by the appellant for the year. For the purpose of making this demonstration, the Crown asked the Minister to execute the judgment. In giving effect to the judgment, the Minister’s official used the appellant’s values based on the advice that “according to the evidence tendered at trial, the best estimate of the fair market value of the inventory of foreign currency option contracts owned by [the appellant] as of December 31, 1998 is the [mark] to market value determined by the financial institutions which were the counterparties to the contracts” (affidavit of Denis Dionne, sworn September 15, 2015, paragraph 6b), filed during the hearing of the appeal). The Tax Court Judge accepted this demonstration and relied on this evidence to hold that the Crown was entitled to a measure of costs notwithstanding that the appeal was

[29] Le juge de la Cour de l’impôt a ensuite conclu que les contrats d’options sur devises achetés par l’appelante, comme ils comportaient des droits, pouvaient être considérés comme des biens figurant à l’inventaire, puisqu’ils constituaient des « biens » au sens de la définition que donne de ce terme le paragraphe 248(1) de la Loi. Mais il est arrivé à la conclusion contraire en ce qui concerne les contrats vendus par l’appelante, au motif qu’ils ne comportaient que des obligations et constituaient par conséquent de purs éléments de passif (motifs, aux paragraphes 121, 122 et 130 à 132).

[30] Le juge de la Cour de l’impôt a donc conclu que les contrats d’options sur devises achetés constituaient des biens figurant à l’inventaire, mais pas les contrats vendus. Le jugement qu’il a prononcé, donnant effet à cette conclusion, accueille l’appel et autorise l’appelante à évaluer les contrats achetés à la valeur du marché. Cependant, en raison des réserves du juge touchant la fiabilité des valeurs utilisées par l’appelante, le jugement ajoute : « [c]ela, en présumant que les valeurs ne sont pas controversées » (judgment; cahier d’appel, vol. 1, page 6), laissant ainsi au ministre la faculté d’accepter ou de rejeter lesdites valeurs.

[31] En fin de compte, le fisc a accepté les valeurs de l’appelante. Dans le débat qui a suivi sur les dépens, la Couronne a avancé la thèse que l’appelante ne pouvait prétendre avoir obtenu gain de cause sur le fond puisque, même si son appel avait été accueilli, le jugement rendu n’avait pas pour effet de réduire l’impôt à payer par elle pour l’année considérée. Afin d’établir ce fait, la Couronne a demandé au ministre d’exécuter le jugement. Le délégué du ministre a donné effet au jugement en utilisant les valeurs de l’appelante, se fondant sur l’avis selon lequel [TRADUCTION] « la preuve produite au procès montre que la meilleure estimation de la juste valeur marchande des contrats d’options sur devises que possédait [l’appelante] au 31 décembre 1998 est la valeur de marché établie par les institutions financières qui étaient contreparties à ces contrats » (affidavit de M. Denis Dionne, signé le 15 septembre 2015 et déposé au cours de l’instruction de l’appel, paragraphe 6b)). Le juge de la Cour de l’impôt a accepté cette démonstration, et il a conclu, sur le fondement de cette preuve, que la Couronne avait droit à un certain montant de dépens

allowed (reasons in support of the cost award in file A-195-16 [2016 TCC 14], at paragraphs 4 and 20).

même si l'appel avait été accueilli (motifs de la décision sur les dépens, dossier A-195-16 [2016 CCI 14], aux paragraphes 4 et 20).

POSITION OF THE PARTIES

- *The Appellant*

[32] The appellant submits that mark to market accounting is an appropriate way of computing income derived from its foreign exchange option contracts pursuant to section 9 of the Act, and advances a number of arguments in support of that proposition.

[33] First, the appellant contends that the basic objectives of GAAP overlap significantly with profit computation for tax purposes, as they both strive for “an accurate picture of income for the year, one that depicts the reality of the financial situation of the taxpayer for the year” (memorandum of the appellant, paragraph 51).

[34] Second, the appellant argues that the Tax Court Judge erred in applying the principle of realization as an overarching principle which must be followed, absent a statutory provision providing otherwise. In the appellant's view, the decisions of the Supreme Court in *Canderel and Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196 (*Ikea*) exemplify the flaw in the Tax Court Judge's decision, for in both decisions there would not have been any dispute had the principle of realization been given the sweeping effect propounded by the Tax Court Judge (memorandum of the appellant, paragraphs 55 to 57).

[35] Thus, the Tax Court Judge failed to follow the framework set out in *Canderel* which requires first a determination as to whether valuating the foreign exchange option contracts in accordance with the mark to market method as the appellant did is appropriate in the sense that it provides an accurate picture of profit for the 1998 taxation year. Had he done so, the Tax Court Judge would have found that the mark to market method was appropriate. This conclusion is reinforced by the decision of the Supreme Court in *Canadian General Electric*

LES THÈSES DES PARTIES

- *L'appelante*

[32] L'appelante soutient que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché est une méthode de calcul valable, sous le régime de l'article 9 de la Loi, du revenu tiré de ses opérations sur devises, et elle avance un certain nombre d'arguments à l'appui de cette thèse.

[33] Premièrement, l'appelante fait valoir que les PCGR et les principes du calcul des bénéfices aux fins fiscales se recouvrent dans une mesure considérable, étant donné que les uns comme les autres ont pour objet de [TRADUCTION] « donner une image fidèle du revenu pour l'année d'imposition, une image conforme à la réalité de la situation financière du contribuable pour cette période » (mémoire de l'appelante, paragraphe 51).

[34] Deuxièmement, avance l'appelante, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en posant le principe de réalisation comme principe fondamental à appliquer sauf disposition législative contraire. Selon l'appelante, les arrêts de la Cour suprême *Canderel* et *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196 (arrêt *Ikea*) mettent en lumière le défaut qui entache la décision du juge de la Cour de l'impôt, en ce que les deux différends tranchés par ces arrêts n'auraient pas eu lieu d'être si l'on avait donné au principe de réalisation l'effet général que lui suppose le juge de la Cour de l'impôt (mémoire de l'appelante, paragraphes 55 à 57).

[35] C'est ainsi que le juge de la Cour de l'impôt s'est écarté du cadre d'analyse formulé dans l'arrêt *Canderel*, qui exigeait d'abord la décision du point de savoir si l'évaluation à la valeur du marché des contrats d'options sur devises, telle que pratiquée par l'appelante, était une méthode valable, c'est-à-dire capable de donner une image fidèle de ses bénéfices pour l'année d'imposition 1998. S'il s'était conformé à ce cadre d'analyse, il aurait constaté que l'évaluation à la valeur du marché était une méthode valable. Cette conclusion se trouve

where it was held that gains and losses on income account resulting from foreign currency fluctuation may be recorded on an accrual basis for tax purposes. This is clear authority, argues the appellant, that mark to market accounting should take precedence over the realization principle with respect to its foreign exchange option contracts (memorandum of the appellant, paragraphs 58 to 60).

[36] The appellant adds that the decision of the Supreme Court in *Friedberg* does not bar the use of an alternative method, as the only issue before the Court in that case was whether the Crown had demonstrated that the taxpayer's adoption of the realization method was inappropriate. *Friedberg* does not foreclose the use of profit computation methods other than realization in appropriate circumstances (memorandum of the appellant, paragraph 62).

[37] Third, the appellant submits that the introduction of mandatory mark to market valuations for financial institutions through sections 142.2 to 142.6 of the Act was intended to ensure that income is measured appropriately. The CRA's administrative policies extending that treatment to foreign exchange option contracts held by financial institutions, notwithstanding that such contracts fall outside the scope of these provisions, reinforces this conclusion (memorandum of the appellant, paragraphs 63 to 67).

[38] Fourth, the appellant argues that while realization produces certainty of result, this is not the test mandated by section 9 of the Act. It is rather the mark to market method which produces the best measure of the results of its business of dealing in foreign exchange option contracts. Indeed, although its losses at the end of the 1998 taxation year were not "realized", they nevertheless "could have been crystallized at any time, given the very liquid ... option market, by purchasing offsetting contracts from their bank counterparties or other banks" (memorandum of the appellant, paragraph 71).

confirmée par l'arrêt *Canadian General Electric*, où la Cour suprême a statué que les gains et les pertes résultant de la fluctuation des devises qui sont imputées au compte de revenu peuvent être enregistrés aux fins fiscales suivant la méthode de la comptabilité d'exercice. C'est là un fondement jurisprudentiel clair, affirme l'appelante, pour la thèse que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché devrait l'emporter sur le principe de réalisation en ce qui concerne ses contrats d'options sur devises (mémoire de l'appelante, paragraphes 58 à 60).

[36] L'appelante ajoute que l'arrêt *Friedberg* de la Cour suprême n'interdit pas l'application d'une autre méthode possible, étant donné que la seule question à trancher dans cette affaire était celle de savoir si la Couronne avait établi l'invalidité de l'adoption par le contribuable du principe de réalisation. L'arrêt *Friedberg* n'a pas pour effet d'interdire l'application de méthodes de calcul des bénéfices autres que celle de la réalisation lorsque les circonstances le justifient (mémoire de l'appelante, paragraphe 62).

[37] Troisièmement, l'appelante avance que l'obligation faite aux institutions financières, par les articles 142.2 à 142.6, d'appliquer l'évaluation à la valeur du marché a pour objet d'assurer un calcul du revenu fidèle à la réalité. La politique administrative de l'ARC qui étend ce traitement aux contrats d'options sur devises détenus par les institutions financières, alors que les contrats de cette nature n'entrent pas dans le champ d'application desdits articles, vient renforcer cette conclusion (mémoire de l'appelante, paragraphes 63 à 67).

[38] Quatrièmement, fait valoir l'appelante, s'il est vrai que le principe de réalisation assure la certitude du résultat, ce n'est pas là le critère dont l'article 9 de la Loi prescrit l'application. C'est plutôt la méthode d'évaluation à la valeur du marché qui permet de mesurer le mieux les résultats de son entreprise de négociation d'options sur devises. En fait, bien qu'elle n'ait pas [TRADUCTION] « réalisé » ses pertes à la clôture de l'année d'imposition 1998, elle aurait néanmoins [TRADUCTION] « pu les cristalliser n'importe quand, étant donné la nature très liquide [...] du marché des

[39] Finally, the appellant asserts that the inconsistency found by the Tax Court Judge in respect of the values it used in computing its income pursuant to the mark to market method is attributable to clerical errors which it made in preparing its expert report. The appellant maintains that once the proper calculations are made, the differences between the values provided by the different bank counterparties are inconsequential (memorandum of the appellant, paragraphs 39 to 42).

[40] Turning to the inventory issue, the appellant asserts that for purposes of the Act, “[a]ll property that is not capital property is inventory” citing *inter alia Friesen*, at paragraphs 28, 32, 66 and *C.A.E. Inc. v. Canada*, 2013 FCA 92, [2013] 4 C.T.C. 160 (*C.A.E.*), at paragraph 77 (memorandum of the appellant, paragraph 85). Because the foreign exchange option contracts were not capital property, it necessarily follows that they are inventory (memorandum of the appellant, paragraph 85).

[41] Beyond this, the appellant argues that there is no basis for the Tax Court Judge’s conclusion that the written contracts were not property and could not, on that account, be inventory. Specifically, the appellant submits that the written options embody more than just a liability and therefore come within the definition of “property” in subsection 248(1) of the Act (memorandum of the appellant, paragraph 95):

The [writer] of the contract thus has two rights that subsist throughout the contract until maturity ...: (i) the right to retain the premium, pending the outcome of the contract at maturity, and (ii) the right to receive from the purchaser the contract price ... contingent upon the purchaser exercising the option

[42] Finally, the appellant notes that the Tax Court Judge’s decision leads to an asymmetrical treatment

options, en achetant des contrats de sens inverse à ses contreparties ou à d’autres banques » (mémoire de l’appelante, paragraphe 71).

[39] Enfin, l’appelante explique que le défaut d’uniformité, constaté par le juge de la Cour de l’impôt, des valeurs qu’elle avait utilisées dans le calcul de son revenu selon la méthode d’évaluation à la valeur du marché est attribuable à des erreurs d’écriture commises dans la rédaction de son rapport d’expert. Elle fait valoir que, une fois les calculs rectifiés, les différences entre les valeurs communiquées respectivement par les banques de contrepartie se révèlent peu importantes (mémoire de l’appelante, paragraphes 39 à 42).

[40] Concernant la question de l’inventaire, l’appelante soutient que, pour l’application de la Loi, [TRADUCTION] « [t]ous les biens qui n’appartiennent pas à la catégorie des biens en immobilisation appartiennent à celle des biens figurant à l’inventaire », citant entre autres les paragraphes 28, 32 et 66 de l’arrêt *Friesen*, et le paragraphe 77 de l’arrêt *C.A.E. Inc. c. Canada*, 2013 CAF 92 (arrêt *C.A.E.*) (mémoire de l’appelante, paragraphe 85). Or, comme les contrats d’options sur devises n’étaient pas des biens en immobilisation, il s’ensuit nécessairement qu’ils étaient des biens figurant à l’inventaire (mémoire de l’appelante, paragraphe 85).

[41] En outre, l’appelante fait valoir l’absence de fondement de la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle les contrats vendus ne constituaient pas des biens et ne pouvaient de ce fait appartenir à la catégorie des biens figurant à l’inventaire. Les options vendues, précise-t-elle, ne sont pas réductibles à des éléments de passif et entrent par conséquent dans la définition que donne du terme « biens » le paragraphe 248(1) de la Loi (mémoire de l’appelante, paragraphe 95) :

[TRADUCTION] Le [vendeur] du contrat possède donc deux droits qui subsistent jusqu’à l’échéance de celui-ci [...] : i) le droit de garder la prime en attendant le résultat de l’option à ladite échéance, et ii) le droit de recevoir de l’acheteur le prix du contrat [...] sous condition de l’exercice de l’option par ledit acheteur [...]

[42] Enfin, l’appelante fait observer que la décision du juge de la Cour de l’impôt a pour effet un traitement

because the income from its purchased contracts is required to be computed on the basis of marking these contracts to market at year end whereas the income from its written contracts is only recognized upon realization. This imposition of different methods of profit computation to a single business, the appellant argues, cannot yield an accurate picture of the profit from that business (memorandum of the appellant, paragraphs 104 and 105).

[43] The appellant accordingly asks that the appeal be allowed with costs throughout.

- *The Crown*

[44] From the Crown's perspective, the issues to be decided are whether the Tax Court Judge erred in law in concluding that:

- The mark to market method did not provide an accurate picture of the appellant's income and that the realization method should apply;
- The options written by the appellant do not constitute inventory whereas the purchased options do (memorandum of the Crown, at paragraph 26).

[45] In addressing the first issue, the Crown stands by the reasons advanced by the Tax Court Judge and submits that he correctly held that section 9 of the Act does not allow the appellant to value its foreign exchange option contracts on a mark to market basis. Indeed, absent a provision to the contrary, profit for tax purposes is only recognized when realized. While mark to market accounting is consistent with GAAP, the Crown maintains that GAAP are mere interpretative aids and do not amount to rules of law. The Tax Court Judge therefore properly concluded that income generated by the appellant's foreign exchange option contracts had to be recognized on a realization basis, especially as his decision conforms with *Friedberg*, where it was similarly determined that the mark to market method was not appropriate notwithstanding that it may have better

asymétrique : elle se trouverait ainsi obligée de calculer le revenu tiré des contrats qu'elle a achetés en les évaluant à la valeur du marché en fin d'année, tandis qu'elle ne constaterait qu'au moment de la réalisation le revenu tiré des contrats qu'elle a vendus. L'imposition à une même entreprise de méthodes différentes pour le calcul de ses bénéfices, fait valoir l'appelante, ne peut lui permettre de donner une image fidèle de ces bénéfices (mémoire de l'appelante, paragraphes 104 et 105).

[43] En conséquence, l'appelante nous demande d'accueillir le présent appel avec dépens devant toutes les cours.

- *La Couronne*

[44] Du point de vue de la Couronne, les questions à trancher sont celles de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis des erreurs de droit en tirant les deux conclusions suivantes :

- La comptabilité d'évaluation à la valeur du marché ne donnait pas une image fidèle du revenu de l'appelante, au calcul duquel le principe de réalisation devrait être appliqué;
- Les options vendues par l'appelante ne constituent pas des biens figurant à l'inventaire, tandis que celles qu'elle a achetées appartiennent à cette catégorie (mémoire de la Couronne, paragraphe 26).

[45] Concernant la première question, la Couronne souscrit aux motifs exposés par le juge de la Cour de l'impôt et soutient qu'il a eu raison de conclure que l'article 9 de la Loi n'autorise pas l'appelante à évaluer ses contrats d'options sur devises à la valeur du marché. En fait, sauf disposition contraire, avance-t-elle, les bénéfices ne sont constatés aux fins fiscales qu'au moment de la réalisation. S'il est vrai que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché est conforme aux PCGR, ceux-ci, fait valoir la Couronne, ne sont que des instruments d'interprétation et non des règles de droit. Le juge de la Cour de l'impôt a donc valablement conclu que l'appelante devait constater suivant le principe de réalisation le revenu tiré de ses contrats d'options sur devises, compte tenu en particulier de la conformité de sa décision à l'arrêt *Friedberg*, où la Cour suprême a

described the taxpayer's profit for some other non-tax purposes (memorandum of the Crown, paragraphs 34 to 38).

[46] The Crown's further argument before the Tax Court Judge that the claimed loss should be denied based on paragraph 18(1)(e) of the Act (reasons, at paragraph 5) was not pursued on appeal.

[47] With respect to the second issue, the Crown argues that neither the written or purchased options qualify as inventory. The Crown asserts that the appellant "did not carry on the business of selling and purchasing option contracts", as its business was rather "to enter into option contracts with a view to exercise the rights under those it [purchased], and with the hope that its counterparty would not exercise the right it had under the option it wrote" (memorandum of the Crown, paragraph 48). As such, the appellant's business was "only based on the execution of the option contracts per se" (memorandum of the Crown, paragraph 48).

[48] With specific reference to the written options, the Crown submits that the Tax Court Judge correctly found that these options did not qualify as property in the appellant's hands and could not on that account be inventory. The ownership of these options rather rested in the hands of the financial institutions that acquired them (memorandum of the Crown, paragraph 49).

[49] However, the Crown argues that the Tax Court Judge erred in concluding that the purchased options are inventory as they were not held for sale, a condition which must be met before property can qualify as inventory (memorandum of the Crown, paragraph 50).

[50] In this respect, the Crown takes issue with the appellant's contention that *Friesen* stands for the

semblablement conclu au caractère inapproprié de l'évaluation à la valeur du marché, malgré le fait que cette méthode pourrait avoir donné une image plus fidèle des bénéfices du contribuable à des fins non fiscales (mémoire de la Couronne, paragraphes 34 à 38).

[46] La Couronne n'a pas repris dans le présent appel cet autre argument qu'elle avait avancé devant la Cour de l'impôt selon lequel il convenait de refuser sur le fondement de l'alinéa 18(1)e) de la Loi la déduction de la perte déclarée (motifs, au paragraphe 5).

[47] Pour ce qui concerne la seconde question, la Couronne soutient que ni les options vendues ni les options achetées ne peuvent être considérées comme des biens figurant à l'inventaire. L'appelante [TRADUCTION] « n'exploitait pas une entreprise de vente et d'achat de contrats d'options », avance la Couronne : son entreprise consistait plutôt à [TRADUCTION] « passer des contrats d'options dans l'intention d'exercer les droits afférents à ceux qu'elle [achetait] et dans l'espoir que sa contrepartie n'exercerait pas les droits qu'elle détenait en vertu de ceux qu'elle vendait » (mémoire de la Couronne, paragraphe 48). Par conséquent, l'entreprise de l'appelante [TRADUCTION] « était circonscrite à l'exécution des contrats d'options en soi » (mémoire de la Couronne, paragraphe 48).

[48] Touchant spécialement les options vendues, la Couronne soutient que le juge de la Cour de l'impôt a eu raison de conclure que ces options ne pouvaient être considérées comme des biens détenus par l'appelante et, de ce fait, ne pouvaient se ranger dans la catégorie des biens figurant à l'inventaire. Ces options étaient plutôt détenues par les institutions financières qui les avaient acquises (mémoire de la Couronne, paragraphe 49).

[49] Cependant, affirme la Couronne, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que les options achetées étaient des biens figurant à l'inventaire; en effet, ces options n'étaient pas détenues en vue d'être vendues, condition que doit remplir un bien pour pouvoir être considéré comme figurant à l'inventaire (mémoire de la Couronne, paragraphe 50).

[50] À ce propos, la Couronne conteste l'affirmation de l'appelante comme quoi se déduirait de l'arrêt

proposition that property that is not capital property is necessarily inventory. According to the Crown, “[r]eaching the ... decision in this manner would lead to an absurd result where cash on hand or accounts receivable appearing on the balance sheet would qualify as inventory” (memorandum of the Crown, paragraph 47).

[51] The Crown therefore asks that the appeal on the merits be dismissed with costs, and that the cost award made by the Tax Court be affirmed.

ANALYSIS

- *Mark to market v. realization*

[52] The determination of a taxpayer’s income from a business pursuant to subsections 9(1) and (2) of the Act gives rise to a question of law (*Friesen*, at paragraph 41; *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 96, at page 101; *Canderel*, at paragraphs 32 and 53, point 1). As such, the Tax Court Judge’s conclusion that this determination must be made in accordance with the principle of realization is to be assessed on the standard of correctness.

[53] The precise issue which arises, independently of considerations relating to the treatment of inventory, is whether the foreign exchange option contracts to which the appellant was a party at the close of its 1998 taxation year can give rise to a loss or profit in the absence of an actual transfer or disposition. This in turn depends on whether the appellant was authorized under the Act to use mark to market accounting in ascertaining the profit or loss generated by its dealings in foreign exchange derivatives or whether it was bound to apply the principle of realization, as the Tax Court Judge held.

Friesen le principe qu’un bien qui n’est pas un bien en immobilisation serait nécessairement un bien figurant à l’inventaire. Selon la Couronne, [TRADUCTION] « [u]ne telle interprétation de cet arrêt [...] aurait pour effet absurde de faire considérer l’encaisse ou les créances inscrites sur le bilan comme des biens figurant à l’inventaire » (mémoire de la Couronne, paragraphe 47).

[51] En conséquence, la Couronne nous demande de rejeter l’appel sur le fond avec dépens, et de confirmer la décision sur les dépens prononcée par la Cour de l’impôt.

ANALYSE

- *L’évaluation à la valeur du marché par opposition au principe de réalisation*

[52] La détermination, sous le régime des paragraphes 9(1) et (2) de la Loi, du revenu que le contribuable a tiré d’une entreprise met en jeu une question de droit (arrêt *Friesen*, au paragraphe 41; arrêt *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C. de l’É. 96, à la page 101; et arrêt *Canderel*, au paragraphe 32 et à l’alinéa 1 du paragraphe 53). Par conséquent, la conclusion du juge de la Cour de l’impôt voulant que cette détermination doive se faire suivant le principe de réalisation est assujettie à la norme de la décision correcte.

[53] La question précise qui se pose, indépendamment des considérations touchant la composition des biens figurant à l’inventaire, est celle de savoir si les contrats d’options sur devises auxquels l’appelante était partie à la clôture de son année d’imposition 1998 pouvaient donner lieu à la constatation d’une perte ou d’un bénéfice en l’absence d’une disposition ou d’un transfert réel. La réponse à cette question dépend elle-même du point de savoir si la Loi autorisait l’appelante à utiliser la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché pour déterminer le bénéfice ou la perte découlant de sa négociation de produits dérivés sur devises, ou si elle était plutôt tenue d’appliquer le principe de réalisation, comme l’a jugé le juge de la Cour de l’impôt.

[54] Before turning to this question it is essential to understand the exact nature of the appellant's business. In this regard, the Tax Court Judge found that the appellant "carried on a business of speculating on foreign exchange currency options" (reasons, at paragraph 38). For that purpose, the options held by the appellant in 1998 could be closed by purchasing an offsetting option contract (reasons, at paragraph 43), rolled over to the next year (reasons, at paragraphs 31 to 33) or transferred subject to obtaining the consent of the counterparty (reasons, at paragraph 45). He further found that this business was conducted separate and apart from the appellant's core business and on a large scale, in a manner similar to sophisticated traders in foreign exchange options (reasons, at paragraph 38). The Tax Court Judge also accepted that by writing more options than it purchased, the appellant heightened the speculative risk inherent in its foreign exchange dealings but also increased the potential for large profits (reasons, at paragraph 38).

[55] The Tax Court Judge had before him extensive evidence as to how income generated by this type of activity is to be portrayed for accounting and financial reporting purposes. The record is clear that speculative activity of this type is best reflected by valuing option positions at market as of the balance sheet day and by recognizing any change in value from the beginning to the end of the period as a gain or loss in the income statement (reasons, at paragraphs 2(e), 60 and 62). This is the position advocated by GAAP both in Canada and the U.S. as well as by the United States Financial Accounting Standards Board (FASB) (reasons, at paragraph 58). No evidence going the other way was introduced on this point.

[56] Despite this evidence and the fact that the Minister accepts that banks and other financial institutions report their income from such activity according to the mark to market method of accounting (reasons, at paragraph 73), the Tax Court Judge held that the appellant could not avail itself of this method. Rather, it had to abide by the principle of realization. The reasons

[54] Avant d'examiner cette question, il est essentiel de comprendre la nature exacte de l'entreprise de l'appelante. À ce propos, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que celle-ci « exploitait une entreprise de spéculation sur les options sur devises » (motifs, au paragraphe 38). Dans ce contexte, l'appelante avait le choix entre trois possibilités concernant les options qu'elle détenait en 1998 : soit fermer les positions sur ces options en achetant des contrats de sens inverse (motifs, au paragraphe 43), soit les reconduire sur l'année suivante (motifs, aux paragraphes 31 à 33), soit les transférer sous condition du consentement de l'autre partie (motifs, au paragraphe 45). Le juge de la Cour de l'impôt a aussi conclu que l'appelante exploitait cette entreprise séparément de ses activités principales et à grande échelle, d'une façon semblable à ce qu'auraient fait des négociateurs spécialisés en la matière (motifs, au paragraphe 38). Il a en outre constaté que, en vendant plus d'options qu'elle n'en achetait, l'appelante augmentait le risque spéculatif inhérent à ses opérations sur devises, mais aussi la possibilité de réaliser des bénéfices considérables (motifs, au paragraphe 38).

[55] Le juge de la Cour de l'impôt disposait d'une preuve abondante concernant la manière dont il faut rendre compte du revenu tiré de ce genre d'activité aux fins de la comptabilité et de la présentation de l'information financière. Le dossier établit sans ambiguïté que la meilleure manière de rendre compte de cette activité spéculative est d'évaluer à la valeur du marché les positions sur les options à la date du bilan et de constater toute variation de valeur entre le début et la fin de la période comme gain ou comme perte dans l'état des résultats (motifs, aux paragraphes 2e), 60 et 62). Telle est la méthode préconisée par les PCGR aussi bien canadiens qu'américains, ainsi que par le Financial Accounting Standards Board des États-Unis (le FASB) (motifs, au paragraphe 58). Il n'a pas été présenté sur ce point de preuve allant dans le sens contraire.

[56] Or, malgré cette preuve et le fait que le ministre accepte que les banques et autres institutions financières déclarent les revenus qu'elles tirent de ce genre d'activité suivant la méthode comptable d'évaluation à la valeur du marché (motifs, au paragraphe 73), le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'appelante ne pouvait appliquer cette méthode, mais qu'elle devait plutôt se

which led the Tax Court Judge to this conclusion are encapsulated in the following passage (reasons, at paragraph 114):

... The realization principle is basic to Canadian tax law. It provides certainty of a gain or a loss. Without some support of the statutory language or a compelling interpretation tool it ought not be cast aside. This is found in sections 142.2 to 142.5; these provisions, like subsection 1801 of the *ITR*, are exceptions to the realization principle and a departure from the general principle that assets are valued at their historical cost.

[57] The Tax Court Judge noted that sections 142.2 to 142.5 did not authorize the use of the mark to market method with respect to foreign exchange option contracts as these do not come within the defined meaning “mark to market property” (reasons, at paragraph 111). He further noted that even though the CRA allows banks and financial institutions to use mark to market accounting, this does not assist the appellant as his task is to apply the law rather than CRA’s administrative policies (reasons, at paragraph 115). The suggestion is that mark to market accounting is not an acceptable method of reporting income derived from dealing in foreign exchange options regardless of who uses this method.

[58] Because he was unable to identify any provision in the Act or the *ITR* which “requires or authorizes” a departure from the realization principle, the Tax Court Judge held that this principle was binding on the appellant. He came to this conclusion despite finding that the mark to market method is consistent with well accepted business principles, is GAAP’s preferred basis of accounting for foreign exchange option contracts and that the FASB and international accounting recognize that income generated by such dealings is best depicted in accordance with this method (reasons, at paragraph 105).

[59] I agree with the appellant that in so holding the Tax Court Judge treated the realization principle as an

conformer au principe de réalisation. Les motifs qui l’ont mené à cette conclusion sont résumés dans le passage suivant (motifs, au paragraphe 114) :

[...] Le principe de la réalisation est fondamental en droit fiscal canadien. Il procure la certitude d’un gain ou d’une perte. En l’absence d’un certain appui dans le texte législatif ou d’un outil d’interprétation contraignant, on ne doit pas l’[écarter]. C’est ce que l’on trouve dans les articles 142.2 à 142.5; ces dispositions, à l’instar de l’article 1801 du RIR, représentent des exceptions au principe de réalisation et une dérogation au principe général voulant que les éléments d’actif soient évalués à leur coût d’origine.

[57] Le juge de la Cour de l’impôt a rappelé que les articles 142.2 à 142.5 n’autorisent pas l’utilisation de la méthode d’évaluation à la valeur du marché pour les contrats d’options sur devises, étant donné que ces contrats n’entrent pas dans la définition de l’expression « bien évalué à la valeur du marché » (motifs, au paragraphe 111). Il a aussi fait observer que l’autorisation donnée par l’ARC aux banques et autres institutions financières d’utiliser la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché n’aidait pas l’appelante, puisqu’il avait pour tâche d’appliquer la loi et non les politiques administratives de l’ARC (motifs, au paragraphe 115). Le juge semble ici vouloir donner à penser que la comptabilité d’évaluation à la valeur du marché n’est pas une méthode acceptable de déclaration du revenu tiré des opérations sur devises et ce, sans égard à la personne qui l’utilise.

[58] Au motif qu’il ne pouvait trouver dans la Loi ni dans le RIR aucune disposition qui « exige » ou « permet[te] » de s’écarter du principe de réalisation, le juge de la Cour de l’impôt a conclu que ce principe était contraignant pour l’appelante. Il est arrivé à cette conclusion bien qu’il eût constaté que la méthode d’évaluation à la valeur du marché est conforme aux principes commerciaux ordinaires, qu’elle constitue la méthode privilégiée par les PCGR pour les contrats d’options sur devises, et que les normes du FASB comme les normes comptables internationales établissent que cette méthode est celle qui rend le mieux compte du revenu produit par de telles options (motifs, au paragraphe 105).

[59] Je crois comme l’appelante que le juge de la Cour de l’impôt, en formulant cette conclusion, a assimilé le

overarching principle, an approach which runs counter to the decisions of the Supreme Court in *Canderel* and *Ikea*. It is clear from both these decisions that the realization principle can give way to other methods of computing income pursuant to section 9 of the Act where these can be shown to provide a more accurate picture of the taxpayer's income for the year (see in particular *Ikea*, at paragraphs 40 and 41).

[60] The Supreme Court in *Canadian General Electric*, a decision rendered some 50 years earlier, reached a similar conclusion in a context more closely connected to the present one. The issue in that case was whether foreign exchange profits inherent in Canadian General Electric's (CGE) U.S. dollars liabilities, as evidenced by outstanding promissory notes, could be brought into income on an accrued basis according to the relative value of the Canadian dollar at year end (CGE's position), or whether they could only be recognized in the year in which the notes were actually retired (the Minister's position). The Supreme Court, in a split decision, upheld CGE's position and rejected the Minister's position that realization was mandatory.

[61] The Tax Court Judge appeared to distinguish this decision on the basis that the foreign currency income in issue in that case was generated in the context of CGE's core business (i.e.: the selling of electrical products acquired from U.S. suppliers) and not in the pursuit of a separate business (reasons, at paragraph 96). While this was no doubt a factor given that CGE reported its income on an accrual basis, it is clear from the reasons of the judges forming the majority (Martland J., Cartwright J., Ritchie J.) that they would not have accepted CGE's method of reporting its foreign exchange profits unless they were satisfied that it provided a fair reflection of the income derived from the outstanding notes (*Canadian General Electric*, at paragraphs 35 and 41 [pages 17 and 18 of the S.C.R.]). The proposition which flows from this decision is that both methods had their virtues and that CGE was entitled to adopt the one of its choice, subject to applying it consistently

principe de réalisation à un principe d'application générale, ce qui va à l'encontre des arrêts *Canderel* et *Ikea* de la Cour suprême. Il ressort clairement de ces deux arrêts que l'on peut remplacer le principe de réalisation par d'autres méthodes de calcul du revenu sous le régime de l'article 9 de la Loi dans les cas où il peut être établi que celles-ci donnent une image plus fidèle du revenu du contribuable pour l'année en cause (voir en particulier l'arrêt *Ikea*, aux paragraphes 40 et 41).

[60] La Cour suprême en est arrivée à une conclusion semblable dans l'arrêt *Canadian General Electric*, prononcé quelque 50 ans plus tôt, dont le contexte se révèle plus étroitement lié à la présente espèce. La question en litige dans cette affaire était celle de savoir si Canadian General Electric (CGE) pouvait, conformément à sa propre thèse, porter à son revenu suivant la méthode de la comptabilité d'exercice, en se fondant sur la valeur relative du dollar canadien à la clôture de l'année d'imposition, les bénéfices sur devises tirés de ses dettes libellées en dollars américains, dont témoignaient des billets à ordre impayés, ou si, comme le soutenait le ministre, elle ne pouvait constater ces bénéfices que dans l'année du paiement effectif des billets. La Cour suprême, par une décision partagée, a confirmé la thèse de CGE et rejeté la position du ministre voulant qu'il soit obligatoire d'appliquer le principe de réalisation.

[61] Il semble que le juge de la Cour de l'impôt ait écarté cet arrêt au motif que le revenu sur devises en question dans cette affaire avait été produit dans le contexte de l'activité commerciale ordinaire de CGE (c'est-à-dire la vente de produits électriques achetés à des fournisseurs américains) et non de l'exploitation d'une entreprise distincte (motifs, au paragraphe 96). Ce facteur entraine sans aucun doute en ligne de compte, étant donné que CGE déclarait son revenu suivant la comptabilité d'exercice, mais il ressort à l'évidence des motifs de la majorité (composée des juges Martland, Cartwright et Ritchie) que celle-ci n'aurait pas accepté la méthode selon laquelle CGE déclarait ses bénéfices réalisés sur le change si elle n'avait été convaincue que cette méthode donnait une image fidèle du revenu tiré des billets impayés (*Canadian General Electric*, aux paragraphes 35 et 41 [aux pages 17 et 18 du R.C.S.]). La leçon qui découle de cet arrêt est que les deux méthodes

(*Canadian General Electric*, at paragraphs 41 and 42 [pages 18 and 19 of the S.C.R.]). In my respectful view, *Canadian General Electric* is in direct contradiction with the Tax Court Judge's holding that realization is an overarching principle which applies in the absence of a provision authorizing or requiring the application of a different method.

[62] The Tax Court Judge also relied on the decision of the Supreme Court in *Friedberg*, a case involving the tax treatment of gold futures, specifically whether trading losses could be recognized in the year of realization (Mr. Friedberg's position), or whether income from that source had to be accrued over the years during which the gold futures were held by Mr. Friedberg (Crown's position). In a judgment delivered from the bench, the Supreme Court dismissed the Crown's appeal, and confirmed Mr. Friedberg's entitlement to report his losses in the year of disposition.

[63] Iacobucci J., writing for the Court, noted that even though the method proposed by the Crown may better describe Mr. Friedberg's income position "for some purposes", the method used by Mr. Friedberg was the one to be applied for tax purposes (*Friedberg*, at paragraph 4 [page 286 of the S.C.R.]). The Tax Court Judge read *Friedberg* as supporting his conclusion that mark to market accounting, although appropriate for financial statement purposes, must give way to the principle of realization when comes time to determine a taxpayer's income under the Act (reasons, at paragraphs 108 to 110 and 114).

[64] Again, this reading would be in direct contradiction with *Canadian General Electric*. Recognizing that the matter is not free from doubt, the better view is that in holding that the Crown "ha[d] not demonstrated that there [was] any error in adopting [the realization method]" (*Friedberg*, at paragraph 3 [page 286]), the Court

avaient leurs avantages et que CGE avait le choix entre l'une ou l'autre, à condition qu'elle appliquât systématiquement celle qu'elle retiendrait (*Canadian General Electric*, aux paragraphes 41 et 42 [aux pages 18 et 19 du R.C.S.]). Soit dit en tout respect, l'arrêt *Canadian General Electric* me paraît en contradiction flagrante avec la conclusion du juge de la Cour de l'impôt voulant que le principe de réalisation soit un principe d'application générale, sauf disposition autorisant ou exigeant le recours à une méthode différente.

[62] Le juge de la Cour de l'impôt s'est également appuyé sur l'arrêt *Friedberg*, par lequel la Cour suprême a décidé une affaire concernant le traitement fiscal de contrats à terme sur l'or, plus précisément la question de savoir si les pertes d'entreprise découlant de la négociation de ces instruments pouvaient être constatées dans l'année de réalisation (comme le soutenait M. Friedberg), ou si le revenu de cette source devait être reconnu par régularisation sur les années pendant lesquelles M. Friedberg détenait lesdits contrats à terme (comme l'affirmait la Couronne). Par jugement prononcé sur le banc, la Cour suprême a rejeté l'appel de la Couronne et confirmé le droit de M. Friedberg de déclarer ses pertes dans l'année de la disposition des contrats.

[63] Le juge Iacobucci, rédacteur des motifs de la Cour, a expliqué que, même si la méthode proposée par la Couronne décrivait peut-être mieux, « à certaines fins », la situation de revenu du contribuable, la méthode retenue par M. Friedberg était celle qu'il fallait appliquer aux fins fiscales (*Friedberg*, au paragraphe 4 [page 286 du R.C.S.]). Le juge de la Cour de l'impôt a interprété l'arrêt *Friedberg* comme venant au soutien de sa conclusion que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché, bien qu'appropriée aux fins de la présentation de l'information financière, devait céder le pas au principe de réalisation lorsque vient le temps de déterminer le revenu d'un contribuable sous le régime de la Loi (motifs, aux paragraphes 108 à 110 et 114).

[64] Ici encore, cette interprétation paraît contredire de front l'arrêt *Canadian General Electric*. Bien que le doute ne soit pas entièrement exclu, il semble préférable de penser que la Cour suprême, en concluant que la Couronne n'avait « pas démontré que l'on [eût] commis une erreur en adoptant [la méthode de la

was leaving open the possibility that the loss could also be accrued in line with what had been said in the two prior Federal Court decisions which were confirmed (Federal Court, Appeal Division, (1991), 92 DTC 6031, at page 6036; Federal Court, Trial Division, (1989), 89 DTC 5115, at page 5122). Given that no reference was made to *Canadian General Electric*, it would be inappropriate to read *Friedberg* as overturning the long standing rule established in that case.

[65] In further support for his conclusion, the Tax Court Judge read the decision of the Supreme Court in *Friesen* as standing for the proposition that realization is “a general principle of taxation” which applies unless “the Act provides [for] an exception” (reasons, at paragraph 104). I respectfully disagree.

[66] *Friesen* dealt with the narrow question whether a taxpayer who was engaged in a “business” only by reason of the extended definition of that term—i.e.: “business” includes an adventure in the nature of trade (subsection 248(1))—could consider the land, which he had bought for resale, as inventory so as to benefit from the write-down in value which subsection 10(1) authorizes. In a split decision, the Court—Major J. writing for the majority—held that a taxpayer engaged in an adventure in the nature of trade was in the same position as a regular land trader and that Mr. Friesen could therefore avail himself of the write-down. Although the reasons acknowledge that generally neither profits nor losses are recognized until realized (*Friesen*, at paragraphs 56 and 57), and that realization plays a fundamental role under the Act (*Friesen*, at paragraphs 105 to 109), nothing in the reasons of the majority or the minority indicates that this principle cannot be departed from where appropriate, in order to provide an accurate picture of income. On this point, it is useful to recall that Iacobucci J., who authored the dissenting reasons in *Friesen*, wrote the unanimous reasons in *Canderel* and *Ikea* which reject realization as an overarching principle.

réalisation] » (arrêt *Friedberg*, au paragraphe 3 [page 286]), laissait ouverte la possibilité de constater la perte par régularisation, conformément aux conclusions des deux décisions antérieures de la Cour fédérale confirmées par l’arrêt *Friedberg* (Cour fédérale, Section d’appel, [1991] A.C.F. n° 1255 (QL), (1991), 92 DTC 6031, à la page 6036; et Cour fédérale, Section de première instance, [1989] A.C.F. n° 23 (QL), (1989), 89 DTC 5115, à la page 5122). Comme la Cour suprême n’a pas cité l’arrêt *Canadian General Electric*, il ne serait pas légitime d’interpréter l’arrêt *Friedberg* comme informant la règle de longue date établie par celui-là.

[65] Toujours afin d’étayer sa conclusion, le juge de la Cour de l’impôt a tiré de l’arrêt *Friesen* de la Cour suprême la leçon que le principe de réalisation serait un « principe général d’imposition », applicable « à moins que la Loi [n’y] prévoie une exception » (motifs, au paragraphe 104). Soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à cette interprétation.

[66] L’arrêt *Friesen* portait sur la question circonscrite de savoir si un contribuable considéré comme exploitant une « entreprise » strictement en fonction de la définition élargie de ce terme — c’est-à-dire du fait qu’elle inclut un projet comportant un risque de caractère commercial (paragraphe 248(1) de la Loi) — pouvait ranger le terrain qu’il avait acheté aux fins de revente dans la catégorie des biens figurant à l’inventaire afin de tirer parti de la réduction de valeur qu’autorise le paragraphe 10(1). Dans une décision partagée, la Cour — par le truchement du juge Major, rédacteur des motifs de la majorité — a décidé qu’un contribuable exécutant un projet qui comporte un risque de caractère commercial se trouve dans la même situation qu’un spéculateur foncier ordinaire et que M. Friesen pouvait donc se prévaloir de la réduction de valeur. Bien que les motifs de cet arrêt reconnaissent que, en général, ni les bénéfices ni les pertes ne sont constatés avant leur réalisation (arrêt *Friesen*, aux paragraphes 56 et 57), et que le principe de réalisation joue un rôle fondamental sous le régime de la Loi (arrêt *Friesen*, aux paragraphes 105 à 109), aucun élément des motifs majoritaires ou minoritaires ne donne à penser qu’il serait interdit de s’écarter de ce principe au besoin, afin de donner une image fidèle

[67] There is therefore no authority for the Tax Court Judge's proposition that the principle of realization applies to the exclusion of mark to market accounting unless the Act provides otherwise.

[68] Because mark to market accounting cannot be excluded as a competing method the question to be answered, when regard is had to the framework of analysis set out at paragraph 53 of *Canderel*, is whether the appellant has discharged the onus of showing that mark to market accounting provides an accurate picture of its income for the year.

[69] The Tax Court Judge made no findings in this regard. Although he asserts on a number of occasions that the goal in determining profit and loss for financial/accounting purposes and for income tax purposes are not necessarily the same (reasons, at paragraphs 65 and 108 to 110), he does not indicate what differences were at play, if any, nor the impact which they would have had on the accuracy of the income computed by the appellant for tax purposes.

[70] Absent some such indication, there is no basis on which to hold that mark to market accounting does not procure an accurate picture of the appellant's income under the Act. As was stated in *Canderel*, "the goal of the legal test of 'profit' should be to determine which method of accounting best depicts the reality of the financial situation of the ... taxpayer" (*Canderel*, at paragraph 44). This coincides with the goal which mark to market accounting seeks to achieve on the facts of this case i.e.: recognizing income or losses based on the amount which can be realized by dealers in derivatives at the balance sheet by *inter alia* entering into an offsetting contract (appeal book, Vol. 12, pages 2419, 2420, 2448 and 2449; Vol. 17, pages 3376 and 3377). As it is

du revenu. À ce propos, il est utile de rappeler que le juge Iacobucci, qui a rédigé les motifs dissidents de l'arrêt *Friesen*, est aussi l'auteur des motifs unanimes des arrêts *Canderel* et *Ikea*, qui rejettent tous deux l'idée que le principe de réalisation serait d'application générale.

[67] Il n'existe donc pas de fondement jurisprudentiel à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle le principe de réalisation s'appliquerait à l'exclusion de la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché, sauf disposition contraire de la Loi.

[68] Étant donné que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché ne peut être exclue comme autre méthode possible, la question qu'il faut trancher, compte tenu du cadre d'analyse exposé au paragraphe 53 de l'arrêt *Canderel*, est celle de savoir si l'appelante s'est acquittée de la charge qui pesait sur elle d'établir que cette méthode donne une image fidèle de son revenu pour l'année considérée.

[69] Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas formulé de conclusion à cet égard. Bien qu'il affirme à plusieurs reprises que la détermination des bénéfices n'a pas nécessairement les mêmes objectifs selon qu'elle se fait dans le cadre de la comptabilité et de l'établissement des états financiers ou aux fins fiscales (motifs, aux paragraphes 65 et 108 à 110), il ne précise pas quelles sont les différences en question, à supposer qu'il y en ait, ni l'effet qu'elles auraient eu sur l'exactitude du revenu calculé par l'appelante pour fins fiscales.

[70] En l'absence de telles précisions, rien ne justifie de conclure que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché ne donne pas une image fidèle du revenu de l'appelante sous le régime de la Loi. Comme on peut le lire au paragraphe 44 de l'arrêt *Canderel*, « le critère juridique du "bénéfice" devrait viser à déterminer quelle méthode comptable dépeint le mieux la situation financière du contribuable concerné ». Cet objet coïncide avec celui que vise la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché selon les faits de l'espèce, à savoir la constatation du revenu ou des pertes sur la base du montant que peuvent réaliser les négociateurs de produits dérivés à la date du bilan, au moyen, entre autres, de la passation de contrats de sens inverse (cahier

otherwise undisputed that this method is consistent with well accepted business principles, GAAP and international accounting, I am satisfied that the appellant has made a *prima facie* demonstration that mark to market accounting provides an accurate reflection of its income.

[71] The remaining question is whether the Crown has discharged the onus of showing that realization procures a better picture of the appellant's income under the Act (*Canderel*, paragraph 53, at point 6). Because the Crown's position throughout has been that mark to market accounting is not an authorized method, no attempt was made to make this demonstration. Indeed, the Crown's accounting expert expressed the opposite view (expert report of Patricia L. O'Malley, appeal book, Vol. 12, page 2410, paragraph 94). Given the findings made by the Tax Court Judge as to the broad recognition of mark to market accounting for purposes of computing income from dealing in foreign exchange options, and the uncontested evidence that banks, financial institutions and mutual funds which engage in this activity report their income on this basis with the CRA's approval, it seems clear that mark to market provides a picture of the appellant's income which is as accurate—and as acceptable from the perspective of the tax collector—as that which the principle of realization would provide.

[72] Adhering to the framework of analysis set out in *Canderel*, I conclude that there was no basis on which the Tax Court Judge could reject the appellant's use of mark to market accounting in computing income from its dealings in foreign exchange options.

- *Reliability of the appellant's values*

[73] The Tax Court Judge went on to explain that even if mark to market accounting was authorized, he was not convinced that the values used by the appellant were

d'appel, vol. 12, pages 2419, 2420, 2448 et 2449; et vol. 17, pages 3376 et 3377). Comme il est par ailleurs acquis aux débats que l'évaluation à la valeur du marché est conforme aux principes commerciaux ordinaires, aux PCGR et aux pratiques comptables internationales, j'estime que l'appelante a établi *prima facie* que cette méthode donne une image fidèle de son revenu.

[71] La question qui reste est celle de savoir si la Couronne s'est acquittée de sa charge de prouver que la méthode de calcul fondée sur le principe de réalisation fournirait une image plus fidèle du revenu de l'appelante sous le régime de la Loi (arrêt *Canderel*, à l'alinéa 6 du paragraphe 53). Comme la Couronne a soutenu tout au long du litige que la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché n'est pas une méthode autorisée, elle n'a pas essayé de s'acquitter de cette charge. L'experte de la Couronne en matière de comptabilité a même exprimé l'opinion contraire (rapport d'expert de Patricia L. O'Malley, cahier d'appel, vol. 12, page 2410, paragraphe 94). Étant donné les conclusions du juge de la Cour de l'impôt selon lesquelles la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché est largement acceptée aux fins du calcul du revenu tiré de la négociation d'options sur devises, ainsi que la preuve incontestée comme quoi les banques, les institutions financières et les fonds communs de placement qui pratiquent de telles opérations déclarent leurs revenus suivant cette méthode avec l'approbation de l'ARC, il paraît évident que ladite méthode donne du revenu de l'appelante une image aussi fidèle — et aussi acceptable du point de vue du fisc — que celle que fournirait la méthode fondée sur le principe de réalisation.

[72] Conformément au cadre d'analyse exposé dans l'arrêt *Canderel*, je conclus que le juge de la Cour de l'impôt n'était pas fondé à rejeter l'utilisation par l'appelante de la méthode d'évaluation à la valeur du marché pour calculer son revenu tiré de la négociation d'options sur devises.

- *La fiabilité des valeurs de marché utilisées par l'appelante*

[73] Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite expliqué que, même dans le cas où serait autorisée l'utilisation de la comptabilité d'évaluation à la valeur du marché, il

reliable (reasons, at paragraph 116). He drew no definite conclusion on this point as evidenced by the judgment that he gave (see paragraph 30, above). It is nevertheless useful to comment on this point given the information that has since been brought to our attention by the appellant.

[74] The Tax Court Judge was concerned that the bank counterparties to the contracts held by the appellant at the close of its 1998 taxation year would not “necessarily” have used a model of valuation which relies on the same inputs (reasons, at paragraph 116). He was taken aback by evidence tendered by the respondent’s expert (Professor Klein) showing that two options written by the appellant with identical terms were ascribed by distinct bank counterparties values which were more than 20 percent apart (reasons, at paragraphs 48 and 116).

[75] The appellant recognizes that such a difference would shake one’s confidence. However, it submits that this discrepancy is due to a clerical error made in preparing its own expert report. The following extracts quoted from the memorandum of the appellant (references omitted) provide the explanation:

40. Mr. Klein testified, with reference to his report, that identical contracts dated May 13, 1998 for a call option sold by Kruger of \$10 million USD at a strike price of \$1.46 to mature in one year were valued by the Bank of Nova Scotia (“BNS”) at \$797,736 and by JP Morgan (“JPM”) at \$612,200. Reproduced in his report was the JPM communication to Kruger of the value of that contract at 486,900 USD which, at the prevailing rate of exchange on December 31, 1998 of 1.530[5] CAD, yielded a Canadian dollar value of \$745,200, not \$612,200. The difference, therefore, between the JPM option contract relative to the BNS option contract is, therefore, not \$185,536 but rather \$52,536, and therefore not a difference of 26.3% but rather 6.8% ...

n’était pas convaincu de la fiabilité des valeurs de marché retenues par l’appelante (motifs, au paragraphe 116). Il n’a cependant pas tiré de conclusion déterminée sur ce point, comme en fait foi son jugement (voir le paragraphe 30 ci-dessus). Il semble néanmoins utile de formuler quelques observations sur cette question, étant donné les renseignements que l’appelante a depuis portés à notre attention.

[74] Le juge de la Cour de l’impôt était préoccupé par le fait que les modèles d’évaluation des banques contreparties aux contrats détenus par l’appelante à la clôture de son année d’imposition 1998 reposaient sur des variables d’entrée qui n’étaient pas « nécessairement » les mêmes (motifs, au paragraphe 116). Il s’est dit troublé par la preuve de l’expert de la défenderesse (M. Klein) selon laquelle un écart de plus de 20 p. 100 séparait les valeurs attribuées à deux options aux modalités identiques par différentes banques qui étaient contreparties à ces options (motifs, aux paragraphes 48 et 116).

[75] L’appelante reconnaît qu’un tel écart est troublant. Cependant, elle explique que cette différence est attribuable à une erreur d’écriture commise dans l’établissement de son propre rapport d’expert, comme le montrent les extraits suivants de son mémoire (références omises) :

[TRANSLATION]

40. M. Klein a déclaré dans son témoignage, relativement à son rapport, que des contrats identiques, en date du 13 mai 1998, afférents à des options d’achat vendues par Kruger pour 10 000 000 \$US, avec un prix de levée de 1,46 \$ et une échéance à un an, ont été respectivement évalués par la Banque de Nouvelle-Écosse (BNE) à 797 736 \$ et par JP Morgan (JPM) à 612 200 \$. Son rapport reproduisait la communication par JPM à Kruger de la valeur de ce contrat, établie à 486 900 \$US, somme qui, au cours du change du 31 décembre 1998 (1,530[5] \$CAN), équivalait en monnaie canadienne à 745 200 \$, et non à 612 200 \$. La différence d’évaluation entre le contrat d’option détenu par JPM et celui de la BNE se chiffrait donc, non pas à 185 536 \$, mais à 52 536 \$, ce qui représentait un écart de 6,8 % plutôt que de 26,3 % [...]

41. Mr. Klein further testified, with reference to his report, that identical contracts again dated May 13, 1998 for a put option sold by Kruger of \$10 million USD to mature May 13, 1999, at a strike price of \$1.40, again with both JPM and BNS as purchasers, were valued by the BNS at \$8,173 and by JPM at (\$113,257). The JP Morgan communication of value to Kruger sets the value of that contract at 7,900 USD which, translated to CAD at the prevailing rate at December 31, 1998, yields the amount of \$12,090, and not (\$113,257). ...

42. The remaining differences in values given to four other option contracts with identical terms by two different banks set out in Mr. Klein's report at page 2386 are: -0.3%, 1.2%, -4.2% and 5.1%

[76] The Crown does not challenge the above demonstration otherwise than by asserting that it is not supported by the evidence (memorandum of the respondent, paragraph 6). However, all the figures referred to in the above quoted passage can be found in the record and when the prevailing rate of exchange is applied (CAD \$1.5305; appeal book, Vol. 12, page 2 387), it can readily be seen that the wrong rate was applied and that the variations are within the narrow range described.

[77] I do not believe that the Tax Court Judge would have been troubled by the values submitted by the bank counterparties if he had been appraised of the actual figures. I should add that this no longer seems controversial as the Minister has since recognized that the appellant's values were reliable (see paragraph 31, above).

- *Inventory treatment*

[78] The appellant contends in the alternative that its foreign exchange options qualify as inventory and that the recorded loss must, on that account, be recognized pursuant to subsection 10(1) of the Act and section 1801 of the ITR. This is a different means of obtaining the result which the appellant is entitled to pursuant to section 9. However, because inventory treatment is mandatory, the reasons which I have given for

41. M. Klein a en outre déclaré dans son témoignage, toujours relativement à son rapport, que des contrats identiques, aussi en date du 13 mai 1998, afférents à des options de vente vendues par Kruger pour 10 000 000 \$US, à échéance au 13 mai 1999 et à prix de levée de 1,40 \$, options achetées par les mêmes banques, soit JPM et la BNE, ont été respectivement évalués par la BNE à 8 173 \$ et par JPM à (113 257 \$). Or, la communication de valeur de JPM à Kruger établit la valeur du contrat en question à 7 900 \$US, somme qui, au cours du change du 31 décembre 1998, équivaut en monnaie canadienne à 12 090 \$, et non à (113 257 \$). [...]

42. Les écarts restants, recensés à la page 2386 du rapport de M. Klein, entre les valeurs attribuées respectivement par deux banques à quatre autres contrats d'option aux modalités identiques s'établissaient à -0,3 %, 1,2 %, -4,2 % et 5,1 %. [...]

[76] La Couronne ne conteste pas la démonstration qui précède, sauf pour faire valoir qu'elle n'est pas étayée par la preuve (mémoire de l'intimée, paragraphe 6). Cependant, tous les chiffres invoqués dans le passage précité se trouvent au dossier, et si l'on applique le taux de change du moment considéré (soit 1,5305 \$CAN : voir le cahier d'appel, vol. 12, page 2387), on voit immédiatement qu'un taux erroné avait été utilisé et que les écarts se situent dans les limites étroites indiquées ci-dessus.

[77] Je ne crois pas que les valeurs communiquées par les banques de contrepartie auraient troublé le juge de la Cour de l'impôt si on l'avait informé des chiffres exacts. Je dois ajouter que ce point ne paraît plus contesté puisque le ministre a depuis reconnu le caractère fiable des valeurs utilisées par l'appelante (voir le paragraphe 31, ci-dessus).

- *Le traitement des options comme biens figurant à l'inventaire*

[78] L'appelante avance comme moyen subsidiaire que ses options sur devises peuvent être considérées comme des biens figurant à l'inventaire et que, par conséquent, la perte enregistrée peut être constatée sous le régime du paragraphe 10(1) de la Loi et de l'article 1801 du RIR. C'est là une manière différente d'obtenir le résultat auquel l'appelante a droit en vertu de l'article 9 de la Loi. Cependant, étant donné que les

allowing the loss cannot stand if the appellant correctly asserts that its options are inventory. I therefore feel compelled to address the issue.

[79] Subsection 10(1) of the Act, by the use of the word “shall”, requires a taxpayer who carries on a business to value inventory on hand at the end of a taxation year at the lower of cost or fair market value. The result is that when the fair market value of inventory has fallen below cost at the end of a given taxation year, the fall in value is recognized in that year. Section 1801 of the ITR when applied to the circumstances of the appellant provides for the same treatment. The Tax Court Judge addressed the inventory issue on the basis, since confirmed, that the values provided by the bank counterparties reflect the fair market value of the outstanding options at year end.

[80] The question whether some or all of the appellant’s options qualify turns on the defined meaning of the word “inventory” in subsection 248(1), as informed by the case law. Based on this definition “inventory” means “a description of property the cost or value of which is relevant in computing ... income from a business”. Before applying this definition, the Tax Court Judge had to identify its correct meaning.

[81] The Tax Court Judge held that the options purchased by the appellant form part of inventory but that those written by the appellant do not. He reached this conclusion on the basis that the purchased options confer a right, and therefore constitute “property” capable of forming part of the appellant’s “inventory” (see subsection 248(1) as to both definitions), but that the written options give rise to a liability, with the result that they cannot constitute “property” nor for that reason, “inventory”.

biens figurant à l’inventaire font l’objet d’un mode d’évaluation obligatoire, les motifs que j’ai exposés pour justifier la déduction de la perte ne sont plus valables si l’appelante est fondée à soutenir que ses options appartiennent à cette catégorie de biens. Je me vois donc dans l’obligation d’examiner cette question.

[79] Le paragraphe 10(1) de la Loi, comme le marque l’indicatif présent du verbe porteur de sens principal (« sont évalués »), oblige le contribuable qui exploite une entreprise à évaluer les biens figurant à son inventaire à la fin de l’année d’imposition au moindre de leur coût d’acquisition et de leur juste valeur marchande. Il s’ensuit que, lorsque la juste valeur marchande des biens figurant à l’inventaire est tombée au-dessous de leur coût d’acquisition à la clôture de l’année d’imposition, cette dévaluation est constatée dans cette année. L’article 1801 du RIR, appliqué à la situation de l’appelante, prévoit le même traitement. Le juge de la Cour de l’impôt a examiné la question de l’inventaire en partant de la prémisse, confirmée depuis, que les valeurs communiquées par les banques de contrepartie correspondaient à la juste valeur marchande des options en cours à la fin de l’année d’imposition.

[80] La réponse à la question de savoir si la totalité des options de l’appelante ou partie d’icelles peuvent être considérées comme des biens figurant à l’inventaire dépend de la définition du terme « inventaire » donnée au paragraphe 248(1) et éclairée par la jurisprudence. Selon ce paragraphe, l’« inventaire » est une « [d]escription des biens dont le prix ou la valeur entre dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise ». Avant d’appliquer cette définition, le juge de la Cour de l’impôt devait en délimiter le sens exact.

[81] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que les options achetées par l’appelante sont des biens figurant à l’inventaire, mais pas les options vendues par elle. Il a tiré cette conclusion du fait que les options achetées comportent un droit et constituent par conséquent des « biens » susceptibles de figurer dans l’« inventaire » de l’appelante — les deux termes entre guillemets étant définis au paragraphe 248(1) —, alors que les options vendues représentent un élément de passif, de sorte qu’elles ne peuvent constituer des « biens » ni, par suite, figurer à l’« inventaire ».

[82] The result which flows from this reasoning is that the income derived from the options purchased by the appellant must be computed by marking them to market at year end, whereas the income derived from the options which it wrote must be recognized in the following year upon these options being transferred or expiring.

[83] Both parties take issue with this approach arguing that it cannot provide an accurate picture of the appellant's income. They contend that in order to provide an accurate picture of the appellant's income, all the options must be treated the same way, the appellant arguing that both its written and purchased options are inventory and the Crown asserting that neither qualifies. In my view, the position advocated by the Crown is the correct one.

[84] As was found by the Tax Court Judge, there is no doubt that the Act departs from GAAP in allowing intangible property to be treated as inventory (*Minister of National Revenue v. Curllett*, [1967] S.C.R. 280; *Dobieco v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 95; *CDSL Canada Ltd. v. Canada*, 2008 FCA 400, 402 N.R. 7, at paragraphs 24 and 27 to 30; see also subsection 10(5) of the Act which explicitly recognizes that the work in progress of a professional is "for greater certainty" inventory). There is equally no doubt that the Tax Court Judge properly held that because the written options only embody a liability, they are not "property" and therefore cannot form part of "inventory" (reasons, at paragraphs 130 and 131; see also the comment made by Rand J. in *Tip Top Tailors Limited v. Minister of National Revenue (The)*, [1957] S.C.R. 703, at page 714).

[85] The broader issue which the Crown invites the Court to address is whether "inventory", as defined in subsection 248(1), extends to property that is not held for sale. The Tax Court Judge held that this is not a required qualification (reasons, at paragraph 124):

[82] Il suit de ce raisonnement que le revenu tiré des options achetées par l'appelante doit être calculé selon la méthode d'évaluation à la valeur du marché à la clôture de l'année, tandis que le revenu tiré des options qu'elle a vendues doit être constaté dans l'année suivante, au moment de leur transfert ou à leur échéance.

[83] Les deux parties contestent cette manière de voir, au motif qu'elle ne peut donner une image fidèle du revenu de l'appelante. Si l'on veut obtenir une telle image, soutiennent-elles, il faut soumettre toutes les options au même traitement comptable, l'appelante affirmant que toutes ses options, qu'elles soient achetées ou vendues, sont des biens figurant à l'inventaire, et la Couronne avançant qu'aucune des deux catégories d'options ne peut être ainsi définie. C'est la Couronne qui, à mon sens, a raison sur ce point.

[84] Comme l'a constaté le juge de la Cour de l'impôt, il ne fait aucun doute que la Loi s'écarte des PCGR en permettant de traiter les actifs incorporels comme des biens figurant à l'inventaire (*Minister of National Revenue v. Curllett*, [1967] R.C.S. 280; *Dobieco v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 95; et *CDSL Canada Ltd. c. Canada*, 2008 CAF 400, aux paragraphes 24 et 27 à 30; voir aussi le paragraphe 10(5) de la Loi, selon lequel « il demeure entendu » que les travaux en cours d'un entrepreneur exerçant une profession libérale doivent figurer parmi les éléments portés à son inventaire). Il ne fait non plus aucun doute que le juge de la Cour de l'impôt a eu raison de conclure que, du fait qu'elles représentent seulement un élément de passif, les options vendues ne constituent pas des « biens » et ne peuvent donc figurer à l'« inventaire » (motifs, aux paragraphes 130 et 131; voir aussi les observations formulées par le juge Rand à la page 714 de l'arrêt *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703).

[85] La Couronne invite la Cour à examiner la question plus générale de savoir si peuvent figurer à l'« inventaire », selon la définition du paragraphe 248(1), les biens qui ne sont pas détenus en vue d'être vendus. Selon le juge de la Cour de l'impôt, la détention aux fins de vente n'est pas une condition nécessaire (motifs, au paragraphe 124) :

There is no requirement that property must be held for sale to qualify as inventory. However, the cost or value of the property must be relevant in computing a taxpayer's income from a business. If property that is a foreign exchange option contract is so relevant, then it so qualifies.

[86] The evidence is clear that none of the options to which the appellant was a party at the close of its 1998 taxation year were held for sale. The Tax Court Judge found that the appellant was in the business of "speculating on foreign currency options" (reasons, at paragraph 38), which would bring it to hold these options to maturity in some cases, with or without closing the position, and sell them in others, depending on the anticipated direction of the underlying currencies. While the appellant was in the business of making money with options, it was not in the business of purchasing options for resale nor was it holding its options for sale. The precise evidence on point is that all the options on hand at the close of the 1998 taxation year were rolled over to 1999 in the expectation that the Canadian dollar would firm up (reasons, at paragraphs 29 to 33).

[87] Although the definition of "inventory" in subsection 248(1) does not spell out the requirement that qualifying property be "held for sale", this condition must be read into the definition when regard is had to *Friesen*, the last pronouncement of the Supreme Court on the subject.

[88] As noted, *Friesen* turned on whether the lower of cost or market rule embodied in subsection 10(1) of the Act extended to the owner of vacant land who was in business only by reason of being engaged in an adventure in the nature of trade. The write-down was claimed in taxation years preceding the year of the sale, at a time when the land produced no income. The argument against the extension of this rule to Mr. Friesen's land was that even if the land in question was inventory in the year of disposition, it did not qualify in the year in which the write-down was taken because its cost or value was not relevant in computing Mr. Friesen's business income for that year (*Friesen*, at paragraph 23).

Il n'est pas nécessaire que les biens soient destinés à être vendus pour être considérés comme biens figurant à l'inventaire. Toutefois, le coût ou la valeur des biens doit être pertinent dans le calcul du revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise. Si le bien qui est un contrat d'option sur devises est ainsi pertinent, alors on peut aussi le considérer comme un bien figurant à l'inventaire.

[86] Il ressort à l'évidence de la preuve qu'aucune des options auxquelles l'appelante était partie à la clôture de son année d'imposition 1998 n'était détenue en vue d'être vendue. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'appelante « exploitait une entreprise de spéculation sur les options sur devises » (motifs, au paragraphe 38), activité qui l'amenait dans certains cas à détenir de telles options jusqu'à l'échéance, en fermant ou non la position, et dans d'autres cas à les vendre, en se fiant sur le cours prévu des monnaies en cause. L'appelante, si elle visait à réaliser des bénéfices sur ses options, ne les achetait pas aux fins de la revente ni ne les détenait aux fins de la vente. Les éléments de preuve précisément applicables à cette question établissent que l'appelante a reconduit sur 1999 toutes les options qu'elle détenait à la clôture de l'année d'imposition 1998, dans l'espoir que le dollar canadien se raffermirait (motifs, aux paragraphes 29 à 33).

[87] S'il est vrai que la définition du terme « inventaire » donnée au paragraphe 248(1) ne dispose pas explicitement que les biens, pour être considérés comme figurant à l'inventaire, doivent être « détenus en vue d'être vendus », il faut tenir cette condition pour implicite à ladite définition vu l'arrêt *Friesen*, le plus récent où la Cour suprême se soit prononcée sur ce point.

[88] Comme on l'a vu plus haut, la question en litige dans l'arrêt *Friesen* était celle de savoir si la règle du moindre du coût d'acquisition et de la valeur marchande, formulée au paragraphe 10(1) de la Loi, s'appliquait au propriétaire d'un terrain inoccupé dont l'entreprise consistait uniquement en un projet comportant un risque de caractère commercial. Le contribuable avait déclaré la réduction de valeur dans les années d'imposition ayant précédé l'année de la vente, à une époque où son terrain ne produisait pas de revenu. L'argument avancé contre l'application de la règle susdite au terrain de M. Friesen était que, même si ce terrain constituait un bien figurant à l'inventaire dans l'année de son

aliénation, il ne pouvait être tenu pour tel dans l'année où la réduction de valeur avait été constatée, au motif que ni son coût d'acquisition ni sa valeur marchande n'entraient dans le calcul du revenu tiré par le contribuable de son entreprise pour cette année d'imposition (arrêt *Friesen*, au paragraphe 23).

[89] The majority disposed of this argument as follows (*Friesen*, at paragraph 24):

In my opinion, the interpretation urged by the respondent runs contrary to the natural meaning of the words used in the definition of inventory in s. 248(1) and to common sense. The plain meaning of the definition in s. 248(1) is that an item of property need only be relevant to business income in a single year to qualify as inventory: “relevant in computing a taxpayer’s income from a business for a taxation year” [emphasis in original]. In this respect the definition of “inventory” in the [Act] is consistent with the ordinary meaning of the word. In the normal sense, inventory is property which a business holds for sale and this term applies to that property both in the year of sale and in years where the property remains as yet unsold by a business. [My emphasis.]

[90] This passage reflects the *ratio decidendi* of the decision. The rule stated is that in order for Mr. Friesen’s property to come within the definition, it had to meet two qualifications: first its cost or value had to be relevant in computing business income for a year—not necessarily the year of the write-down—and second, the land had to be held for sale. Had this last condition not been present during the year of the write-down, Mr. Friesen’s land would not have qualified. The reasons cannot be read otherwise and this is how they have been applied (*C.A.E.*, at paragraphs 108 to 110).

[91] It follows that although the requirement that qualifying property be “held for sale” is not spelled out in express terms, it nevertheless forms part of the defined meaning of “inventory” as this definition must be read

[89] La majorité de la Cour suprême a rejeté cet argument dans les termes suivants (arrêt *Friesen*, au paragraphe 24) :

À mon avis, l’interprétation que préconise l’intimée est contraire au bon sens et au sens naturel des mots employés dans la définition du terme « inventaire », que l’on trouve au par. 248(1). Le sens ordinaire de la définition du par. 248(1) est qu’il suffit qu’un bien entre dans le calcul du revenu d’entreprise au cours d’une seule année d’imposition pour pouvoir être considéré comme un bien figurant dans un inventaire : « entre dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise pour une année d’imposition » [souligné dans l’original]. À cet égard, la définition du mot « inventaire » donnée dans la [Loi] est conforme au sens ordinaire du terme. Pris dans leur sens normal, les biens figurant dans un inventaire sont des biens qu’une entreprise détient à des fins de vente, et ce terme s’applique à ces biens autant durant l’année de la vente que durant les années au cours desquelles le bien n’a pas encore été vendu par l’entreprise. [Je souligne.]

[90] Ce passage énonce le *ratio decidendi* de l’arrêt. La règle formulée par la Cour suprême est que le bien de M. Friesen, pour être compris dans la définition, devait remplir deux conditions : premièrement, son coût d’acquisition ou sa valeur marchande devait entrer dans le calcul de son revenu d’entreprise pour une année d’imposition — pas nécessairement l’année de la réduction de valeur — et deuxièmement, le terrain devait être détenu à des fins de vente. Si cette dernière condition n’avait pas été remplie dans l’année de la réduction de valeur, le terrain de M. Friesen n’aurait pu être considéré comme un bien figurant à l’inventaire. Ces motifs de la Cour suprême ne peuvent s’interpréter autrement, et c’est ainsi qu’ils ont été appliqués (arrêt *C.A.E.*, aux paragraphes 108 à 110).

[91] Par conséquent, même si la condition voulant que le bien, pour figurer à l’inventaire, doive être détenu « à des fins de vente » ne se trouve pas explicitement formulée dans la définition du terme « inventaire », elle

in a manner that is “consistent with the ordinary meaning of the word” (*Friesen*, at paragraphs 24 and 33).

[92] Notably, the minority expressed no disagreement with the majority’s conclusion that Mr. Friesen’s land had to be held for sale in order to qualify. If anything, the minority would have read in the further requirement that qualifying property be “stock in trade” (*Friesen*, at paragraphs 110, 122 and 133 at point 2).

[93] Although the Act was amended shortly after *Friesen* was rendered to prevent the application of the inventory write-down rule to inventory held by a business that is an adventure in the nature of trade (see subsections 10(1) and (1.01)), Parliament left the defined meaning of the word “inventory”, as construed in that case, untouched. As a result, qualifying property must both impact on the computation of income and be held for sale.

[94] Giving effect to this meaning, the foreign exchange options purchased by the appellant during its 1998 taxation year and rolled over to 1999 do not qualify as inventory as they were not held for sale.

- *More than two classes of property under the Act?*

[95] It necessarily follows that the purchased options are a type of property that is neither capital property nor inventory.

[96] This creates a bit of a difficulty because after having explained why Mr. Friesen’s land was inventory and setting out the above interpretation (*Friesen*, at paragraphs 20 to 24), the majority went on to address “other considerations” which supported its reading of the definition (*Friesen*, at paragraph 25). Amongst those,

en fait néanmoins partie, étant donné que cette définition doit s’interpréter de manière « conforme au sens ordinaire du terme » (arrêt *Friesen*, aux paragraphes 24 et 33).

[92] Il est à noter que la minorité n’a exprimé aucun désaccord avec la majorité sur la conclusion de celle-ci suivant laquelle le terrain de M. Friesen devait être détenu à des fins de vente pour pouvoir être considéré comme un bien figurant à l’inventaire. Elle aurait même plutôt posé une condition de plus, celle que le bien appartienne à la catégorie des « articles de commerce » (arrêt *Friesen*, aux paragraphes 110 et 122, et à l’alinéa 2 du paragraphe 133).

[93] Bien qu’il ait modifié la Loi peu après l’arrêt *Friesen* afin d’empêcher l’application de la règle de réduction de la valeur de l’inventaire aux biens détenus par une entreprise qui est un projet comportant un risque de caractère commercial — voir les paragraphes 10(1) et (1.01) —, le législateur a laissé intacte la définition du terme « inventaire », telle qu’interprétée par cet arrêt. Il faut en conclure que, pour être considéré comme figurant à l’inventaire, le bien doit à la fois influencer sur le calcul du revenu et être détenu en vue d’être vendu.

[94] Donnant effet à cette lecture, je conclus que les options sur devises achetées par l’appelante au cours de son année d’imposition 1998 et reconduites sur 1999 ne peuvent être considérées comme des biens figurant à l’inventaire, au motif qu’elle ne les détenait pas en vue de les vendre.

- *Existe-t-il plus de deux catégories de biens sous le régime de la Loi?*

[95] Il s’ensuit par voie de conséquence nécessaire que les options achetées sont des biens qui n’appartiennent ni à la catégorie des biens en immobilisation ni à celle des biens figurant à l’inventaire.

[96] Cette conclusion entraîne une difficulté. Après avoir expliqué pourquoi le terrain de M. Friesen était un bien figurant à l’inventaire et exposé l’interprétation ci-dessus (arrêt *Friesen*, aux paragraphes 20 à 24), la majorité de la Cour suprême a examiné d’« autres considérations » propres à étayer son interprétation de

was the fact that the meaning which it adopted had the advantage of fitting Mr. Friesen's land into inventory, one of the two known categories of property under the Act. In the words of the majority, "[t]he Act ... creates a simple system which recognizes only two broad categories of property" (*Friesen*, at paragraph 28).

[97] The appellant seizes on this passage to argue that because its foreign exchange option contracts are not capital property, they must be inventory.

[98] As the reasons show, this cannot be the case as it would entail giving the word "inventory" a meaning which *Friesen* itself excludes.

[99] In context, it appears that the majority was simply asserting that because the Act only regulates two classes of property, fitting Mr. Friesen's land into one of these classes was preferable to fitting it within an unknown class as the respondent would have it (*Friesen*, at paragraph 32). In *C.A.E.*, this Court said much the same thing when it held that courts should not resort to new categories of property where the existing framework allows for a proper application of the Act (*C.A.E.*, at paragraphs 84 and 102).

[100] The present case is different because the purchased options cannot be fitted within either of the two categories of property on which the Act is premised. At the same time, they cannot be ignored because they have an impact on the computation of the appellant's income under the Act. The reluctance of the courts to recognize categories of property beyond inventory and capital property must give way where, as here, it becomes necessary to do so in order to apply the Act.

[101] As noted earlier, the purchased options are property under the Act but they are neither capital

la définition (arrêt *Friesen*, au paragraphe 25). Parmi ces autres considérations se trouvait le fait que l'interprétation qu'elle avait adoptée comportait l'avantage de faire entrer le terrain de M. Friesen dans la catégorie des biens figurant à l'inventaire, soit l'une des deux catégories connues de biens sous le régime de la Loi. Pour reprendre les termes de la majorité, « [l]a Loi crée [...] un système simple qui ne reconnaît que deux catégories générales de biens » (arrêt *Friesen*, au paragraphe 28).

[97] L'appelante saisit l'occasion de ce passage pour faire valoir que, ses contrats d'option sur devises n'étant pas des biens en immobilisation, ils doivent nécessairement appartenir à la catégorie des biens figurant à l'inventaire.

[98] Cependant, comme le montrent les motifs de la Cour suprême, ce ne peut être le cas puisqu'il faudrait alors attribuer au terme « inventaire » une signification que l'arrêt *Friesen* lui-même exclut.

[99] Eu égard au contexte, il apparaît que la majorité voulait simplement dire que, comme la Loi ne régit que deux catégories de biens, il était préférable de ranger le terrain de M. Friesen dans l'une d'elles plutôt que de le faire entrer dans une catégorie inconnue comme l'aurait voulu l'intimée (arrêt *Friesen*, au paragraphe 32). Notre Cour a dit à peu près la même chose dans l'arrêt *C.A.E.* quand elle a déclaré que les tribunaux ne devraient pas créer de nouvelles catégories de biens si le cadre existant permet de donner effet à la Loi (arrêt *C.A.E.*, aux paragraphes 84 et 102).

[100] La présente espèce est différente en ce que les options achetées ne peuvent entrer dans ni l'une ni l'autre des deux catégories de biens sur lesquelles se fonde la Loi. En même temps, il est impossible de ne pas tenir compte de ces options, puisqu'elles influent sur le calcul du revenu de l'appelante sous le régime de la Loi. Les tribunaux doivent surmonter leur réticence à reconnaître d'autres catégories de biens que celle des biens figurant à l'inventaire et celle des biens en immobilisation dans les cas où, comme en l'occurrence, il devient nécessaire de le faire pour appliquer la Loi.

[101] Comme on l'a vu plus haut, les options achetées sont des biens sous le régime de la Loi, mais elles ne

property nor inventory. In contrast, the written options escape all three labels since they only embody the obligation to deliver funds in the future. Yet, the evolving value of both instruments is relevant in determining the appellant's income under the Act. In short, although the Act is premised on the existence of two broad classes of property, it imposes no limit on the types of property or indeed liabilities that can impact on the computation of income and which must be recognized for that purpose since the goal pursuant to section 9 of the Act is to provide an accurate picture of that income (*Canderel*, at paragraph 53).

DISPOSITION

[102] For the above reasons, I would allow the appeals, and giving the judgment which ought to have been given, I would refer the reassessment back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that the appellant is entitled to compute the income derived from its foreign exchange option contracts in accordance with the mark to market method of accounting, that is in conformity with its tax return position but without deferring or amortizing any portion of the premiums paid or received during the 1998 taxation year. Given this result, I would award costs in favour of the appellant both before this Court and the Tax Court of Canada.

SCOTT J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

Annex I

Relevant Legislative Provisions

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, as applicable in 1998

sont ni des biens en immobilisation ni des biens figurant à l'inventaire. Par contre, les options vendues ne peuvent recevoir aucune de ces trois désignations puisqu'elles comportent seulement l'obligation de payer des sommes à l'avenir. Cependant, la valeur variable des deux instruments financiers influe sur le calcul du revenu de l'appelante sous le régime de la Loi. Bref, bien que la Loi se fonde sur l'existence de deux grandes catégories de biens, elle ne limite pas les types ou sortes de biens, ou même d'éléments de passif, susceptibles d'influer sur le calcul du revenu, et qui doivent être prises en compte à cette fin puisque l'objectif selon l'article 9 de la Loi est de procurer une image fidèle de ce revenu (*arrêt Canderel*, au paragraphe 53).

DÉCISION

[102] Pour ces motifs, j'accueillerais les appels et, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je renverrais la nouvelle cotisation au ministre pour réexamen et nouvelle cotisation à partir du principe que l'appelante a le droit de calculer le revenu tiré de ses contrats d'option sur devises selon la méthode comptable d'évaluation à la valeur du marché, comme elle l'avait fait dans sa déclaration de revenus, mais sans étaler ni amortir aucune part des primes payées ou touchées pendant l'année d'imposition 1998. En conséquence, j'accorderais les dépens à l'appelante, aussi bien devant notre Cour que devant la Cour canadienne de l'impôt.

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.

Annexe I

Dispositions législatives applicables

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e supp.), ch. 1, telle qu'applicable en 1998

Income

9 (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is the taxpayer's profit from that business or property for the year.

Loss

(2) Subject to section 31, a taxpayer's loss for a taxation year from a business or property is the amount of the taxpayer's loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source with such modifications as the circumstances require.

...

Valuation of inventory

10 (1) For the purpose of computing a taxpayer's income for a taxation year from a business that is not an adventure or concern in the nature of trade, property described in an inventory shall be valued at the end of the year at the cost at which the taxpayer acquired the property or its fair market value at the end of the year, whichever is lower, or in a prescribed manner.

Adventure in the nature of trade

(1.01) For the purpose of computing a taxpayer's income from a business that is an adventure or concern in the nature of trade, property described in an inventory shall be valued at the cost at which the taxpayer acquired the property.

...

Inventory

(5) Without restricting the generality of this section,

(a) property (other than capital property) of a taxpayer that is advertising or packaging material, parts or supplies or work in progress of a business that is a profession is, for greater certainty, inventory of the taxpayer;

Revenu

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

Perte

(2) Sous réserve de l'article 31, la perte subie par un contribuable au cours d'une année d'imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte subie au cours de l'année relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée par l'application, avec les adaptations nécessaires, des dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

[...]

Évaluation des biens figurant à l'inventaire

10 (1) Pour le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition tiré d'une entreprise qui n'est pas un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, les biens figurant à l'inventaire sont évalués à la fin de l'année soit à leur coût d'acquisition pour le contribuable ou, si elle est inférieure, à leur juste valeur marchande à la fin de l'année, soit selon les modalités réglementaires.

Projet comportant un risque

(1.01) Pour le calcul du revenu d'un contribuable tiré d'une entreprise qui est un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, les biens figurant à l'inventaire sont évalués à leur coût d'acquisition pour le contribuable.

[...]

Biens à porter à l'inventaire

(5) Sans préjudice de la portée générale du présent article :

a) il demeure entendu que les biens (autres que les immobilisations) d'un contribuable qui sont des travaux en cours d'une entreprise qui est une profession libérale, du matériel de publicité ou d'emballage, des pièces ou des fournitures doivent figurer parmi les éléments portés à son inventaire;

...

Definitions

142.2 (1) In this section and sections 142.3 to 142.6,

...

mark-to-market property of a taxpayer for a taxation year means property held by the taxpayer in the year that is

(a) a share,

(b) where the taxpayer is not an investment dealer, a specified debt obligation that

(i) was carried at fair market value in the taxpayer's financial statements

(A) for the year, where the taxpayer held the obligation at the end of the year, and

(B) for each preceding taxation year that ended after the taxpayer acquired the obligation, or

(ii) was acquired and disposed of in the year, where it is reasonable to expect that the obligation would have been carried in the taxpayer's financial statements for the year at fair market value if the taxpayer had not disposed of the obligation,

other than a specified debt obligation of the taxpayer that was (or would have been) carried at fair market value

(iii) solely because its fair market value was less than its cost to the taxpayer, or

(iv) because of a default of the debtor, and

(c) where the taxpayer is an investment dealer, a specified debt obligation,

but does not include

(d) a share of a corporation in which the taxpayer has a significant interest at any time in the year, nor

[...]

Définitions

142.2 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 142.3 à 142.6.

[...]

bien évalué à la valeur du marché L'un des biens suivants détenus par un contribuable au cours d'une année d'imposition :

a) une action, sauf une action d'une société dans laquelle le contribuable a une participation notable au cours de l'année;

b) dans le cas où le contribuable n'est pas un courtier en valeurs mobilières, un titre de créance déterminé qui, selon le cas :

(i) était comptabilisé à sa juste valeur marchande dans les états financiers du contribuable visant les années suivantes :

(A) l'année en question, dans le cas où le contribuable détenait le titre à la fin de l'année,

(B) chacune des années d'imposition précédentes qui a pris fin après que le contribuable a acquis le titre,

(ii) a été acquis et a fait l'objet d'une disposition au cours de l'année, dans le cas où il aurait vraisemblablement été comptabilisé à sa juste valeur marchande dans les états financiers du contribuable pour l'année si celui-ci n'en avait pas disposé,

ne sont pas visés par le présent alinéa les titres de créance déterminés du contribuable qui sont comptabilisés à leur juste valeur marchande, ou l'auraient été, du seul fait que leur juste valeur marchande est inférieure à leur coût pour le contribuable ou en raison d'un manquement du débiteur;

c) dans le cas où le contribuable est un courtier en valeurs mobilières, un titre de créance déterminé.

Un bien visé par le présent règlement n'est pas un bien évalué à la valeur du marché.

(e) a prescribed property;

...

[...]

Definitions

248 (1) In this Act,

...

inventory means a description of property the cost or value of which is relevant in computing a taxpayer's income from a business for a taxation year or would have been so relevant if the income from the business had not been computed in accordance with the cash method and, with respect to a farming business, includes all of the livestock held in the course of carrying on the business;

...

property means property of any kind whatever whether real or personal or corporeal or incorporeal and, without restricting the generality of the foregoing, includes

(a) a right of any kind whatever, a share or a chose in action.

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, as applicable in 1998

Valuation

1801 Except as provided by section 1802, for the purpose of computing the income of a taxpayer from a business, all the property described in all the inventories of the business may be valued at its fair market value.

Définitions

248 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

inventaire Description des biens dont le prix ou la valeur entre dans le calcul du revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise pour une année d'imposition ou serait ainsi entré si le revenu tiré de l'entreprise n'avait pas été calculé selon la méthode de comptabilité de caisse. S'il s'agit d'une entreprise agricole, le bétail détenu dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise doit figurer dans cette description de biens.

[...]

biens Biens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, y compris, sans préjudice de la portée générale de ce qui précède :

a) les droits de quelque nature qu'ils soient, les actions ou parts;

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, tel qu'applicable en 1998

Évaluation

1801 Sous réserve de l'article 1802 et pour le calcul du revenu d'un contribuable tiré d'une entreprise, tous les biens figurant à l'inventaire de l'entreprise peuvent être évalués à leur juste valeur marchande.

A-520-15
2016 FCA 195

A-520-15
2016 CAF 195

The Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, by her Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Zakariyy A Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*Respondents*)

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, représentée par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Zakariyy A Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMALKI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALMALKI

Federal Court of Appeal, Gauthier, Scott and de Montigny J.J.A.—Ottawa, June 14 and July 8, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Scott et de Montigny, J.C.A.—Ottawa, 14 juin et 8 juillet 2016.

Security Intelligence — Disclosure of information — Human sources — Appeal from Federal Court decision concluding that application of Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 18.1 in particular circumstances herein invalid — Respondents suing for damages arising from alleged breach of their rights, freedoms under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Appellant refusing to identify covert human sources of CSIS — Commencing application (DES-1-11) under Canada Evidence Act (CEA), s. 38 relating to respondents' request for disclosure of all relevant documents — New CSIS Act, s. 18.1, giving new statutory class privilege to human sources — Federal Court concluding, inter alia, application of s. 18.1 to human source that provided information before date of enactment having retrospective effect, respondents having vested right to disclosure at time s. 18.1 brought into force — Whether s. 18.1 intended to be applied retrospectively or prospectively; whether presumption against interference with vested rights rebutted — S. 18.1 applicable to CEA, s. 38 proceeding in DES-1-11 — S. 18.1 not intended to have retroactive effect, not merely procedural rule of evidence — Creating substantive right in favour of human sources, exception to right of public "to every person's evidence" — Trumping public interest in disclosure of all evidence by taking it out of

Renseignement de sécurité — Communication de renseignements — Sources humaines — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ayant conclu que l'application de l'art. 18.1 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (la Loi sur le SCRS) dans les circonstances particulières de l'espèce était invalide — Les intimés ont intenté une poursuite en dommages-intérêts découlant de la violation alléguée des droits et libertés que leur garantit la Charte canadienne des droits et libertés — L'appellant a refusé d'identifier les sources humaines secrètes du SCRS — Il a introduit une demande (DES-1-11) en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC) relative à la demande de communication de tous les documents pertinents faite par les intimés — Le nouvel art. 18.1 de la Loi sur le SCRS a créé un nouveau privilège générique pour les sources humaines — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'application de l'art. 18.1 aux sources humaines qui ont fourni des informations avant la date d'adoption du texte législatif donnerait un effet rétrospectif à ce texte et que les intimés avaient un droit acquis au régime de communication établi au moment où l'art. 18.1 est entré en vigueur — Il s'agissait de savoir si l'art. 18.1 devait s'appliquer rétrospectivement ou prospectivement et si la présomption

Federal Court jurisdiction under CEA, s. 38 — This interpretation consistent with legislator's intent to protect human sources, encourage individuals to provide information to CSIS — Once individual meeting criteria set out in CSIS Act, s. 2, that individual considered a source, keeping that status on ongoing basis — New provisions meant to apply to ongoing situation, i.e. status as human source; presumption against retrospective application of statutory provisions under review not in play — Presumption against interference with vested rights rebutted herein — S. 18.1 filling perceived gap in common law privilege, giving greater protection to CSIS's human sources — Amendments not redundant — Legislator balancing relevant factors, finding public interest in non-disclosure of information trumping all other rights, subject to CSIS Act, s. 18.1(4)(b) — Legislator intending to protect disclosure of information described in s. 18.1 in all proceedings — Impossible to conclude that Parliament intending to leave possibility of disclosure open — Interference with rights under review not arbitrary, unfair — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court decision concluding that the application of section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) in the particular circumstances of this case would be invalid.

The respondents instituted civil proceedings before the Ontario Superior Court to claim damages arising from an alleged breach of their rights and freedoms protected under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant refused to produce information that would identify covert human sources of CSIS. As a result, it commenced an application (DES-1-11) pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act* (CEA) that related to the respondents' request for disclosure of all relevant documents. Over the course of the section 38 proceeding, amendments were made to the CSIS Act and other Acts. The amendments at issue in this appeal were made in response to developments in the case law that indicated that CSIS's human sources did not benefit from the common law absolute privilege afforded to police informers. The new section 18.1 replaced the former rule that

de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée — L'art. 18.1 s'appliquait à l'instance soulevant l'application de l'art. 38 de la LPC dans le dossier DES-1-11 — L'art. 18.1 n'est pas destiné à avoir un effet rétroactif et ne prévoit pas une règle de preuve de nature procédurale — L'art. 18.1 confère un droit substantiel aux sources humaines ainsi qu'une exception au droit du public à la « preuve émanant de toutes les sources » — L'art. 18.1 l'emporte sur l'intérêt public à la communication de toute la preuve en soustrayant cette dernière à la compétence que l'art. 38 de la LPC confère à la Cour fédérale — Cette interprétation cadre avec le choix du législateur qui est de protéger les sources humaines et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au SCRS — Dès lors qu'une personne physique répond aux critères énoncés à l'art. 2 de la Loi sur le SCRS, elle constitue une source et elle conserve ce statut de manière continue — Les nouvelles dispositions sont destinées à s'appliquer à une situation en cours, à savoir le statut de source humaine; la présomption de non-rétrospectivité des dispositions législatives en cause n'était pas en jeu — La présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée en l'espèce — L'art. 18.1 comble une lacune apparente en ce qui a trait au privilège de common law et accorde une plus grande protection aux sources humaines du SCRS — Le législateur a soupesé tous les facteurs pertinents et a jugé que l'intérêt public dans la non-communication de ce type précis et plutôt limité d'informations doit l'emporter sur tous les autres droits, sous réserve de l'art. 18.1(4)(b) de la Loi sur le SCRS — Le législateur avait l'intention d'interdire la communication des informations indiquées à l'article 18.1 dans toutes les instances — Il est impossible de conclure que le législateur avait l'intention de ménager la possibilité d'une communication — L'atteinte aux droits en cause n'était ni arbitraire ni injuste — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ayant conclu que l'application de l'article 18.1 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi sur le SCRS) dans les circonstances particulières de l'espèce était invalide.

Les intimés ont intenté une poursuite devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vue de réclamer des dommages-intérêts découlant de la violation alléguée des droits et libertés que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant a refusé de produire des renseignements qui identifieraient des sources humaines secrètes du SCRS. Par conséquent, il a introduit une demande (DES-1-11) en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC) qui se rapportait à la demande relative à la communication de tous les documents pertinents faite par les intimés. Au cours de l'instruction de la présente instance, qui soulève l'application de l'article 38, des modifications ont été apportées à la Loi sur le SCRS et à d'autres lois. Les modifications faisant l'objet du présent litige ont été apportées en réponse à l'évolution de la jurisprudence portant que les sources

applied to CSIS human sources by deleting the reference to such sources in former subsection 18(1) of the CSIS Act. Former subsection 18(2) allowed the application of section 38 of the CEA up until the amendments were introduced. The Federal Court concluded, *inter alia*, that to apply section 18.1 to a human source that provided information several years before the date of the enactment would be to give the legislation a retrospective effect, and that section 18.1 establishes a new class privilege that creates substantive rights for human sources and is not merely a rule of evidence or procedure. The Federal Court stated that the application of section 18.1 could have an adverse effect on the respondents' ability to establish their claims before the Ontario Superior Court. The Federal Court could not accept that in a section 38 review, the right to information is not vested until the very moment it is disclosed. Rather, the respondents had a right to discovery as part of the civil trial process "from the outset". The Federal Court was satisfied that at the time section 18.1 was brought into force, the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of the section 38 proceeding.

The main issues were (1) whether section 18.1 of the CSIS Act was intended to be applied retrospectively (i.e. whether it deals with the future legal effect of a situation that has completely arisen before its enactment) or prospectively (i.e. whether it deals with the future legal effect of an ongoing situation, including an individual's status as a human source); and (2) whether the presumption against interference with vested rights was rebutted.

Held, the appeal should be allowed.

Section 18.1 of the CSIS Act was applicable to the section 38 proceeding in DES-1-11.

Section 18.1 is not intended to have retroactive effect, i.e., to affect the past legal effects of a situation that has completely arisen in the past. It is also not merely a procedural rule of evidence. Although some of the provisions in section 18.1 deal with the applicable procedure, it does create a substantive right in favour of human sources based on the status of the individuals and their special relationship with CSIS. Section 18.1 creates an exception to the right of the public "to every person's evidence". It trumps the public interest in the disclosure of all the evidence by taking it out of the Federal Court jurisdiction under section 38 of the CEA. This interpretation is the only one consistent with the legislator's choice to include a specific paragraph spelling out clearly that the

humaines du SCRS ne bénéficiaient pas du privilège absolu qu'accorde la common law aux indicateurs de police. Le nouvel article 18.1 a remplacé la règle antérieure qui s'appliquait aux sources humaines du SCRS en supprimant la mention de ces sources à l'ancien paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS. L'ancien paragraphe 18(2) permettait l'application de l'article 38 de la LPC jusqu'à l'introduction des modifications. La Cour fédérale a conclu, entre autres, que d'appliquer l'article 18.1 aux sources humaines qui ont fourni des informations plusieurs années avant la date d'adoption du texte législatif donnerait un effet rétrospectif à ce texte, et que l'article 18.1 établit un nouveau privilège générique qui crée des droits substantiels pour les sources humaines et ne constitue pas une simple règle de preuve ou de procédure. La Cour fédérale a indiqué que l'application de l'article 18.1 pourrait nuire à la faculté pour les intimés de prouver leurs allégations devant la Cour supérieure. La Cour fédérale ne pouvait pas accepter que, dans un examen mené en application de l'article 38, le droit d'obtenir des informations ne soit acquis qu'au moment même où celles-ci sont communiquées. Dans la cadre du processus judiciaire civil, les intimés disposaient plutôt « dès le début » d'un droit à la communication. La Cour fédérale a conclu qu'au moment où l'article 18.1 est entré en vigueur, les intimés avaient un droit acquis au régime de communication établi pour la durée de l'instance dont l'instruction soulevait l'application de l'article 38.

Il s'agissait principalement de savoir 1) si l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS devait s'appliquer rétrospectivement (c.-à-d., s'il porte sur l'effet juridique futur d'une situation qui est survenue entièrement avant son adoption) ou prospectivement (c.-à-d., s'il porte sur l'effet juridique futur d'une situation en cours, comme le statut d'une personne physique à titre de source humaine); et 2) si la présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'appliquait à l'instance qui soulève l'application de l'article 38 de la LPC dans le dossier DES-1-11.

L'article 18.1 n'est pas destiné à avoir un effet rétroactif, c'est-à-dire influencer sur les conséquences juridiques passées d'une situation qui est survenue entièrement dans le passé. L'article 18.1 ne prévoit pas simplement une règle de preuve de nature procédurale. Bien que certaines dispositions de l'article 18.1 portent sur la procédure applicable, l'article confère un droit substantiel aux sources humaines découlant de leur statut et de leur relation particulière avec le SCRS. L'article 18.1 crée une exception au droit du public à la « preuve émanant de toutes les sources ». L'article 18.1 l'emporte sur l'intérêt public à la communication de toute la preuve en soustrayant cette dernière à la compétence que l'article 38 de la LPC confère à la Cour fédérale. Cette interprétation est

purpose of the provision is to protect the life and security of human sources and to encourage individuals to provide information to CSIS.

As to whether the presumption against retrospectivity was in play, the fact that a statutory provision is meant to attach consequences to a status or an ongoing situation is very different from when it is intended to deal with the future or past legal effect of an event that has completely arisen in the past. This important step was not considered by the Federal Court, which focused on the fact that in this case the individual events that brought about the relationship between an individual and CSIS took place long before section 18.1 was enacted. There was no real need to include a definition of “human source” in the CSIS Act. When the wording of the definition is considered in context, the intention of the legislator is clear. Once an individual meets the criteria set out in section 2 (wherein “human source” is defined), he or she is a source and he or she keeps that status on an ongoing basis. It is “being” a source that brings about the legal consequences set out in section 18.1, even if the relationship that brought about this status was created before the enactment of the CSIS Act. Considering that the new provisions are meant to apply to an ongoing situation, that is, the status as a human source, the presumption against the retrospective application of the statutory provisions under review was not in play.

The presumption against interference with vested rights was rebutted in this case. When one considers the historical context and the legislative evolution of section 38 of the CEA and of section 18.1 of the CSIS Act, it is evident that the new provision deprives the respondents of the benefit of the more liberal version of the privilege set out in section 38 of the CEA. The purpose of the new section 18.1 is to give greater protection to CSIS’s human sources. It could not be said that the amendments were redundant and brought nothing over and above the protection afforded pursuant to section 38 of the CEA. The legislator does not speak unnecessarily and the new legislation is presumed to be remedial. The new statutory provisions were meant to fill a perceived gap after it was confirmed by the Supreme Court that the absolute common law privilege protecting police informers did not apply to CSIS human sources. The adoption of section 18.1 signals that the legislator has balanced all the relevant factors and found that the public interest in the non-disclosure of this specific and somewhat limited type of information must trump all other rights, subject to paragraph 18.1(4)(b) of the CSIS Act. The legislator intended to protect the disclosure of the information described in section 18.1 in all proceedings. It is difficult, if not impossible, to conclude that Parliament would have intended to leave the possibility of a disclosure

la seule qui cadre avec le choix du législateur d’inclure un paragraphe précis qui indique clairement que l’objet de la disposition est de protéger la vie et la sécurité des sources humaines et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au SCRS.

Quant à savoir si la présomption de non-rétrospectivité était en jeu, le fait qu’une disposition législative vise à attacher des conséquences à un statut ou à une situation en cours est très différent de la situation où une disposition prévoit les conséquences juridiques futures ou passées d’un événement qui est survenu entièrement dans le passé. Cette étape importante n’a pas été examinée par la Cour fédérale, qui a surtout accordé du poids en l’espèce au fait que les faits ayant engendré la relation entre une personne et le SCRS s’étaient déroulés bien avant l’adoption de l’article 18.1. Il n’était pas réellement nécessaire d’inclure une définition de « source humaine » dans la Loi sur le SCRS. Lorsque le libellé de la définition est examiné dans son contexte, l’intention du législateur est claire. Dès lors qu’une personne physique répond aux critères énoncés à l’article 2 (où l’expression « source humaine » est définie), elle constitue une source et elle conserve ce statut de manière continue. C’est l’« état » de source qui produit les conséquences juridiques décrites à l’article 18.1, même si la relation ayant donné lieu à ce statut a été établie avant l’adoption de la Loi sur le SCRS. Étant donné que les nouvelles dispositions sont destinées à s’appliquer à une situation en cours, à savoir le statut de source humaine, la présomption de non-rétrospectivité des dispositions législatives en cause n’était pas en jeu.

La présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée en l’espèce. Lorsque l’on examine le contexte historique et l’évolution législative de l’article 38 de la LPC et de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il ne fait aucun doute que la nouvelle disposition prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l’application de l’article 38 de la LPC. Le nouvel article 18.1 vise à accroître la protection des sources humaines du SCRS. On ne peut dire que les modifications étaient redondantes et qu’elles n’ajoutaient rien de plus à la protection accordée au titre de l’article 38 de la LPC. Le législateur ne parle pas inutilement et le nouveau texte législatif est présumé apporter une solution de droit. Les nouvelles dispositions législatives étaient destinées à combler une lacune apparente après que la Cour suprême eut confirmé que le privilège absolu de common law accordé aux indicateurs de police ne s’appliquait pas aux sources humaines du SCRS. L’adoption de l’article 18.1 signifie que le législateur a soupesé tous les facteurs pertinents et a jugé que l’intérêt public dans la non-communication de ce type précis et plutôt limité d’informations doit l’emporter sur tous les autres droits, sous réserve de l’alinéa 18.1(4)b). Le législateur avait l’intention d’interdire la communication des informations indiquées à l’article 18.1 dans toutes les instances. Il est difficile, voire impossible, de conclure que le

open because in the legislator's view, disclosure could have a direct impact on the life and security of human sources. The interference with the rights under review was not in this case arbitrary, nor was it unduly unfair.

législateur avait l'intention de ménager la possibilité d'une communication car, selon le législateur, la communication pourrait avoir une incidence directe sur la vie et la sécurité des sources humaines. L'atteinte aux droits en cause n'était en l'espèce ni arbitraire ni injuste.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* (assented to April 23, 2015), S.C. 2015, c. 9.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38–38.16.
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].
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “human source”, 18(1),(2), 18.1.
Protection of Canada from Terrorists Act, S.C. 2015, c. 9.

CASES CITED

APPLIED:

Dikranian v. Quebec (Attorney General), 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, revd 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, (1984), 12 D.L.R. (4th) 641; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81.

REFERRED TO:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050.

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16.
Loi sur la protection du Canada contre les terroristes, L.C. 2015, ch. 9.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « source humaine », 18(1),(2), 18.1.
 Projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois* (sanctionné le 23 avril 2015), L.C. 2015, ch. 9.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dikranian c. Québec (Procureur général), 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, inf. par 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81.

DÉCISIONS CITÉES :

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050.

DOCTRINE CITÉE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Côté, Pierre-André. “La position temporelle des faits juridiques et l’application de la loi dans le temps” (1988), 22 *R.J.T.* 207.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Driedger, Elmer A. “Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 *Can. B. Rev.* 265.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 1278, [2016] 4 F.C.R. 66) concluding that the application of section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* in the particular circumstances of this case would be “invalid”. Appeal allowed.

APPEARANCES

Christopher Rupar and Derek Rasmussen for appellant.

Barbara L. Jackman for respondents.

John Norris as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Jackman, Nazami & Associates, Toronto and
Stockwoods LLP Barristers, Toronto, for respondents.

John Norris as *amicus curiae*.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] GAUTHIER J.A.: The Attorney General of Canada (AGC) appeals from the decision of Justice Richard Mosley of the Federal Court (the Judge), who concluded that the application of section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) in the particular circumstances of this case would be “invalid” (2015 FC 1278, [2016] 4 F.C.R. 66 [reasons]). More particularly, the Judge found that section 18.1 was not merely a procedural rule of evidence, that it would have a retrospective application, and that applying it would affect the vested rights of the respondents in the disclosure of the information identifying the human source involved in this matter, subject only to the weighing of the factors provided for at section 38 and

Côté, Pierre-André. « La position temporelle des faits juridiques et l’application de la loi dans le temps » (1988), 22 *R.J.T.* 207.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.

Driedger, Elmer A. « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 265.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1278, [2016] 4 R.C.F. 66) ayant conclu que l’application de l’article 18.1 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* dans les circonstances particulières de l’espèce était invalide. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Christopher Rupar et Derek Rasmussen pour l’appelant.

Barbara L. Jackman pour les intimés.

John Norris à titre d’*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le procureur général du Canada pour l’appelant.
Jackman, Nazami & Associates, Toronto et
Stockwoods LLP Barristers, Toronto, pour les intimés.

John Norris à titre d’*amicus curiae*.

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

[1] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Le procureur général du Canada (PGC) interjette appel de la décision rendue par le juge Richard Mosley de la Cour fédérale (le juge), qui a conclu que l’application de l’article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS) serait « invalide » dans les circonstances particulières de l’espèce (2015 CF 1278, [2016] 4 R.C.F. 66 [motifs]). Plus précisément, le juge a conclu que l’article 18.1 ne prévoyait pas simplement une règle de preuve de nature procédurale, mais qu’il aurait une application rétrospective et que son application porterait atteinte aux droits acquis des intimés à la communication d’informations susceptibles de découvrir l’identité de la source humaine mêlée

following of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA). I note that reference in these reasons to section 38 encompasses sections 38 to 38.16 of the CEA.

[2] The finding of the Judge in respect of the application of subsection 18(1) of the CSIS Act is not the subject of the appeal. Thus, the question involving the redacted information relating to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) employees will be dealt with in the section 38 proceeding in accordance with the Judge's finding at paragraph 55 of his reasons.

[3] It is worth mentioning immediately that this appeal only requires the application of well-established principles of statutory interpretation to the particular provision under review. That said, this does not mean that the question before us is easy, for it concerns the temporal application of the new statutory class privilege given to CSIS human sources pursuant to section 18.1 of the CSIS Act. As noted by Professors Côté, Beaulac and Devinat in *Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2011), at page 116, transitional law is one of the most difficult fields in law.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

I. Background

[5] The general background and relevant procedural history of the civil proceedings instituted by Messrs. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin and certain family members (collectively referred to as the respondents), and the ensuing applications made by the AGC under section 38 of the CEA, are fully set out in the Judge's reasons (see paragraphs 14 to 36).

[6] For our purposes, it is sufficient to say that more than ten years ago, the respondents instituted civil proceedings before the Ontario Superior Court to claim

à la présente affaire, droits dont l'exercice n'était subordonné qu'à la mise en balance des facteurs énoncés à l'article 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC). Je souligne que la mention de l'article 38 dans les présents motifs renvoie aux articles 38 à 38.16 de la LPC.

[2] La conclusion du juge concernant l'application du paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS ne fait pas l'objet du présent appel. Par conséquent, la question relative aux informations caviardées se rapportant aux employés du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) sera traitée dans le cadre de l'instance soulevant l'application de l'article 38, selon la conclusion que tire le juge au paragraphe 55 de ses motifs.

[3] Il convient de mentionner dès le départ que le présent appel ne commande que l'application à la disposition précise en cause de principes d'interprétation législative bien établis. Cela dit, il ne faut pas en conclure que la question dont nous sommes saisis est simple, car elle porte sur l'application dans le temps du nouveau privilège générique accordé aux sources humaines du SCRS par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Comme l'ont fait remarquer les professeurs Côté, Beaulac et Devinat dans leur ouvrage intitulé *Interprétation des lois*, 4^e éd. (Montréal : Thémis, 2009), à la page 128, le droit transitoire est l'un des domaines du droit les plus difficiles.

[4] Pour les motifs suivants, j'accueillerais l'appel.

I. Contexte

[5] Le contexte factuel général et l'historique procédural pertinent des instances civiles intentées par MM. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin et par certains membres de leur famille (collectivement, les intimés), ainsi que les demandes présentées subséquemment par le PGC en vertu de l'article 38 de la LPC, sont décrits en détail dans les motifs du juge (voir les paragraphes 14 à 36).

[6] Pour les besoins du présent appel, nous pouvons nous limiter à rappeler qu'il y a plus de dix ans, les intimés ont intenté, devant la Cour supérieure de justice de

damages arising from an alleged breach of their rights and freedoms protected under 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] (Charter).

[7] In the context of mediation attempts, as well as in the course of the pre-trial discovery process after the mediation failed, the AGC produced many redacted documents but refused to produce information that would tend to identify covert human sources of CSIS. Among other things, the AGC invoked the national security privilege.

[8] As a result, the AGC commenced two applications pursuant to section 38 of the CEA. The first application, which related to documents provided in contemplation of mediation, was addressed in file DES-1-10. The second application, which related to the respondents' request for disclosure of all relevant documents after the mediation failed, was addressed in DES-1-11. The DES-1-10 application was disposed of in *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508 (*Almalki* 2010) and *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594 (*Almalki* 2011).

[9] It is over the course of the current section 38 proceeding in DES-1-11, in October 2014, that Bill C-44, an *Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts*, was introduced. It came into effect on April 23, 2015 as the *Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9. It is generally understood and agreed that the amendments at issue in this appeal were made in response to recent jurisprudential developments which indicated that contrary to CSIS's belief, their human sources did not benefit from the common law absolute privilege afforded to police informers. Indeed, the Supreme Court of Canada noted in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat*), at paragraph 87, that if this was felt to be desirable, only the legislator could create such a new class privilege. A similar message had been sent by our Court in *Almalki* 2011, at paragraph 34.

l'Ontario, des instances civiles en dommages-intérêts, plaidant la violation des droits et libertés qu'ils tirent 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).

[7] Au cours des tentatives de médiation infructueuses et tout au long de l'enquête préalable à l'instance qui s'est ensuivie, le PGC a produit de nombreux documents caviardés, tout en refusant de produire les informations qui tendraient à découvrir l'identité de sources humaines secrètes du SCRS. Le PGC a notamment invoqué le privilège relatif à la sécurité nationale.

[8] En conséquence, le PGC a présenté deux demandes en vertu de l'article 38 de la LPC. La première demande, qui porte sur les documents communiqués en vue de la médiation, a été traitée dans le dossier DES-1-10. La deuxième, qui se rapporte à la demande des intimés relative à la communication de tous les documents pertinents après l'échec de la médiation, a été traitée dans le dossier DES-1-11. La demande portant le numéro de dossier DES-1-10 a été réglée dans les décisions *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508 (*Almalki* 2010) et *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594 (*Almalki* 2011).

[9] C'est au cours de l'instruction de la présente instance, qui soulève l'application de l'article 38, dans le dossier DES-1-11, que le projet de loi C-44, la *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*, a été déposé en octobre 2014. La Loi est entrée en vigueur le 23 avril 2015 sous le titre de *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9. Il est généralement entendu et admis que les modifications en cause dans le présent appel ont été apportées à la suite d'une évolution jurisprudentielle récente portant que, contrairement à ce que croyait le SCRS, ses sources humaines ne bénéficiaient pas du privilège absolu qu'accorde la common law aux indicateurs de police. En effet, la Cour suprême du Canada a souligné dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat*), au paragraphe 87, que seul le législateur pouvait créer un nouveau privilège

[10] Consequently, the parties, including the duly appointed *amici*, made oral and written submissions to the Judge with regard to the interpretation and application of the new and revised legislation, which could impact on the Judge's ability to weigh the factors set out in section 38 of the CEA with respect to information that could identify human sources.

II. The Federal Court decision

[11] On November 23, 2015, the Judge issued what he characterized as an interlocutory decision on this important and distinct question. Indeed, the Judge notes at paragraph 63 of his reasons that if section 18.1 applied to the case, "it [would] [effectively] oust [his] jurisdiction ... to adjudicate the disclosure of information which may identify a human source under section 38 of the CEA."

[12] The Judge starts his analysis by stating that there is a strong presumption that the legislator does not intend its laws to apply either retroactively or retrospectively. He mentions that the distinction between retrospectivity and retroactivity can be difficult to ascertain. He then explains that while the parties agree that section 18.1 should not apply retroactively or retrospectively, they differ on whether its application in the proceeding before him would be prospective (see Judge's reasons, at paragraph 63).

[13] It appears that the debate before the Judge was focused on whether section 18.1 was meant to apply to all proceedings, regardless of when they had started, provided there had been no disclosure of the human source information prior to that date. The Judge appears to have accepted the arguments of the respondents that the focus should be on the definition of "human source" at section 2 of the CSIS Act (see paragraph 23 below), because when one applies the definition to this case, it refers to events that took place well before the

générique s'il le jugeait souhaitable. Un message similaire avait été exprimé par notre Cour dans l'arrêt *Almalki* 2011, au paragraphe 34.

[10] En conséquence, les parties, y compris les *amici* dûment nommés, ont présenté leurs observations orales et écrites au juge relativement à l'interprétation et à l'application du nouveau texte législatif révisé, lequel pouvait avoir une incidence sur la faculté pour le juge de soupeser les facteurs énoncés à l'article 38 de la LPC relativement aux informations susceptibles de découvrir l'identité des sources humaines.

II. La décision de la Cour fédérale

[11] Le 23 novembre 2015, le juge rend une décision qu'il qualifie d'interlocutoire sur cette question importante et distincte. Le juge souligne au paragraphe 63 de ses motifs que si l'article 18.1 devait s'appliquer à l'affaire, « il écartera[it] la compétence dont dispose la Cour en vertu de l'article 38 de la LPC de statuer sur la question de la communication des informations qui peuvent permettre d'identifier une source humaine ».

[12] Le juge entreprend son analyse en déclarant qu'il existe une forte présomption selon laquelle le législateur n'entend pas que ses lois s'appliquent rétroactivement ou rétrospectivement. Il mentionne qu'il peut être difficile d'établir une distinction entre la rétrospectivité et la rétroactivité. Il explique ensuite que bien que les parties s'entendent pour dire que l'article 18.1 ne devrait pas s'appliquer rétroactivement ou rétrospectivement, elles divergent sur la question de savoir si son application en l'espèce serait prospective (voir à cet égard les motifs du juge, au paragraphe 63).

[13] Il appert que les débats devant le juge portaient sur la question de savoir si l'article 18.1 devait s'appliquer à toutes les instances, peu importe le moment où elles avaient été intentées, pourvu qu'il n'y ait pas eu communication des informations relatives à une source humaine avant cette date. Le juge semble avoir retenu les prétentions des intimés selon lesquelles était centrale la définition de « source humaine » à l'article 2 de la Loi sur le SCRS (voir le paragraphe 23 des présents motifs), car l'application de cette définition à l'affaire renvoie à

amendments were adopted. Thus, the respondents argued that the application of section 18.1 would make it at least retrospective, if not retroactive.

[14] Interestingly, the Judge notes that the respondents argued that the AGC seeks to confer new legal status on past events (see Judge's reasons, at paragraph 67), but does not discuss this argument any further before concluding that to apply section 18.1 to a human source that provided information 13 or 14 years before the date of the enactment would be to give the legislation a retrospective effect (see Judge's reasons, at paragraph 72).

[15] In his view, the only question left to be resolved was whether the legislation affects substantive or vested rights. The Judge's approach appears to have been based on paragraph 10 of *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272 (*Dineley*) (see Judge's reasons, at paragraph 61; see also my comments in that regard at paragraphs 30 and 31).

[16] The Judge concludes that section 18.1 established a new class privilege that creates, in his view, substantive rights for human sources. The respondents and the *amici* contended that the right to confidentiality conferred to human sources is substantive, because it stems from a person's status as a source, which is attained as soon as certain events occur (see Judge's reasons, at paragraph 84). They submitted that both the right and status exist irrespective of whether there is litigation. It is on this basis that the Judge finds that section 18.1 could not merely be a rule of evidence or procedure.

[17] Although he does not clearly explain why this is necessary in the context of his analysis, the Judge then goes on to say that without expressing a view on the merits of the allegations in the respondents' civil actions, the Court "[could] reasonably infer" that the application of section 18.1 "could have" an adverse effect on the respondents' ability to establish their claims before the Ontario Superior Court (see Judge's reasons, at paragraph 92).

des faits ayant eu lieu bien avant l'adoption des modifications. Ainsi, les intimés ont fait valoir que l'application de l'article 18.1 serait, sinon rétroactive, du moins rétrospective.

[14] Fait intéressant, le juge signale l'argument des intimés selon qui le PGC cherche à conférer une nouvelle conséquence juridique à des faits antérieurs (voir les motifs du juge, au paragraphe 67), sans toutefois s'attarder davantage à cette question, avant de conclure qu'en appliquant l'article 18.1 à une source humaine ayant fourni de l'information 13 ou 14 ans avant l'adoption du texte législatif, on donnerait un effet rétrospectif à ce dernier (voir les motifs du juge, au paragraphe 72).

[15] Selon le juge, la seule question qui reste à trancher est de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis. Son analyse semble être fondée sur le paragraphe 10 de l'arrêt *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272 (*Dineley*) (voir les motifs du juge, au paragraphe 61; voir également mes commentaires à cet effet aux paragraphes 30 et 31).

[16] Le juge conclut que l'article 18.1 établit un nouveau privilège générique qui crée, d'après lui, des droits substantiels pour les sources humaines. Les intimés et les *amici* ont soutenu que le droit à l'anonymat conféré aux sources humaines est un droit substantiel puisqu'il découle du statut d'une personne en tant que source, lequel est obtenu dès la survenance de certains faits (voir les motifs du juge, au paragraphe 84). Ils ont fait valoir que le droit et le statut existent tous les deux, qu'il y ait litige ou non. C'est sur la foi de cet argument que le juge conclut que l'article 18.1 ne peut constituer une simple règle de preuve ou de procédure.

[17] Même s'il n'en explique pas clairement la nécessité pour son analyse, le juge poursuit en affirmant que, sans se prononcer sur le bien-fondé des affirmations contenues dans les actions civiles des intimés, la Cour « peut raisonnablement tirer une conclusion » selon laquelle l'application de l'article 18.1 « pourrait » nuire à la faculté pour les intimés de prouver leurs allégations devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (voir les motifs du juge, au paragraphe 92).

[18] In the last part of his reasons, the Judge considers an alternative basis for the conclusion that section 18.1 should not be applied. He goes on to review the application of the presumption against interference with vested rights and whether the respondents had a vested right in the disclosure of human source information subject only to a section 38 balancing assessment. At paragraphs 95–98, he sets out the legal principles that he intends to follow. However, it is difficult to ascertain the Judge’s reasoning in respect of the weight given to the presumption, since he mainly discusses arguments dealing with the nature of the rights that would be vested in the respondents, including the fact that his earlier decision in DES-1-10 could not be considered *res judicata* in respect of the new documents involved in DES-1-11. There is little discussion of the legislator’s intent to rebut the presumption.

[19] The Judge mentions that he could not accept that in a section 38 review, the right to information is not vested until the very moment it is disclosed. Rather, in his view, the respondents had a right to discovery as part of the civil trial process “from the outset” (see Judge’s reasons, at paragraph 107). In a section 38 review, the question is whether the information which would normally be disclosed during discovery can be protected from disclosure on public interest grounds.

[20] The Judge then mentions that in his view, he is not dealing with the repeal of an existing statute or even of an existing common law privilege. He found that *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, was of little help given that it was dealing with an income tax issue and the analogy with this case was weak. For him, it was overreaching to compare the right to disclosure in an ongoing proceeding with the right to a specific tax exemption where annual changes ought to have been anticipated by taxpayers.

[18] Dans la dernière partie de ses motifs, le juge prend en considération un argument subsidiaire pour conclure que l’article 18.1 ne devrait pas s’appliquer. Il poursuit en examinant l’application de la présomption contre l’atteinte aux droits acquis, puis en se demandant si les intimés avaient un droit acquis en ce qui a trait à la communication des informations relatives à une source humaine, dont l’exercice n’était subordonné qu’à la mise en balance prévue à l’article 38. Aux paragraphes 95 à 98, il énonce les règles de droit qu’il entend respecter. Il est toutefois difficile de circonscrire le raisonnement du juge quant au poids qu’il accorde à la présomption, étant donné qu’il traite principalement d’arguments se rapportant à la nature des droits qui seraient dévolus aux intimés, y compris le fait que la décision qu’il a précédemment rendue dans le dossier DES-1-10 ne pouvait être revêtue de l’autorité de la chose jugée relativement aux nouveaux documents du dossier DES-1-11. Il est très peu question de l’intention du législateur de réfuter la présomption.

[19] Le juge mentionne qu’il ne peut accepter que dans un examen mené en application de l’article 38, le droit d’obtenir des informations n’est acquis qu’au moment même où celles-ci sont communiquées. Il estime plutôt que les intimés avaient un droit à la communication d’informations dans le cadre du processus judiciaire civil « dès le début » (voir les motifs du juge, au paragraphe 107). La question à trancher dans un examen mené en application de l’article 38 est de savoir si, à l’étape de l’enquête préalable, des informations qui auraient été normalement communiquées peuvent être soustraites à la communication pour des raisons d’intérêt public.

[20] Le juge mentionne ensuite qu’il ne s’agit pas de l’abrogation d’un texte législatif ni même d’un privilège de common law existant. Il conclut que l’arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, était de peu d’utilité, celui-ci traitant d’impôt sur le revenu et l’analogie avec la présente affaire étant ténue. À son avis, il était exagéré de comparer le droit à la communication dans une instance en cours au droit à une exonération fiscale particulière, dont la modification annuelle aurait dû être envisagée par le contribuable.

[21] On that basis, he concludes that he is satisfied that, at the time section 18.1 of the CSIS Act was brought into force, the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of the section 38 proceeding (see Judge's reasons, at paragraph 110).

III. Legislation

[22] The new section 18.1 reads as follows:

Purpose of section — human sources

18.1 (1) The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

Prohibition on disclosure

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred.

Exception — consent

(3) The identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred may be disclosed in a proceeding referred to in subsection (2) if the human source and the Director consent to the disclosure of that information.

Application to judge

(4) A party to a proceeding referred to in subsection (2), an *amicus curiae* who is appointed in respect of the proceeding or a person who is appointed to act as a special advocate if the proceeding is under the *Immigration and Refugee Protection Act* may apply to a judge for one of the following orders if it is relevant to the proceeding:

(a) an order declaring that an individual is not a human source or that information is not information from which the identity of a human source could be inferred; or

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a

[21] Pour ce motif, il conclut qu'au moment où l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS est entré en vigueur, les intimés avaient un droit acquis au régime de communication établi pour la durée de l'instance dont l'instruction soulevait l'application de l'article 38 (voir les motifs du juge, au paragraphe 110).

III. Dispositions législatives

[22] Le nouvel article 18.1 est ainsi rédigé :

Objet de l'article — sources humaines

18.1 (1) Le présent article vise à préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

Interdiction de communication

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité.

Exception — consentement

(3) L'identité d'une source humaine ou une information qui permettrait de découvrir cette identité peut être communiquée dans une instance visée au paragraphe (2) si la source humaine et le directeur y consentent.

Demande à un juge

(4) La partie à une instance visée au paragraphe (2), l'*amicus curiae* nommé dans cette instance ou l'avocat spécial nommé sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* peut demander à un juge de déclarer, par ordonnance, si une telle déclaration est pertinente dans l'instance :

a) qu'une personne physique n'est pas une source humaine ou qu'une information ne permettrait pas de découvrir l'identité d'une source humaine;

b) dans le cas où l'instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l'identité d'une

human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

Contents and service of application

(5) The application and the applicant's affidavit deposing to the facts relied on in support of the application shall be filed in the Registry of the Federal Court. The applicant shall, without delay after the application and affidavit are filed, serve a copy of them on the Attorney General of Canada.

Attorney General of Canada

(6) Once served, the Attorney General of Canada is deemed to be a party to the application.

Hearing

(7) The hearing of the application shall be held in private and in the absence of the applicant and their counsel, unless the judge orders otherwise.

Order — disclosure to establish innocence

(8) If the judge grants an application made under paragraph (4)(b), the judge may order the disclosure that the judge considers appropriate subject to any conditions that the judge specifies.

Effective date of order

(9) If the judge grants an application made under subsection (4), any order made by the judge does not take effect until the time provided to appeal the order has expired or, if the order is appealed and is confirmed, until either the time provided to appeal the judgement confirming the order has expired or all rights of appeal have been exhausted.

Confidentiality

(10) The judge shall ensure the confidentiality of the following:

(a) the identity of any human source and any information from which the identity of a human source could be inferred; and

(b) information and other evidence provided in respect of the application if, in the judge's opinion, its

source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

Contenu et signification de la demande

(5) La demande et l'affidavit du demandeur portant sur les faits sur lesquels il fonde celle-ci sont déposés au greffe de la Cour fédérale. Sans délai après le dépôt, le demandeur signifie copie de la demande et de l'affidavit au procureur général du Canada.

Procureur général du Canada

(6) Le procureur général du Canada est réputé être partie à la demande dès que celle-ci lui est signifiée.

Audition

(7) La demande est entendue à huis clos et en l'absence du demandeur et de son avocat, sauf si le juge en ordonne autrement.

Ordonnance de communication pour établir l'innocence

(8) Si le juge accueille la demande présentée au titre de l'alinéa (4)b), il peut ordonner la communication qu'il estime indiquée sous réserve des conditions qu'il précise.

Prise d'effet de l'ordonnance

(9) Si la demande présentée au titre du paragraphe (4) est accueillie, l'ordonnance prend effet après l'expiration du délai prévu pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

Confidentialité

(10) Il incombe au juge de garantir la confidentialité :

a) d'une part, de l'identité de toute source humaine ainsi que de toute information qui permettrait de découvrir cette identité;

b) d'autre part, des informations et autres éléments de preuve qui lui sont fournis dans le cadre de la demande

disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

Confidentiality on appeal

(11) In the case of an appeal, subsection (10) applies, with any necessary modifications, to the court to which the appeal is taken.

[23] “[H]uman source” is defined as follows at section 2:

2 ...

human source means an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service;

IV. Analysis

A. *Standard of review*

[24] The only question before us is the temporal application of section 18.1. This is a question of law, which is subject to the standard of review of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[25] However, the respondents and *amicus* (only one appeared before us) take the position that the distinct question of whether or not the respondents have a vested right is a question of mixed fact and law subject to the standard of palpable and overriding error. The AGC argues that this question is an integral part of the interpretation of section 18.1 and thus only involves a pure question of law. In my view, which standard of review applies in respect of whether the respondents have a vested right is of no consequence in this case (see paragraph 57 below).

B. *Preliminary remarks*

[26] Before starting my analysis, I would like to make a few preliminary remarks that are important to keep in mind when reviewing the case law relied upon by the parties as well as any case law dealing with the difficult question of temporal application of statutes.

et dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

Confidentialité en appel

(11) En cas d’appel, le paragraphe (10) s’applique, avec les adaptations nécessaires, aux tribunaux d’appel.

[23] L’expression « source humaine » est ainsi définie à l’article 2 :

2 [...]

source humaine Personne physique qui a reçu une promesse d’anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournit ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[24] La seule question dont est saisie notre Cour porte sur l’application de l’article 18.1 dans le temps. Il s’agit d’une question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[25] Toutefois, les intimés et l’*amicus* (un seul a comparu devant nous) soutiennent que l’existence d’un droit acquis pour les intimés, une question distincte portant à la fois sur les faits et le droit, est assujettie à la norme de l’erreur manifeste et dominante. Le PGC soutient pour sa part que, comme elle fait partie intégrante de l’interprétation de l’article 18.1, il s’agit plutôt d’une pure question de droit. À mon avis, il importe peu en l’espèce de se prononcer sur la norme de contrôle applicable à la question de savoir si les intimés ont un droit acquis (voir le paragraphe 57).

B. *Remarques préliminaires*

[26] Avant de commencer mon analyse, j’aimerais faire quelques remarques préliminaires qu’il importe de garder à l’esprit dans l’examen de la jurisprudence invoquée par les parties ainsi que de la jurisprudence traitant de la difficile question de l’application des lois dans le temps.

[27] The first hurdle, as mentioned by the Judge, is the difficulty created by the inconsistent use of terminology in older textbooks and in the case law. Second, we ought to keep the various applicable principles of statutory construction distinct.

[28] The meaning of “retrospective” is not always clear, not only in the older authorities, but in modern authorities as well. In fact, it is often used as synonymous of “retroactive”. This problem, as I said, persists to this very day despite consistent efforts by authors such as Elmer A. Driedger, Ruth Sullivan and P.A. Côté to warn against it. This is unfortunately compounded by the fact that distinct presumptions, such as those against the retroactive and the retrospective application of statutes (as defined and discussed by Driedger in “Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 *Can. B. Rev.* 264 (Retroactive Retrospective Reflections), and by Côté in *Interpretation of Legislation in Canada*, at pages 140–144), are often insufficiently distinguished from the presumption against interference with vested rights. The latter generally applies to all statutes, not only those that are retroactive or retrospective.

[29] It is obviously tempting to write more concisely in an attempt to summarise our thinking by merging various elements of these very distinct principles of construction. However, the risk in doing so is to unintentionally conflate presumptions that do not have the same strength and that may be rebutted by different methods.

[30] One such presumption provides that procedural provisions apply immediately to all proceedings under way in respect of all future steps taken. It may well be accurate to say that this presumption will not apply if the procedural provisions in question create or infringe upon substantive rights. However, this is not because it is an exception to the application of the presumption; rather, it is simply because a provision, by its very nature, is not merely or solely a procedural provision if it affects substantive rights. Thus, the presumption is simply not in play in such cases. In a different but related vein, even provisions that are of immediate or

[27] Le premier obstacle, comme le mentionne le juge, découle de la terminologie non uniforme employée dans les ouvrages de doctrine anciens et dans la jurisprudence. Deuxièmement, il convient de ne pas confondre les divers principes d’interprétation des lois qui s’appliquent.

[28] Le sens du terme « rétrospectif » n’est pas toujours clair, non seulement dans la jurisprudence ancienne, mais également dans la jurisprudence moderne. En fait, ce terme est souvent utilisé comme synonyme de « rétroactif ». Ce problème, je le répète, persiste à ce jour malgré les mises en garde constantes par des auteurs comme Elmer A. Driedger, Ruth Sullivan et P.A. Côté. Cette situation est malheureusement exacerbée par le fait que, dans bien des cas, l’on ne différencie pas suffisamment certaines présomptions, comme celles de non-rétroactivité et de non-rétrospectivité des lois (définies et analysées par M. Driedger dans « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264 (Retroactive Retrospective Reflections), et par M. Côté dans *Interprétation des lois*, aux pages 153 à 157) de celle contre l’atteinte aux droits acquis. Cette dernière présomption s’applique généralement à toutes les lois, et non pas seulement à celles qui sont rétroactives ou rétrospectives.

[29] Évidemment, il est tentant de faire preuve de concision pour résumer sa pensée en fusionnant divers éléments de ces principes d’interprétation très distincts. Mais ce faisant, on risque de confondre involontairement des présomptions qui n’ont pas la même force et qui sont susceptibles d’être réfutées par différents moyens.

[30] L’une de ces présomptions veut que des dispositions procédurales s’appliquent immédiatement à l’ensemble des instances en cours relativement aux actes futurs. Il peut être exact de dire que cette présomption ne s’appliquera pas si les dispositions procédurales en question créent des droits substantiels ou y portent atteinte. Il en est ainsi, non pas par exception à l’application de la présomption, mais plutôt parce qu’une disposition n’est pas en soi simplement ou uniquement une disposition procédurale si elle a une incidence sur des droits substantiels. Ainsi, la présomption n’intervient tout simplement pas dans de tels cas. Dans un autre

prospective application are subject to the presumption against interference with vested rights.

[31] As noted by Driedger, it is wrong to hold that a statute is either retroactive or retrospective simply because it interferes with vested rights (Retroactive Retrospective Reflections, at page 266). Indeed, once again, the presumption against interference with vested rights is quite distinct and does not have the same weight as the presumption against retroactivity or the presumption against retrospectivity. It may be that in practice, the same result is achieved. Still, because of the difficulty involved in temporal application in the absence of clear transitional provisions, one should keep those concepts separated to ensure that proper weight is given throughout the purposive analysis. For example, it is clear that Justice Deschamps did not mean to change the applicable rules of interpretation at paragraph 10 of *Dineley*. Such rules are more fully described by Justice Cromwell at paragraph 35 of the same decision (see also Justice Bastarache in *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530 (*Dikranian*), at paragraphs 45–51).

[32] Vested rights are necessarily substantive rights, for there is no vested right in a mere process or procedure. Thus, in that sense only, if a new provision interferes with vested rights it is an indication that it is not merely procedural. This explains the wording used by Justice Deschamps at paragraph 10 of *Dineley* in reference to *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, in which Justice Lamer [as he then was] was dealing with whether or not the rule of evidence in question involved substantive rights or was merely procedural.

[33] I will now turn to my analysis.

[34] In this appeal, the parties have raised arguments that are intended to address the following four distinct presumptions:

ordre d'idées — néanmoins connexes —, même les dispositions d'application immédiate ou prospective sont assujetties à la présomption contre l'atteinte aux droits acquis.

[31] Comme l'a souligné M. Driedger, il est erroné de conclure qu'une loi est rétroactive ou retrospective pour la simple raison qu'elle porte atteinte à des droits acquis (Retroactive Retrospective Reflections, à la page 266). En effet, je le répète, la présomption contre l'atteinte aux droits acquis est distincte de celles de non-rétroactivité ou de non-retrospectivité et n'a pas le même poids. Il se peut que le même résultat soit obtenu en pratique. Néanmoins, comme l'application de la loi dans le temps en l'absence de dispositions transitoires claires se révèle difficile, il convient de maintenir les distinctions entre ces concepts pour veiller à leur accorder le poids qui convient tout au long de l'analyse téléologique. À titre d'exemple, au paragraphe 10 de l'arrêt *Dineley*, il est évident que la juge Deschamps n'avait pas l'intention de changer les règles d'interprétation applicables. Ces règles sont décrites plus en détail par le juge Cromwell au paragraphe 35 de ce même arrêt (voir également les motifs du juge Bastarache dans l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530 (*Dikranian*), aux paragraphes 45 à 51).

[32] Les droits acquis sont forcément des droits substantiels, puisqu'il n'y a aucun droit acquis à de simples processus ou procédure. Ainsi, dans ce sens seulement, on peut déduire d'une nouvelle disposition qui porte atteinte à des droits acquis qu'elle n'est pas simplement de nature procédurale. Une telle conclusion va dans le sens des propos de la juge Deschamps au paragraphe 10 de l'arrêt *Dineley* en référence à l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, dans lequel le juge Lamer [tel était son titre] devait décider si la règle de preuve en question portait sur des droits substantiels ou simplement sur la procédure.

[33] Je vais maintenant passer à l'analyse.

[34] Dans le présent appel, les parties ont soulevé des arguments sur les quatre présomptions distinctes qui suivent :

- | | |
|---|--|
| <p>i. The presumption that the legislature does not intend legislation to be applied retroactively, that is, applied so as to change the past legal effect of a situation that has occurred completely in the past. This presumption is strong (Ruth Sullivan, <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at page 761, paragraph 1);</p> | <p>i. La présomption selon laquelle le législateur n’entend pas que les lois s’appliquent rétroactivement, soit de manière à changer les conséquences juridiques passées d’une situation qui est survenue entièrement dans le passé. Cette présomption est forte (Ruth Sullivan, <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, 6^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2014), à la page 761, paragraphe 1);</p> |
| <p>ii. The presumption that the legislature does not intend legislation to be applied retrospectively (as that term is defined by Driedger in <i>Retroactive Retrospective Reflections</i>), that is, applied so as to change the future legal effect of a situation that has occurred completely in the past, unless it is enacted to protect the public. The weight of this presumption is variable (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, above, at page 761, paragraph 2); it thus cannot simply be described as “strong”, like the presumption against retroactivity;</p> | <p>ii. La présomption selon laquelle le législateur n’entend pas que les lois s’appliquent rétrospectivement (au sens attribué à ce terme par M. Driedger dans <i>Retroactive Retrospective Reflections</i>), soit de manière à changer les conséquences juridiques futures d’une situation qui est survenue entièrement dans le passé, à moins qu’elle n’ait été adoptée pour protéger le public. Le poids de cette présomption est variable (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, précité, à la page 761, paragraphe 2); nous ne pouvons donc pas simplement la qualifier de « forte », comme c’est le cas pour la présomption de non-rétroactivité;</p> |
| <p>iii. The presumption that the legislature intends procedural legislation to apply immediately to any ongoing proceeding and in respect of steps to be taken in the future (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, above, at page 761, paragraph 5);</p> | <p>iii. La présomption voulant que le législateur entende que les lois à vocation procédurale s’appliquent immédiatement tant aux instances en cours qu’aux mesures futures (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, précité, à la page 761, paragraphe 5);</p> |
| <p>iv. The presumption that the legislature does not intend to interfere with vested rights. Again, the weight of this presumption varies depending on factors such as the nature of the protected right and how unfair or arbitrary it would be to abolish or curtail that right. The presumption is often rebutted without reference to express legislative language (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, above, at page 761, paragraph 3; see also <i>Interpretation of Legislation in Canada</i>, at page 167).</p> | <p>iv. La présomption selon laquelle le législateur n’entend pas porter atteinte à des droits acquis. Au risque de me répéter, le poids de cette présomption varie selon divers facteurs, comme la nature du droit protégé et l’effet inéquitable ou arbitraire qu’aurait l’abolition ou la limitation de ce droit. La présomption est souvent réfutée en l’absence de termes exprès dans le texte législatif (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, précité, à la page 761, paragraphe 3; voir également <i>Interprétation des lois</i>, à la page 182).</p> |

[35] I do not intend to deal in much detail with the first or third presumption referred to above for in my view, they simply have no application here.

[35] Je n’ai pas l’intention de traiter en détail des première et troisième présomptions puisque, à mon avis, elles ne trouvent pas application en l’espèce.

[36] Indeed, it is clear, in my view, that section 18.1 of the CSIS Act is not intended to have retroactive

[36] En effet, il est évident, selon moi, que l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS n’est pas destiné à avoir

effect, i.e., to affect the past legal effects of a situation that has completely arisen in the past.

[37] I also agree with the respondents and the *amicus* that section 18.1 is not merely a procedural rule of evidence. As noted in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at paragraph 56 “for a provision to be regarded as procedural, it must be exclusively so”. The Judge’s comment that the application of section 18.1 would oust his jurisdiction under section 38 in respect of information tending to identify human sources (see Judge’s reasons, at paragraph 63) lends additional support to the other arguments discussed herein in respect of the substantive nature of section 18.1.

[38] Although some of the provisions in section 18.1 deal with the applicable procedure (see subsections 18.1(4) to (7)), it does create a substantive right in favour of human sources based on the status of the individuals and their special relationship with CSIS. The class privilege created at section 18.1 is akin (albeit somewhat different) to the common law class privilege applicable to police informers which is described by this Court in *Almalki* 2011 as “a legal rule of public order by which a judge is bound” (see paragraphs 15–18). This is consistent with the AGC’s contention that the adoption of Bill C-44 resulted from the comments of the Supreme Court of Canada in *Harkat*, where the Court confirmed that only the legislator could create such a class privilege for CSIS human sources if deemed desirable.

[39] Section 18.1 thus creates an exception to the right of the public “to every person’s evidence” (*R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 1). It trumps the public interest in the disclosure of all the evidence by taking it out of the Federal Court jurisdiction under section 38 of the CEA.

un effet rétroactif, c’est-à-dire influencer sur les conséquences juridiques passées d’une situation qui est survenue entièrement dans le passé.

[37] Je suis également d’accord avec les intimés et l’*amicus* que l’article 18.1 ne prévoit pas simplement une règle de preuve de nature procédurale. Comme il est indiqué dans le renvoi *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, au paragraphe 56 « pour qu’une disposition soit considérée comme étant de nature procédurale, elle doit toucher exclusivement la procédure ». Le commentaire du juge, selon lequel l’application de l’article 18.1 écarterait la compétence que lui confère l’article 38 relativement aux informations qui permettraient de découvrir l’identité de sources humaines (voir les motifs du juge, au paragraphe 63), appuie les autres arguments analysés en l’espèce quant à la nature substantielle de l’article 18.1.

[38] Bien que certaines dispositions de l’article 18.1 portent sur la procédure applicable (voir les paragraphes 18.1(4) à (7)), cet article confère un droit substantiel aux sources humaines découlant de leur statut et de leur relation particulière avec le SCRS. Le privilège générique créé par l’article 18.1 se rapproche (mais se distingue) du privilège générique accordé par la common law aux indicateurs de police, privilège que notre Cour a décrit dans l’arrêt *Almalki* 2011 ainsi : « une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge » (voir les paragraphes 15 à 18). Cette description va dans le même sens que la prétention du PGC selon laquelle l’adoption du projet de loi C-44 découle des commentaires formulés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Harkat*, dans lequel elle a confirmé que seul le législateur pouvait créer un tel privilège générique pour les sources humaines du SCRS s’il le jugeait souhaitable.

[39] L’article 18.1 crée ainsi une exception au droit du public « à la preuve émanant de toutes les sources » (*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 1). Il l’emporte sur l’intérêt public à la communication de toute la preuve en soustrayant cette dernière à la compétence que l’article 38 de la LPC confère à la Cour fédérale.

[40] This interpretation is the only one consistent with the legislator's choice to include a specific paragraph spelling out very clearly that the purpose of the provision is to protect the life and security of human sources and to encourage individuals to provide information to CSIS (see subsection 18.1(1)). It would make little sense to make such a declaration if the provision dealt with a mere process or procedure.

[41] The next question is thus whether the second presumption is in play (because section 18.1 deals with the future legal effect of a situation that has completely arisen before its enactment) or whether section 18.1 is simply prospective (i.e., whether it deals with the future legal effect of an ongoing situation, including an individual's status as a human source).

C. Is the presumption against retrospectivity in play?

[42] As mentioned at paragraph 16 above, when presenting their arguments to the Judge, the respondents and the *amicus* argued that the right set out in section 18.1 is based on the status of an individual as a human source. I agree.

[43] Although this was meant to address the third presumption, this is an important point to consider when identifying the "situation" to which the statutory provisions under review are intended to apply or to which they attach legal consequences.

[44] Indeed, as both Côté and Driedger note, the most important step in applying the various presumptions is to correctly characterise the situation to which the statute applies: Pierre-André Côté, "La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps" (1988), 22 *R.J.T.* 207, at pages 210 and 211 (Position temporelle des faits juridiques); *Interpretation of Legislation in Canada*, at page 135. This is rarely an easy task and it requires a purposive interpretation of the provision. As mentioned by Justice Iacobucci, writing

[40] Cette interprétation est la seule qui cadre avec le choix du législateur d'inclure un paragraphe précis indiquant très clairement que l'objet de la disposition est de protéger la vie et la sécurité des sources humaines et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au SCRS (voir le paragraphe 18.1(1)). Il ne serait guère logique de faire une telle déclaration si la disposition ne prévoyait qu'un simple processus ou qu'une simple procédure.

[41] La Cour est ensuite appelée à décider si la deuxième présomption trouve application (car l'article 18.1 influe sur les conséquences juridiques futures d'une situation survenue entièrement avant l'adoption de cette disposition) ou si l'article 18.1 s'applique simplement prospectivement (c'est-à-dire s'il influe sur les conséquences juridiques futures d'une situation en cours, comme le statut d'une personne physique à titre de source humaine).

C. La présomption de non-rétrospectivité trouve-t-elle application?

[42] Comme je l'ai fait remarquer au paragraphe 16, les intimés et l'*amicus* ont fait valoir, au moment de présenter leurs arguments au juge, que le droit énoncé à l'article 18.1 repose sur le statut d'une personne à titre de source humaine. Je suis d'accord.

[43] Même si cet argument visait à répondre à la troisième présomption, il importe de le prendre en considération lorsqu'il s'agit de définir la « situation » à laquelle les dispositions législatives en cause sont censées s'appliquer ou à laquelle elles attachent des conséquences juridiques.

[44] En effet, comme l'ont souligné tant M. Côté que M. Driedger, l'étape la plus importante dans l'application des diverses présomptions est de caractériser correctement la situation à laquelle la loi s'applique (Pierre-André Côté, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps » (1988), 22 *R.J.T.* 207, aux pages 210 et 211 (Position temporelle des faits juridiques); *Interprétation des lois*, à la page 148). Il s'agit rarement d'une tâche facile, et la disposition en cause doit faire l'objet d'une interprétation

for the Court in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (*Benner*), at paragraphs 45 and 46:

The question ... is one of characterization

... many situations may be reasonably seen to involve both past discrete events and on-going conditions. A status or on-going condition will often, for example, stem from some past discrete event. A criminal conviction is a single discrete event, but it gives rise to the on-going condition of being detained, the status of “detainee”. Similar observations could be made about a marriage or divorce. Successfully determining whether a particular case involves applying the *Charter* to a past event or simply to a current condition or status will involve determining whether, in all the circumstances, the most significant or relevant feature of the case is the past event or the current condition resulting from it. This is, as I already stated, a question of characterization, and will vary with the circumstances. Making this determination will depend on the facts of the case, on the law in question, and on the *Charter* right which the applicant seeks to apply. [Italics in original.]

[45] That a statutory provision is meant to attach consequences to a status or an ongoing situation is very different from when it is intended to deal with the future or past legal effect of an event that has completely arisen in the past: see *Benner*, at paragraph 42, where Justice Iacobucci relies on Driedger’s proposition as reasserted in *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983). It appears that this important step was not considered by the Judge, who focused on the fact that in this case the individual events that brought about the relationship between an individual and CSIS took place long before section 18.1 was enacted. At the same time, the Judge accepted that it is the ongoing status of the individual as a human source that gives rise to the so-called class privilege.

[46] The expression “human source” or “CSIS human source” is not new. It has often been used in the past (see for example *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014

téléologique. Comme l’a fait remarquer le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (*Benner*), aux paragraphes 45 et 46 :

La question à trancher consiste donc à caractériser la situation [...]

[...] bien des situations peuvent raisonnablement être considérées comme mettant en jeu à la fois des événements précis et isolés et des conditions en cours. Ainsi, un statut ou une condition en cours découle souvent d’un événement passé précis et isolé. Une déclaration de culpabilité en matière criminelle constitue un événement unique précis et isolé, mais elle crée une condition en cours, celle d’être en détention, ou le statut de « détenu ». Des observations semblables vaudraient également en ce qui a trait au mariage ou au divorce. Pour déterminer si une affaire donnée emporte l’application de la *Charte* à un événement passé, ou simplement à une condition ou à un statut en cours, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l’élément le plus important ou le plus pertinent de cette affaire est l’événement passé ou la condition en cours qui en résulte. Il s’agit là, comme je l’ai dit plus tôt, d’une question de caractérisation, qui variera selon les circonstances. La détermination dépendra des faits de l’espèce, du texte de loi en cause et du droit garanti par la *Charte* dont le demandeur sollicite l’application. [Italiques dans l’original.]

[45] Il existe une différence importante entre une disposition législative destinée à attacher des conséquences à un statut ou à une situation en cours et celle qui prévoit les conséquences juridiques futures ou passées d’un événement qui est survenu entièrement dans le passé (voir *Benner*, au paragraphe 42, où le juge Iacobucci s’appuie sur la proposition de M. Driedger, qu’il a réitérée dans *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983)). Il semble que cette étape importante n’ait pas été examinée par le juge, qui a surtout accordé du poids en l’espèce au fait que les faits ayant engendré la relation entre une personne et le SCRS s’étaient déroulés bien avant l’adoption de l’article 18.1. En même temps, le juge a accepté que ce qu’on appelle le privilège générique découle du statut en cours d’une personne à titre de source humaine.

[46] Les expressions « sources humaines » ou « sources humaines du SCRS » ne sont pas nouvelles. Elles ont souvent été utilisées par le passé (voir, par exemple,

FC 1050, at paragraphs 45–47). It has even been used by the respondents in this very case well before the drafting of Bill C-44 (see the part entitled *Human Source Information* in the Judge’s decision in *Almalki* 2010, at paragraphs 163–170; see also *Almalki* 2011, at paragraphs 10–34). In *Harkat*, at paragraphs 78–87, the same expression was also used where a different statutory regime was in play.

[47] There was no real need to include a definition of “human source” in the CSIS Act. Without one, there would be little doubt that the Act was meant to apply to the ongoing status (or the “state of being”) of a human source. However, given the various jurisprudential comments about the past interpretation of this term by CSIS itself, one can surmise that the legislator found it desirable to define the “ingredients” that establish the relationship giving rise to the status of human source.

[48] When one considers the wording of the definition (see paragraph 23 above) in context, including the wording of paragraph 18.1(4)(a) which gives the right to argue that “an individual is not a ... source” [emphasis added], the intention of the legislator is clear. Once an individual meets the criteria set out at section 2, he or she is a source and he or she keeps that status on an ongoing basis. To use the words of Driedger, it is “being” a source that brings about the legal consequences set out in section 18.1, even if the relationship which brought about this status was created before the enactment of the CSIS Act (see also *Position temporelle des faits juridiques*, at pages 215–219, 228, 229, 236 and 237).

[49] At the hearing, the *amicus* agreed that the Court could reach such a conclusion. He noted that, in his view, the crucial question in this appeal was really the application of the presumption against interference with vested rights. I agree and will address this principle next.

[50] To conclude this part, considering that the new provisions are meant to apply to an ongoing situation,

la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050, aux paragraphes 45 à 47). Elles ont également été utilisées par les intimés en l’espèce, et ce bien avant la rédaction du projet de loi C-44 (voir la partie intitulée *Renseignements provenant de sources humaines* de la décision du juge dans *Almalki* 2010, aux paragraphes 163 à 170; voir aussi l’arrêt *Almalki* 2011, aux paragraphes 10 à 34). Dans l’arrêt *Harkat*, aux paragraphes 78 à 87, ces expressions sont reprises, mais renvoient à un autre régime législatif.

[47] Point n’était besoin d’inclure une définition de « source humaine » dans la Loi sur le SCRS. En l’absence d’une telle définition, il ne faisait aucun doute que la Loi devait s’appliquer au statut en cours (ou à « l’état ») de source humaine. Cependant, compte tenu des divers commentaires jurisprudentiels concernant l’interprétation antérieure de ce terme par le SCRS, on peut supposer que le législateur estimait souhaitable de définir les « ingrédients » permettant d’établir les rapports donnant naissance au statut de source humaine.

[48] L’intention du législateur ressort clairement du libellé de la définition (voir le paragraphe 23) en contexte, y compris de celui de l’alinéa 18.1(4)a, qui confère le droit de faire valoir « qu’une personne physique n’est pas une source » [non souligné dans l’original]. Dès lors qu’une personne physique répond aux critères énoncés à l’article 2, elle constitue une source et elle conserve ce statut de manière continue. Pour reprendre les termes de M. Driedger, c’est [TRADUCTION] « l’état » de source qui entraîne les conséquences juridiques décrites à l’article 18.1, même si la relation ayant donné lieu à ce statut a été établie avant l’adoption de la Loi sur le SCRS (voir aussi *Position temporelle des faits juridiques*, aux pages 215 à 219, 228, 229, 236 et 237).

[49] À l’audience, l’*amicus* a convenu que la Cour pouvait en venir à une telle conclusion. Il a souligné que le présent appel, à son avis, portait fondamentalement sur l’application de la présomption contre l’atteinte aux droits acquis. Je suis du même avis et j’aborderai ensuite ce principe.

[50] Pour conclure la présente partie, étant donné que les nouvelles dispositions sont destinées à s’appliquer

that is, the status as a human source, the presumption against the retrospective application of the statutory provisions under review is not in play.

[51] As the presumptions against retrospectivity and retroactivity are not in play, it is unnecessary to deal with the Judge’s finding that section 18.1 “could” ultimately have adverse effects on the respondents’ ability to establish their claims in the Ontario Superior Court (see Judge’s reasons, at paragraph 92).

[52] Indeed, he only appears to have considered necessary to deal with this issue, which he characterized as distinct from the one of whether the respondents had vested rights in the disclosure of the human source identifying information subject to section 38 (Part V.B.(3) of his reasons), because of his understanding that this made section 18.1 retrospective in its application (see Judge’s reasons, at paragraph 61).

[53] In any event, given the limited nature of the information protected by section 18.1, the type of information that has been disclosed in section 38 proceedings in the past, and without knowing all the information that is already available to the respondents, it is impossible to assess the basis for this inference “of a possible impact”.

D. *The presumption against interference with vested rights*

[54] Throughout my analysis, I have obviously followed the modern approach to statutory interpretation which requires one to read the words of the Act in their entire context (which includes the applicable presumptions), in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. As noted by Justice Bastarache in *Dikranian*, it is particularly important in respect of the presumption against interference with vested rights to avoid falling into the trap of literal construction of the statutory provision: *Dikranian*, at paragraph 36.

à une situation en cours, à savoir le statut de source humaine, la présomption de non-rétrospectivité des dispositions législatives en cause n’entre pas en jeu.

[51] Comme les présomptions de non-rétrospectivité et de non-rétroactivité ne trouvent pas application, il n’est guère nécessaire d’examiner la conclusion du juge selon laquelle l’article 18.1 « pourrait » en fin de compte nuire à la capacité des défendeurs d’établir le bien-fondé de leurs allégations devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario (voir les motifs du juge, au paragraphe 92).

[52] En effet, il semble avoir jugé nécessaire de traiter de cette question — qui, selon lui, se distingue de celle de savoir si les défendeurs avaient des droits acquis à la communication de renseignements pouvant permettre d’identifier une source humaine, dont l’exercice était subordonné à l’application de l’article 38 (partie V.B.(3) de ses motifs) —, car, selon lui, une telle situation entraîne une application rétrospective de l’article 18.1 (voir les motifs du juge, au paragraphe 61).

[53] Quoiqu’il en soit, compte tenu de la nature limitée de l’information protégée par l’article 18.1 ainsi que du type d’information divulguée par le passé dans les instances qui soulevaient l’application de l’article 38, et sans connaître toute l’information déjà mise à la disposition des intimés, il est impossible de décider si la conclusion quant à une « incidence possible » est fondée.

D. *La présomption contre l’atteinte aux droits acquis*

[54] Tout au long de mon analyse, j’ai manifestement suivi l’approche moderne d’interprétation législative qui requiert qu’on interprète les termes d’une loi dans leur contexte global (ce qui comprend les présomptions applicables), en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Comme l’a souligné le juge Bastarache dans l’arrêt *Dikranian*, il est particulièrement important, lorsqu’il s’agit de la présomption contre l’atteinte aux droits acquis, d’éviter de tomber dans le piège de l’interprétation littérale des dispositions législatives (*Dikranian*, au paragraphe 36).

[55] Although this is the last part of the analysis, I thought that it would be more appropriate to discuss the purpose and the legislative evolution and history of the provision under review in more detail in this part to avoid repetition. I will do so after determining whether or not the respondents have a vested right that puts in play the presumption against interference with such rights.

[56] Except for the issue of *res judicata*, the arguments of the parties were substantially the same as those mentioned in Part V.B.(3) of the Judge's reasons.

[57] As I noted earlier (see paragraph 25 above), I do not believe that the standard of review to be applied to this question is relevant, for I believe that the Judge correctly decided that the right of the respondents to the disclosure of all relevant information subject to the application of section 38 is not merely a right to a process.

[58] In *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81, at paragraphs 17–21 (a decision issued in the civil proceedings instituted by some of the respondents), the Ontario Court of Appeal found that the scheme established by section 38 of the CEA is in fact a liberalization of the common law Crown privilege based upon international relations, national security and national defence which had previously been absolute and not open to any scrutiny.

[59] As alluded to earlier, the new section 18.1 effectively replaced the former rule that applied to CSIS human sources by deleting the reference to such sources in former subsection 18(1) of the CSIS Act. Indeed, former subsection 18(2) allowed the application of section 38 of the CEA up until the amendments were introduced in April 2015 (the former provisions are reproduced in Appendix A).

[60] Thus, when one considers the historical context and the legislative evolution of section 38 of the CEA

[55] Bien qu'il s'agisse de la dernière partie de l'analyse, j'estime qu'il valait mieux traiter de l'objet ainsi que de l'évolution et de l'historique législatifs de la disposition en cause de manière plus détaillée dans cette partie afin d'éviter toute répétition. J'aborderai ce point après avoir décidé si oui ou non les intimés ont un droit acquis faisant intervenir la présomption contre l'atteinte à de tels droits.

[56] À l'exception de la question de l'autorité de la chose jugée, les arguments des parties étaient essentiellement les mêmes que ceux mentionnés à la partie V.B.(3) des motifs du juge.

[57] Comme je l'ai noté précédemment (voir le paragraphe 25), je ne crois pas que la question de la norme de contrôle à appliquer est pertinente, car j'estime que le juge n'a pas fait erreur en décidant que le droit des intimés à la communication de tous les renseignements pertinents, dont l'exercice est subordonné à l'application de l'article 38, ne se résume pas à un droit de nature procédurale.

[58] Dans l'arrêt *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81, aux paragraphes 17 à 21, (un jugement rendu dans des instances civiles intentées par certains des intimés), la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le régime établi par l'article 38 de la LPC constitue en fait une libéralisation du privilège conféré en common law à la Couronne et fondé sur les relations internationales, la sécurité nationale et la défense nationale, lequel était auparavant un privilège absolu ne pouvant être contesté d'aucune manière.

[59] Comme j'y ai fait allusion précédemment, le nouvel article 18.1 a effectivement remplacé la règle antérieure qui s'appliquait aux sources humaines du SCRS en supprimant la mention de ces sources à l'ancien paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS. En effet, l'ancien paragraphe 18(2) permettait l'application de l'article 38 de la LPC jusqu'à l'introduction des modifications en avril 2015 (les dispositions antérieures sont reproduites à l'annexe A).

[60] Ainsi, lorsque l'on examine le contexte historique et l'évolution législative de l'article 38 de la LPC et de

and of section 18.1 of the CSIS Act, it is evident that the new provision deprives the respondents of the benefit of the more liberal version of the privilege set out in section 38 of the CEA pursuant to which the question of the identity of sources and information tending to identify them was dealt with up until now.

[61] In that sense, I agree with the *amicus* that the recent amendments change the “rules of the game to the disadvantage of the respondents” (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 29). This means that I must proceed to determine whether the presumption that the legislator did not intend such a result has been rebutted.

[62] As mentioned earlier at paragraph 34, the weight of this last presumption depends on various factors such as the nature and importance of the right the respondents seek to protect and how unfair or arbitrary it would be to deprive them of such a right. The Court must also try to determine through purposive interpretation whether such unwanted consequences are necessary or warranted by the goal(s) the legislator sought to achieve.

[63] As noted by the Judge at paragraph 43 of his reasons, “[i]n the words of the Bill’s sponsor, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the purpose of this amendment [new section 18.1] [was] to ‘give greater protection to [CSIS]’s human sources’.”

[64] Subsection 18.1(1) expressly provides that:

Purpose of section — human sources

18.1 (1) The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

[65] The respondents say that, in respect of “true” human sources, the amendments are redundant and bring nothing over and above the protection afforded pursuant to section 38. In their memorandum, the respondents also say that to encourage individuals to provide

l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il ne fait aucun doute que la nouvelle disposition prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l’application de l’article 38 de la LPC, qui régissait la question de l’identité des sources et des informations qui tendraient à découvrir leur identité jusqu’à présent.

[61] En ce sens, je suis d’accord avec l’*amicus* pour dire que les modifications récentes changent les [TRANSDUCTION] « règles du jeu au détriment des intimés » (mémoire des faits et du droit de l’*amicus curiae*, au paragraphe 29). Je dois donc décider si la présomption selon laquelle l’intention du législateur n’était pas d’entraîner un tel résultat a été réfutée.

[62] Comme je le souligne au paragraphe 34, le poids de cette dernière présomption varie selon divers facteurs, comme la nature et l’importance du droit que les intimés cherchent à protéger et l’iniquité ou le caractère arbitraire de la décision de les en priver. En adoptant une interprétation téléologique, la Cour doit également tenter de voir si ces conséquences indésirables sont nécessaires ou justifiées pour l’atteinte des objectifs du législateur.

[63] Comme l’a souligné le juge au paragraphe 43 de ses motifs, « [p]our reprendre les termes de l’auteur du projet de loi, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, la modification [le nouvel article 18.1] vise à “accroître la protection des sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité”. »

[64] Le paragraphe 18.1(1) prescrit expressément ce qui suit :

Objet de l’article — sources humaines

18.1 (1) Le présent article vise à préserver l’anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

[65] Les intimés font valoir qu’à l’égard des « véritables » sources humaines les modifications sont redondantes et n’ajoutent rien de plus à la protection accordée au titre de l’article 38. Dans leur mémoire, les intimés affirment également que le fait d’encourager des

information does not necessarily warrant an interference with their vested rights.

[66] I cannot accept those arguments. The legislator does not speak unnecessarily and the new legislation is presumed to be remedial. As argued by the AGC, the new statutory provisions were meant to fill a perceived gap after it was confirmed by the Supreme Court of Canada that the absolute common law privilege protecting police informers did not apply to CSIS human sources. This meant that, in theory, a judge could decide to release information identifying such sources if he or she felt that the public interest in the disclosure prevailed. The adoption of section 18.1 signals that the legislator has balanced all the relevant factors and found that the public interest in the non-disclosure of this specific and somewhat limited type of information must trump all other rights, subject to paragraph 18.1(4)(b).

[67] It is also important to keep in mind that the legislator is presumed to know the law and how it has been applied. This means that the legislator, before adopting section 18.1, is presumed to have been aware of how section 38 has been applied and how the balancing between public interest in a disclosure versus the public interest in non-disclosure has been carried out. Indeed, the following remarks are also useful to assess the parameters of the vested right here in play.

[68] There was general agreement before us that as of now, the identity of human sources or of information tending to identify human sources has never been disclosed in the context of section 38 proceedings. This includes the section 38 proceeding in DES-1-10: the Judge expressly notes at paragraph 25 of his reasons that no such information was disclosed to the respondents in DES-1-10.

[69] The Judge also stated in his decision in *Almalki* 2010 that the primary public interest in disclosure, which exists to ensure that the trial court has the fullest possible access to all relevant material, is not an overriding consideration that will compel a decision to

personnes physiques à fournir des informations ne justifie pas nécessairement une atteinte à leurs propres droits acquis.

[66] Je ne peux souscrire à ces arguments. Le législateur ne parle pas inutilement, et le nouveau texte législatif est présumé apporter une solution de droit. Comme l'a fait valoir le PGC, les nouvelles dispositions législatives étaient destinées à combler une lacune apparente après que la Cour suprême du Canada eut confirmé que le privilège absolu de common law accordé aux indicateurs de police ne s'appliquait pas aux sources humaines du SCRS. Par conséquent, en théorie, un juge pouvait décider de révéler des renseignements permettant d'identifier ces sources s'il estimait que l'intérêt public l'emportait. L'adoption de l'article 18.1 signifie que le législateur a soupesé tous les facteurs pertinents et a jugé que l'intérêt public dans la non-communication de ce type précis et plutôt limité d'informations doit l'emporter sur tous les autres droits, sous réserve de l'alinéa 18.1(4)b.

[67] Il est également important de garder à l'esprit que le législateur est réputé connaître la loi et son application. Ainsi, il est réputé, avant d'adopter l'article 18.1, avoir été au fait de la manière dont l'article 38 a été appliqué ainsi que de la manière dont s'effectue la mise en balance de l'intérêt public militant pour et contre la communication. En effet, les remarques qui suivent sont également utiles lorsqu'il s'agit de circonscrire les paramètres du droit acquis en l'espèce.

[68] Il était généralement admis devant nous que l'identité des sources humaines ou que les informations qui tendraient à découvrir l'identité des sources humaines n'avaient jamais été communiquées à ce jour dans le cadre des instances qui soulevaient l'application de l'article 38, y compris dans le dossier DES-1-10. Le juge souligne expressément au paragraphe 25 de ses motifs qu'aucune information de ce genre n'avait été communiquée aux intimés dans le dossier DES-1-10.

[69] Le juge a également mentionné dans ses motifs dans la décision *Almalki* 2010 que le principal intérêt du public à la communication, dont l'objet est de faire en sorte que le tribunal de première instance dispose de tous les éléments pertinents possibles, ne constitue pas

disclose when national security is at stake (see *Almalki* 2010, at paragraph 178). It is also relevant to mention that in *Almalki* 2010, the Judge was very well aware of the public interest in holding government accountable for the alleged action and omission referred to in the respondents' civil proceedings. He noted however that despite the alleged breaches of their Charter rights, the security and Charter rights of the respondents are not presently at stake in the underlying proceedings (see Judge's reasons; *Almalki* 2010, at paragraphs 181–185; see also the comments of this Court in *Almalki* 2011, at paragraphs 32 and 33).

[70] When one considers the short delay between the Supreme Court decision in *Harkat* (May 2014) and the filing of Bill C-44 (October 2014), one can assume that Parliament saw the need to deal with the mischief addressed by the adoption of section 18.1 as urgent. That mischief was the perception that CSIS human sources were not automatically protected by a privilege of confidentiality akin to that of police informers, and that their protection was thus left entirely to the process set out in section 38.

[71] From this, I can only conclude that inasmuch as the respondents still have a “possibility”—albeit a remote one—of obtaining the disclosure of information identifying human sources under section 38, it is that very possibility that the legislator was addressing in adopting section 18.1.

[72] I agree with the *amicus* that section 18.1 would have been clearer and certainly made our task easier if the legislator had added, after “a proceeding before the Court” in subsection 18.1(2), the words “commenced before or after the coming into force of this subsection” (i.e., something similar to a transitional provision). However, when the actual words of the section are read in their proper context in accordance with the principles of purposive interpretation, the absence of this additional wording is not sufficient in my view to avoid the conclusion that the legislator intended to protect the

en soi le facteur déterminant justifiant la communication lorsque la sécurité nationale est en jeu (voir *Almalki* 2010, au paragraphe 178). Il est également pertinent de mentionner que, dans cette décision, le juge était pleinement conscient de l'importance pour l'intérêt public d'obliger l'Administration à répondre des présumés actes et omissions invoqués par les intimés dans les instances civiles. Il a toutefois souligné que, malgré les violations qu'ils invoquent à l'égard de leurs droits garantis par la Charte, la sécurité et les autres droits que la Charte garantit aux intimés ne sont pas actuellement en jeu dans les instances principales (voir les motifs du juge; *Almalki* 2010, aux paragraphes 181 à 185; voir également les commentaires de notre Cour dans l'arrêt *Almalki* 2011, aux paragraphes 32 et 33).

[70] Lorsque l'on prend en considération le court laps de temps entre le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Harkat* (mai 2014) et le dépôt du projet de loi C-44 (octobre 2014), on peut supposer que le législateur estimait qu'il était urgent de remédier à ce mal par l'adoption de l'article 18.1. Ce mal consistait en la perception selon laquelle les sources humaines du SCRS n'étaient pas automatiquement protégées par un privilège d'anonymat s'apparentant à celui accordé aux indicateurs de police, et que leur protection dépendait entièrement de la procédure prescrite à l'article 38.

[71] Force m'est donc de conclure que c'est justement les cas où les intimés ont la « possibilité », même faible, d'obtenir la communication de renseignements permettant de découvrir l'identité de sources humaines par le jeu de l'article 38 que le législateur visait en adoptant l'article 18.1.

[72] Je suis d'accord avec l'*amicus* pour dire que l'article 18.1 aurait été plus clair et aurait certainement rendu notre tâche plus facile si le législateur avait ajouté, après « une instance devant un tribunal » au paragraphe 18.1(2), la précision « intentée avant ou après l'entrée en vigueur du présent paragraphe » (soit un libellé s'apparentant à celui d'une disposition transitoire). Cependant, lorsqu'on interprète les termes de la disposition à la lumière de leur contexte conformément aux principes d'interprétation téléologique, l'absence de ces mots ne suffit pas, à mon avis, à empêcher la

disclosure of the information described in section 18.1 in all proceedings.

[73] I agree with the AGC that when one considers the slight possibility of the respondents obtaining information that would identify human sources in the context of their section 38 proceeding, against the clear intention of Parliament to protect the life and security of every individual who is a human source (ongoing status), it is difficult, if not impossible, to conclude that Parliament would have intended to leave the possibility of a disclosure open. This is so because in the legislator's view, disclosure could have a direct impact on the life and security of human sources. Moreover, in my view, if it became known that the life of a human source was actually threatened or lost, regardless of when that person became a source, it could have an impact on CSIS' ability to recruit new human sources.

[74] Although this is not decisive, I also consider that the interference with the rights under review is not in this case arbitrary, nor is it unduly unfair. Under section 38, the Judge would still ensure that the respondents get as much information as possible in respect of the substance of the information that was actually conveyed by the source. Further, subsection 18.1(4) sets out a number of protections to which the respondents may resort to, if necessary.

[75] Indeed, it is important to recall that the new scheme set out in section 18.1 includes the ability for parties like the respondents or the *amicus* to apply to the Court to challenge whether an individual is a human source within the meaning of the CSIS Act and whether information said to tend to identify such a source actually does.

[76] I also have some reservations with the view that the definition of "human source" in the CSIS Act is much broader than the definition of human source used by judges in the past. It may well be that CSIS has not been discriminate enough in the past in determining whether an individual is a "true" human source or not,

conclusion que le législateur avait l'intention d'interdire la communication des informations indiquées à l'article 18.1 dans toutes les instances.

[73] Je suis d'accord avec le PGC pour dire que, vu la faible possibilité que les intimés obtiennent des informations susceptibles de découvrir l'identité de sources humaines dans l'instance qui soulève l'application de l'article 38, compte tenu de l'intention claire du législateur de protéger la vie et la sécurité de toute personne physique qui est une source humaine (statut en cours), il est difficile, voire impossible, de conclure que le législateur avait l'intention de ménager la possibilité d'une communication. Cette conclusion s'impose, car, selon le législateur, la communication pourrait avoir une incidence directe sur la vie et la sécurité des sources humaines. Qui plus est, à mon avis, si l'on apprenait que la vie d'une source humaine est menacée ou perdue, peu importe le moment où cette personne est devenue une source, une telle situation pourrait miner la faculté pour le SCRS de recruter de nouvelles sources humaines.

[74] Bien que cela ne soit pas déterminant, j'estime également que l'atteinte aux droits en cause n'est, en l'espèce, ni arbitraire ni injuste. L'article 38 oblige le juge à veiller à ce que les intimés reçoivent le plus d'informations possible quant à la teneur des informations ayant été véritablement transmises par la source. De plus, le paragraphe 18.1(4) énonce diverses protections auxquelles les intimés peuvent avoir recours, le cas échéant.

[75] En effet, il est important de se rappeler que le nouveau régime énoncé à l'article 18.1 prévoit la faculté, pour les parties comme les intimés ou l'*amicus*, de soumettre une demande à la Cour en vue de contester le fait qu'une personne physique est une source humaine au sens de la Loi sur le SCRS et que les informations qui tendraient à découvrir l'identité d'une telle source permettent bel et bien d'identifier la source.

[76] J'ai également quelques réserves relativement à l'argument selon lequel la définition de « source humaine » dans la Loi sur le SCRS est beaucoup plus large que celle qu'employaient antérieurement les juges pour la même expression. Il est bien possible que, par le passé, le SCRS n'ait pas fait preuve de suffisamment de

but given the impact of section 18.1, I am confident that the courts will now very carefully monitor this process. It is too early to assume that the definition in section 2 of the CSIS Act will be construed broadly. One must wait for the jurisprudence to develop in the context of applications under subsection 18.1(2).

[77] I am satisfied that the presumption against interference with vested rights is rebutted in this case.

[78] For all the foregoing reasons, I conclude that section 18.1 is applicable to the section 38 proceeding in DES-1-11 and I propose to allow the appeal. I would set aside the judgment of the Federal Court and, rendering the decision that should have been made, I would declare that section 18.1 of the CSIS Act applies in the proceeding in DES-1-11.

SCOTT J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

APPENDIX A

Offence to disclose identity

18. (1) Subject to subsection (2), no person shall disclose any information that the person obtained or to which the person had access in the course of the performance by that person of duties and functions under this Act or the participation by that person in the administration or enforcement of this Act and from which the identity of

(a) any other person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service, or

(b) any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service

can be inferred.

discernement quand il s'agissait de décider si une personne physique constituait une « véritable » source humaine, mais, compte tenu de l'incidence de l'article 18.1, je suis persuadée que les tribunaux surveilleront dorénavant très attentivement ce processus. Il est trop tôt pour présumer que la définition à l'article 2 de la Loi sur le SCRS recevra une interprétation large. Nous devons attendre que la jurisprudence se développe dans le contexte de demandes soulevant l'application du paragraphe 18.1(2).

[77] Je suis convaincue que la présomption contre l'atteinte aux droits acquis est réfutée en l'espèce.

[78] Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, je conclus que l'article 18.1 s'applique à l'instance qui soulève l'application de l'article 38 dans le dossier DES-1-11, et je propose d'accueillir l'appel. J'annulerais le jugement de la Cour fédérale et, en rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je déclarerais que l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique à l'instance dans le dossier DES-1-11.

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.

ANNEXE A

Infraction

18. (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité :

a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;

b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.

Exceptions

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).

Offence

(3) Everyone who contravenes subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Authorized disclosure of information

19. (1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.

Idem

(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,

(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

(b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

(c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or

Exceptions

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d).

Infraction

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

Autorisation de communication

19. (1) Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.

Idem

(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1). Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :

a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction;

b) lorsqu'elles concernent la conduite des affaires internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

c) lorsqu'elles concernent la défense du Canada, au ministre de la Défense nationale ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

(d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, to that minister or person.

Report to Review Committee

(3) The Director shall, as soon as practicable after a disclosure referred to in paragraph (2)(d) is made, submit a report to the Review Committee with respect to the disclosure.

d) lorsque, selon le ministre, leur communication à un ministre ou à une personne appartenant à l'administration publique fédérale est essentielle pour des raisons d'intérêt public et que celles-ci justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée, à ce ministre ou à cette personne.

Rapport au comité de surveillance

(3) Dans les plus brefs délais possible après la communication visée à l'alinéa (2)d), le directeur en fait rapport au comité de surveillance.

T-1271-07
2016 FC 1159

T-1271-07
2016 CF 1159

Roland Anglehart Jr. et al. (Plaintiffs)

Roland Anglehart Jr. et al. (demandeurs)

v.

c.

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

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

INDEXED AS: ANGLEHART v. CANADA

RÉPERTORIÉ : ANGLEHART c. CANADA

Federal Court, Gagné J.—Montréal, January 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28, February 1, 2, 3, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 22, 23, 24, 29, March 1, 2, 7, 8, May 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, and 11; Ottawa, October 19, 2016.

Cour fédérale, juge Gagné—Montréal, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 janvier, 1^{er}, 2, 3, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 22, 23, 24, 29 février, 1^{er}, 2, 7, 8 mars, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 et 11 mai; Ottawa, 19 octobre 2016.

Fisheries — Action by plaintiffs suing respondent for actions performed by Minister of Fisheries and Oceans (Minister), Fisheries and Oceans Canada officials (DFO) from 2003 to 2006, which allegedly reduced plaintiffs' individual quota (IQ) of snow crab by 35 percent — Plaintiffs members of traditional mid-shore fleet of crab fishers in Area 12 in Southern Gulf of St. Lawrence — Snow crab fishery regulated since 1975 — Plaintiffs asking defendant be ordered to pay them, inter alia, compensation for loss of profits — Plaintiffs alleging three main causes of action: expropriation, unjust enrichment, misfeasance in public office by Minister, DFO officials — Issues: what was nature of plaintiffs' rights; whether plaintiffs having legitimate expectations; whether plaintiffs' causes of action should be allowed — When fishery went from being competitive fishery to being IQ fishery, Minister not granting plaintiffs actual quasi-property right in IQ assigned to each of them — Canada's fisheries common property resource — IQ policy not giving plaintiffs vested right to renew subject to predetermined conditions or vested right to predetermined quantity of fish — Minister having broadest discretion to issue fishing licences — Policies not immutable, not creating legitimate expectation — Regarding expropriation, plaintiffs not owning IQs assigned thereto by DFO policy — Other obstacles existing preventing plaintiffs from bringing expropriation action in present context — Thus, plaintiffs failing to establish expropriation — As to unjust enrichment, plaintiffs not establishing being impoverished, any enrichment on part of DFO — DFO simply reallocating snow crab resource or merely managing it or using resource to fund management activities — Tort of misfeasance in public office also examined — Despite unlawful nature of financing agreements concluded between DFO, certain fisheries associations, DFO's actions not causing plaintiffs any harm — However, plaintiffs' argument that DFO committed tort of misfeasance in public office by reducing 2003 TAC by 4,000 mt to force

Pêches — Action intentée par les demandeurs qui poursuivent la défenderesse pour les gestes posés ou les actes commis par le ministre des Pêches et Océans (ministre) et par les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans (MPO), au cours des années 2003 à 2006, lesquels auraient eu comme conséquence de leur retirer une part de leur quota individuel (QI) de crabe des neiges qu'ils estiment à 35 p. 100 — Les demandeurs sont des pêcheurs de crabe traditionnels de la zone semi-hauturière 12 située dans le Sud du golfe Saint-Laurent — La pêche commerciale au crabe des neiges est réglementée depuis 1975 — Les demandeurs recherchaient contre la défenderesse une condamnation à leur verser une compensation pour la perte de profits subie — Les demandeurs ont invoqué trois causes d'action principales : l'expropriation, l'enrichissement sans cause, et la faute dans l'exercice d'une charge publique par le ministre et les fonctionnaires du MPO — Il s'agissait de savoir quelle était la nature des droits des demandeurs; s'il y avait des attentes légitimes de leur part; et si les causes d'action invoquées par les demandeurs devaient être accueillies — Au moment de passer d'une pêche compétitive à une pêche par QI, le ministre n'a pas accordé aux demandeurs un véritable droit de quasi-propriété dans le QI qui leur a été attribué — La ressource halieutique du Canada est une propriété commune — La politique de QI ne confère pas aux demandeurs un droit acquis au renouvellement à des conditions prédéterminées, ou dans une quantité prédéterminée de poissons — Le ministre détient un pouvoir discrétionnaire considérable relativement à la délivrance des permis de pêche — Une politique n'est pas immuable et n'a pas pour effet de créer des attentes légitimes — En ce qui a trait à l'expropriation, les demandeurs ne sont pas propriétaires des QI qui leur ont été attribués par une politique du MPO — Il existait un certain nombre d'obstacles additionnels qui empêchaient les demandeurs de faire valoir un recours en expropriation dans le présent contexte — Par conséquent, les

plaintiffs to pay DFO \$1.7 million to finance research activities accepted — Reduction without justification, attempts to find explanation ex post facto, Minister's reaction regarding questions media asking after 2003 fishing plan released satisfactorily showing that only reason Minister reducing TAC in 2003 was to force traditional crabbers to resume negotiations potentially leading to joint project agreement — In doing so, Minister acting in bad faith, particularly in context of all changes choosing to make to DFO policies that same year — Minister exercising discretion by relying on considerations irrelevant, capricious or foreign to purpose of statute — Therefore, Minister committing tort of misfeasance in public office causing injury to plaintiffs for which entitled to compensation — Action allowed in part.

Crown — Torts — Misfeasance in public office — Plaintiffs suing respondent for actions performed by Minister of Fisheries and Oceans (Minister), Fisheries and Oceans Canada officials (DFO) from 2003 to 2006 allegedly reducing plaintiffs' individual quota (IQ) of snow crab — Plaintiffs alleging three main causes of action: expropriation, unjust enrichment, misfeasance in public office by Minister, DFO officials — Regarding expropriation, plaintiffs not owning IQs assigned thereto by DFO policy — Other obstacles existing preventing plaintiffs from bringing expropriation action in present context — Thus, plaintiffs failing to establish expropriation — As to unjust enrichment, plaintiffs not establishing being impoverished, any enrichment on part of DFO — DFO simply reallocating snow crab resource or merely managing it or using resource to fund management activities — However, plaintiffs' argument DFO committing tort of misfeasance in public office by reducing 2003 TAC by 4,000 mt to force plaintiffs to pay DFO \$1.7 million to finance research activities accepted — Reduction without justification, attempts to find explanation ex post facto, Minister's reaction regarding questions media asking after 2003 fishing plan released satisfactorily showing that only reason Minister reducing TAC in

demandeurs n'ont pas démontré qu'ils avaient un recours en expropriation — Quant à l'enrichissement sans cause, les demandeurs n'ont pas établi qu'ils ont été appauvris et qu'il y a eu enrichissement du MPO — Le MPO a simplement effectué une réallocation de la ressource du crabe des neiges ou n'a fait que la gérer, ou il a utilisé la ressource pour financer ses activités de gestion — La faute dans l'exercice d'une charge publique a également été examinée — Malgré le caractère illégitime des ententes de financement conclues entre le MPO, et certaines associations de pêcheurs, les gestes posés par le MPO n'ont causé aux demandeurs aucun dommage — Cependant, l'argument des demandeurs selon lequel le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique en réduisant le TPA de 2003 de 4 000 t.m. afin de forcer les demandeurs à lui verser une somme de 1,7 million de dollars pour financer ses activités de recherche a été accepté — Cette réduction sans justification, ces tentatives de trouver une explication ex post facto et la réaction du ministre face aux questions que lui ont posées les journalistes après l'émission du plan de pêche 2003 ont convaincu la Cour que la seule raison pour laquelle le ministre a réduit le TPA en 2003 était pour forcer les crabiers traditionnels à reprendre les négociations devant mener à une entente de projet conjoint — Ce faisant, le ministre a agi de mauvaise foi, particulièrement dans le contexte de l'ensemble des changements qu'il a choisis d'apporter aux politiques du MPO cette même année — La discrétion du ministre a été exercée en se fondant sur des considérations non pertinentes, capricieuses et étrangères à l'objet de la loi — Par conséquent, le ministre a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils étaient en droit d'être indemnisés — Action accueillie en partie.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Faute dans l'exercice d'une charge publique — Les demandeurs poursuivent la défenderesse pour les gestes posés ou les actes commis par le ministre des Pêches et Océans (ministre) et par les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans (MPO), au cours des années 2003 à 2006, lesquels auraient eu comme conséquence de leur retirer une part de leur quota individuel (QI) de crabe des neiges — Les demandeurs ont invoqué trois causes d'action principales : l'expropriation, l'enrichissement sans cause, et la faute dans l'exercice d'une charge publique par le ministre et les fonctionnaires du MPO — En ce qui a trait à l'expropriation, les demandeurs ne sont pas propriétaires des QI qui leur ont été attribués par une politique du MPO — Il existait un certain nombre d'obstacles additionnels qui empêchaient les demandeurs de faire valoir un recours en expropriation dans le présent contexte — Par conséquent, les demandeurs n'ont pas démontré qu'ils avaient un recours en expropriation — Quant à l'enrichissement sans cause, les demandeurs n'ont pas établi qu'ils ont été appauvris et qu'il y a eu enrichissement du MPO — Le MPO a simplement effectué une réallocation de la ressource du crabe des neiges ou n'a fait que la gérer, ou a utilisé la ressource pour financer ses

2003 was to force traditional crabbers to resume negotiations potentially leading to joint project agreement — In doing so, Minister acting in bad faith, particularly in context of all changes choosing to make to DFO policies that same year — Minister exercising discretion by relying on considerations irrelevant, capricious or foreign to purpose of statute — Therefore, Minister committing tort of misfeasance in public office causing injury to plaintiffs for which entitled to compensation.

This was an action by the plaintiffs suing the respondent for actions performed by the Minister of Fisheries and Oceans (Minister) and by Fisheries and Oceans Canada officials (DFO) from 2003 to 2006, which allegedly reduced the plaintiffs' individual quota (IQ) of snow crab by 35 percent. The plaintiffs are 97 of the 130 members of the traditional mid-shore fleet of crab fishers in Area 12 in the Southern Gulf of St. Lawrence who fished under the limited entry regime and were subsequently assigned an IQ. They are residents of New Brunswick, Quebec, Nova Scotia and Prince Edward Island. The snow crab fishery has been regulated since 1975 first under a limited entry regime and later under the IQ regime. Starting in 1984, DFO set an annual total allowable catch (TAC), which it announced at the start of each fishing season. Over the years, a number of agreements and arrangements were made between crab fishers and the DFO. In 2003, a Three-Year Snow Crab Management Plan for the Southern Gulf was announced and implemented despite strong protests by fishers. As well, in 2003 and 2004, since there was no joint project agreement between DFO and crab fishers, DFO decided to use part of the TAC to fund certain of its activities.

In their action, the plaintiffs were asking the defendant to be ordered to pay them, *inter alia*, compensation for the loss of profits experienced in 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 and 2008 on the grounds of acts by DFO; compensation for the drop in value of the plaintiffs' fishery enterprises; and

activités de gestion — Cependant, l'argument des demandeurs selon lequel le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique en réduisant le TPA de 2003 de 4 000 t.m. afin de forcer les demandeurs à lui verser une somme de 1,7 million de dollars pour financer ses activités de recherche a été accepté — Cette réduction sans justification, ces tentatives de trouver une explication ex post facto et la réaction du ministre face aux questions que lui ont posées les journalistes après l'émission du plan de pêche 2003 ont convaincu la Cour que la seule raison pour laquelle le ministre a réduit le TPA en 2003 était pour forcer les crabiers traditionnels à reprendre les négociations devant mener à une entente de projet conjoint — Ce faisant, le ministre a agi de mauvaise foi, particulièrement dans le contexte de l'ensemble des changements qu'il a choisi d'apporter aux politiques du MPO cette même année — La discrétion du ministre a été exercée en se fondant sur des considérations non pertinentes, capricieuses et étrangères à l'objet de la loi — Par conséquent, le ministre a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils étaient en droit d'être indemnisés.

Il s'agissait d'une action intentée par les demandeurs qui poursuivent la défenderesse pour les gestes posés ou les actes commis par le ministre des Pêches et Océans (ministre) et par les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans (MPO), au cours des années 2003 à 2006, lesquels auraient eu comme conséquence de leur retirer une part de leur quota individuel (QI) de crabe des neiges qu'ils estiment à 35 p. 100. Les demandeurs sont 97 des 130 pêcheurs de crabe traditionnels de la zone semi-hauturière 12 située dans le Sud du golfe Saint-Laurent qui ont bénéficié de cette politique d'exclusivité et à qui on a subséquemment attribué un QI. Ils sont résidents du Nouveau-Brunswick, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard. La pêche au crabe des neiges est réglementée depuis 1975, d'abord par le biais d'une politique d'accès limité, puis, éventuellement, par celui d'une politique de contingent par bateau ou de quota individuel (QI). À compter de 1984, le MPO a établi annuellement un Total de Prises Autorisées (TPA), dont il faisait l'annonce avant le début de chaque saison de pêche. Au cours des années, un certain nombre d'ententes et d'engagements ont été conclus entre les crabiers et le MPO. En 2003, le Plan triennal de gestion pour la pêche au crabe des neiges dans le sud du Golfe a été annoncé et mis en œuvre malgré de violentes manifestations de la part des pêcheurs. En outre, en 2003 et en 2004, puisqu'il n'y avait pas d'entente de projet conjoint entre le MPO et les crabiers, le MPO a décidé de prendre une partie du TPA pour financer certaines de ses activités.

Par leur action, les demandeurs recherchaient contre la défenderesse une condamnation à leur verser, entre autres, une compensation pour la perte de profits subie au cours des saisons de pêche 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 et 2008 en raison des actes du MPO; une compensation pour la

restitution of the value of benefits appropriated by DFO to the plaintiffs' detriment. Essentially, the plaintiffs were alleging three main causes of action: expropriation, unjust enrichment and misfeasance in public office on the part of the Minister and DFO officials. The plaintiffs attempted to persuade the Court that a fishing licence is property that confers on its holder a property or quasi-property right in the IQ associated with it; that their rights vested in 1990 when the competitive fishery was transformed into an IQ fishery; and that a quasi-property right in their IQs was conferred on traditional crabbers. The defendant in turn argued in particular that the plaintiffs' snow crab licences do not entitle them to a predetermined portion of the TAC apart from what is granted to them by licence condition for a given year; that fisheries are a common property resource; and that the Minister cannot abdicate his discretion to manage Canada's fisheries to issue commercial fishing licences for each fishery.

At issue was the nature of the plaintiffs' rights; whether they had legitimate expectations; and whether the three causes of action the plaintiffs referred to—expropriation, unjust enrichment and misfeasance in public office—should be allowed.

Held, the action should be allowed in part.

When the fishery went from being a competitive fishery to being an IQ fishery, the Minister did not grant the plaintiffs an actual quasi-property right in the IQ assigned to each of them. Canada's fisheries are a common property resource. Also, there is a distinction between a limited-entry policy and the granting of a quasi-property right in this resource. While a DFO policy may favour the plaintiffs in that it provides for exclusive access to the snow crab fishery, this policy is a simple management measure that does not grant the plaintiffs any property rights in the resource or any vested right to any portion of the TAC.

As to the nature of the rights under a fishing licence, while the evidence unequivocally showed that after the adoption of the IQ policy the plaintiffs' licences were renewed year after year, that did not give them a vested right to renew subject to predetermined conditions or a vested right to a predetermined quantity of fish. The Minister has the broadest discretion to issue the fishing licences.

diminution de la valeur des entreprises de pêche des demandeurs; et la restitution de la valeur des bénéfices que le MPO s'est appropriés au détriment des demandeurs. Les demandeurs ont essentiellement allégué trois causes d'action principales, soit l'expropriation, l'enrichissement sans cause et la faute du ministre et des fonctionnaires du MPO dans l'exercice de leurs fonctions. Les demandeurs ont tenté de convaincre la Cour qu'un permis de pêche est un bien qui confère à son titulaire un droit de propriété ou de quasi-propriété dans le QI qui y est associé; que leurs droits se sont cristallisés en 1990, au moment où le MPO est passé d'une politique de pêche compétitive à une politique de pêche par contingent individuel; et qu'on a conféré aux crabiers traditionnels un droit de quasi-propriété dans le QI. La défenderesse a, pour sa part, soutenu en particulier que le permis de pêche au crabe des neiges des demandeurs ne leur confère pas un droit prédéterminé à une part du TPA, au-delà de ce qui leur est octroyé par condition de permis, pour une année donnée; que la ressource halieutique est une propriété commune; et que le ministre ne peut abdiquer la discrétion qui lui est conférée de gérer les pêches au pays et, pour ce faire, d'octroyer des permis de pêche commerciale à l'égard de chacune des pêcheries.

Il s'agissait de savoir quelle était la nature des droits des demandeurs; s'il y avait des attentes légitimes de leur part; et si les trois causes d'action invoquées par les demandeurs, soit l'expropriation, l'enrichissement sans cause et la faute dans l'exercice d'une charge publique, devaient être accueillies.

Arrêt : l'action doit être accueillie en partie.

Au moment de passer d'une pêche compétitive à une pêche par QI, le ministre n'a pas accordé aux demandeurs un véritable droit de quasi-propriété dans le QI qui leur a été attribué. Les ressources halieutiques du Canada sont un bien commun. Par ailleurs, il faut éviter de confondre entre une politique de pêche à accès limité et l'octroi d'un droit de quasi-propriété dans cette ressource. Bien qu'une politique du MPO puisse favoriser les demandeurs en ce qu'elle prévoit qu'ils ont un accès exclusif à la pêche au crabe des neiges, cette politique est une simple mesure de gestion qui n'octroie aux demandeurs aucun droit de propriété dans la ressource ou droit acquis à une part quelconque du TPA.

Quant à la nature des droits conférés par un permis de pêche, bien que la preuve a démontré de façon non équivoque qu'à partir de l'adoption par le ministre de la politique de QI, les permis des demandeurs ont été renouvelés d'année en année, cela ne leur conférerait pas un droit acquis au renouvellement à des conditions prédéterminées, ou dans une quantité prédéterminée de poissons. Le ministre détient un pouvoir discrétionnaire considérable relativement à la délivrance des permis de pêche.

Regarding the plaintiffs' argument that the implementation of a policy in favour of a small group of fishers for issuing renewable IQ licences created a legitimate expectation on their part that the Minister would never unilaterally add new licence holders, policies are not immutable. In order for the Minister to be able to retain his broad discretion to manage fisheries, it must be possible to amend them as needed and they cannot give rise to a right for the plaintiffs. Furthermore, expectations, however legitimate, cannot generate or create substantive rights or form the basis for an action in damages. The evidence showed that the plaintiffs did not have a legitimate expectation that the Minister would never issue new Area 12 snow crab licences but rather that they knew that it was a real possibility and that their fear of this happening influenced some of the decisions they made. Therefore, they had no real expectations whether legitimate or not in this regard.

The first cause of action, expropriation, was dealt with. In arguing that the Minister expropriated 35 percent of their IQs after 2003 and that they were entitled to compensation, the plaintiffs had to show that the Crown unilaterally took their private property for public purposes. However, the plaintiffs do not own the IQs that were assigned to them by a DFO policy. Even though they view them as valuable assets capable of being the subject of a transaction, their rights in these IQs are precarious and the value of their licences depends on the annual biomass, market price and the Minister's discretion whether to issue new licences or share the resource with other fishers. Moreover, there were a number of additional obstacles that prevented the plaintiffs from bringing an expropriation action in the present context, such as a complete denial of any use of the property at issue, which was not the case in this matter since the plaintiffs were only partially denied use of the portion of the TAC set aside for them after 1990. Also, concerning the Minister's power to reallocate a portion of the TAC to an IQ fishery, the Minister may at any time favour one group of fishers over another and may also make changes to his own policies at any time. Therefore, the plaintiffs failed to establish expropriation and their first cause of action was dismissed.

As to the second cause of action, unjust enrichment, the plaintiffs argued in particular that the facts in evidence showed that the defendant unjustly enriched itself at their expense and that they were entitled to be indemnified for their correlative impoverishment. They submitted that the

Pour ce qui est de l'argument des demandeurs selon lequel la mise en place d'une politique d'émission, en faveur d'un groupe restreint de pêcheurs, de permis de pêche renouvelables assortis d'un QI, a créé chez eux une attente légitime à ce que le ministre n'ajoute jamais, unilatéralement, de nouveaux titulaires de permis, une politique n'est pas immuable. Pour que le ministre puisse conserver son vaste pouvoir discrétionnaire de gérer les pêches, elle doit pouvoir être modifiée au besoin et elle ne peut être source de droit pour les demandeurs. De plus, les attentes, aussi légitimes soient-elles, ne génèrent ni ne créent de droits substantifs et elles ne peuvent servir de fondement à un recours en dommages et intérêts. La preuve a démontré que les demandeurs n'avaient pas d'attente légitime à ce que le ministre n'émette jamais de nouveaux permis de pêche au crabe des neiges dans la zone 12, mais plutôt qu'ils savaient qu'il s'agissait là d'une réelle possibilité et que leur crainte que cette possibilité se matérialise a influencé certaines décisions qu'ils ont prises. Par conséquent, ils n'avaient pas de réelles attentes, légitimes ou non, à cet égard.

La Cour a examiné la première cause d'action, soit l'expropriation. En plaidant que le ministre a, à compter de 2003, exproprié 35 p. 100 de leurs QI et qu'il se devait de les indemniser, les demandeurs devaient démontrer que la Couronne s'est appropriée unilatéralement de leur propriété privée à des fins publiques. Cependant, les demandeurs ne sont pas propriétaires des QI qui leur ont été attribués par une politique du MPO. Même si, dans les faits, ils considèrent leur QI comme des actifs de grande valeur, qui peuvent faire l'objet d'une transaction, leurs droits dans ces QI sont précaires et la valeur de leurs permis est fonction de la biomasse annuelle, du prix du marché et de la discrétion du ministre d'émettre ou non de nouveaux permis ou de partager la ressource avec d'autres pêcheurs. De plus, il y avait un certain nombre d'obstacles additionnels qui empêchaient les demandeurs de faire valoir un recours en expropriation dans le présent contexte, comme le fait d'être privé totalement de l'utilisation de la propriété en litige, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, puisque les demandeurs n'ont été privés que partiellement de la part du TPA qui leur était réservée depuis 1990. En outre, en ce qui a trait à la question spécifique du pouvoir du ministre de transférer une part du TPA dans une pêche à QI, celui-ci pouvait en tout temps favoriser un groupe de pêcheurs au détriment d'un autre et pouvait également en tout temps changer ses propres politiques. Les demandeurs n'ont pas démontré par conséquent qu'ils avaient contre la défenderesse un recours en expropriation et leur première cause d'action a été rejetée.

Quant à la deuxième cause d'action, l'enrichissement sans cause, les demandeurs ont plaidé en particulier que les faits mis en preuve démontraient que la défenderesse s'est enrichie sans cause à leur détriment, et qu'ils étaient en droit de demander d'être indemnisés à la hauteur de leur

defendant did this by using the snow crab resource to fund DFO activities or to fund rationalization programs for the lobster and groundfish fisheries or to enable DFO to fulfil its obligations involving giving First Nations access to the commercial snow crab fishery. However, the plaintiffs did not establish any enrichment on the part of DFO. DFO simply reallocated the snow crab resource or merely managed it or used the resource to fund its management activities. Nor were the plaintiffs impoverished. Since they were not entitled to a predetermined share of the TAC, there could be no unjustified transfer. Therefore, the DFO did not take anything that belonged to the plaintiffs who also suffered no deprivation as a result.

The third cause of action, the tort of misfeasance in public office, was also examined. Although it was established that, through various agreements entered into from 2003 to 2006 to obtain financing for its management and research activities, DFO overstepped its management authority by illegally appropriating or selling fishery resources belonging to Canadians, the unlawful nature of these financing agreements concluded between DFO and certain fisheries associations did not cause any harm to the plaintiffs. Therefore, the plaintiffs failed to demonstrate misfeasance in public office in this regard.

However, the plaintiffs' argument that DFO committed the tort of misfeasance in public office by reducing the 2003 TAC by 4,000 mt in an artificial and arbitrary manner to force the plaintiffs to pay it an amount of \$1.7 million to finance its research activities was accepted. The reduction without justification, the attempts to find an explanation *ex post facto*, and the Minister's reaction regarding questions he was asked by journalists after the 2003 fishing plan was released satisfactorily showed that the only reason the Minister reduced the TAC by 4 289 mt in 2003 was to force traditional crabbers to resume negotiations that could lead to a joint project agreement. In doing so, the Minister acted in bad faith, particularly in the context of all of the changes he chose to make to DFO policies that same year. He exercised his discretion by relying on considerations that were irrelevant, capricious or foreign to the purpose of the statute. Therefore, the Minister committed a Category A tort, which caused the plaintiffs harm compensable in law, namely the missing 4 289 mt share that the 2003 fishing plan allotted them based on their respective IQ.

In conclusion, DFO committed the tort of misfeasance in public office for which the defendant was liable by reducing

appauvrissement corrélatif. Ils ont soutenu que la défenderesse s'est injustement enrichie en utilisant la ressource du crabe des neiges pour financer les activités du MPO ou pour financer les programmes de rationalisation de la pêche au homard et au poisson de fond ou de permettre au MPO de remplir ses obligations visant l'intégration des Premières Nations à la pêche commerciale au crabe des neiges. Cependant, les demandeurs n'ont pas établi qu'il y a eu enrichissement sans cause de la part du MPO. Le MPO a simplement effectué une réallocation de la ressource du crabe des neiges ou n'a fait que la gérer, ou il a utilisé la ressource pour financer ses activités de gestion. Il n'y a pas eu non plus appauvrissement des demandeurs. Puisqu'ils n'avaient pas droit à une part prédéterminée du TPA, il ne pouvait y avoir de transfert injustifié. Le MPO n'a donc rien pris qui appartenait aux demandeurs qui n'ont pas été appauvris de ce fait.

La troisième cause d'action, soit la faute dans l'exercice d'une charge publique, a également été examinée. Bien qu'il soit acquis que par ces diverses ententes intervenues de 2003 à 2006, afin d'obtenir une contribution financière à ses activités de gestion et de recherche, le MPO a outrepassé son pouvoir de gestion en s'appropriant illégalement ou en vendant illégalement la ressource halieutique propriété des Canadiens, le caractère illégitime des ententes de financement conclues entre le MPO et certaines associations de pêcheurs n'a causé aux demandeurs aucun dommage. Par conséquent, les demandeurs n'ont pas démontré une faute dans l'exercice d'une charge publique à cet égard.

Cependant, l'argument des demandeurs selon lequel le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique en réduisant le TPA de 2003 de 4 000 t.m., de manière artificielle et arbitraire, afin de forcer les demandeurs à lui verser une somme de 1,7 million de dollars pour financer ses activités de recherche a été accepté. Cette réduction sans justification, les tentatives de trouver une explication *ex post facto* et la réaction du ministre face aux questions que lui ont posées les journalistes après l'émission du plan de pêche 2003 ont démontré que la seule raison pour laquelle le ministre a réduit le TPA de 4 289 t.m. en 2003, était pour forcer les crabiers traditionnels à reprendre les négociations devant mener à une entente de projet conjoint. Ce faisant, le ministre a agi de mauvaise foi, particulièrement dans le contexte de l'ensemble des changements qu'il a choisi d'apporter aux politiques du MPO cette même année. Sa discrétion a été exercée en se fondant sur des considérations non pertinentes, capricieuses et étrangères à l'objet de la loi. Par conséquent, le ministre a commis un délit de catégorie A, lequel a causé aux demandeurs des dommages compensables en droit, soit la quote-part du 4 289 t.m. manquant que le plan de pêche de 2003 leur allouait, en fonction de leur QI respectif.

En conclusion, le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique pour laquelle la défenderesse est

the TAC from 21 437 mt to 17 148 mt in 2003 thereby causing injury to the plaintiffs for which they were entitled to compensation.

responsable en réduisant de 21 437 t.m. à 17 148 t.m. le TAC en 2003, causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils avaient droit d'être indemnisés.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 2.
 Bill C-62, *An Act respecting fisheries*, 35th Parl., 2nd Sess., 1996.
 Bill C-115, *An Act respecting fisheries*, 35th Parl., 1st Sess., 1994.
Charter of Ville de Québec, R.S.Q., c. C-11.5.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 400(3).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 8, 10, 43(1),(f),(g).
Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, ss. 2 “document”, 10, 16, 22(a),(g).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 248(1).
Mineral Act, S.B.C. 1977, c. 54.
Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, c. 13.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Arsenault, 2009 FCA 300, 1 Admin. L.R. (5th) 91; *Taylor v. Dairy Farmers of Nova Scotia*, 2010 NSSC 436, 298 N.S.R. (2d) 116, affd 2012 NSCA 1, 311 N.S.R. (2d) 300; *Malcolm v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2013 FC 363, affd 2014 FCA 130, 76 Admin. L.R. (5th) 179; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Larocque v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 237, 270 D.L.R. (4th) 552; *Canada (Attorney General) v. Chiasson*, 2009 FCA 299, 314 D.L.R. (4th) 512, revg 2008 FC 616, 295 D.L.R. (4th) 744.

DISTINGUISHED:

Saulnier v. Royal Bank of Canada, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, (1978), 88 D.L.R. (3d) 462; *R. in right of the Province of British Columbia v. Tener et al.*, [1985] 1 S.C.R. 533, (1985), 17 D.L.R. (4th) 1; *Rock Resources Inc. v. British Columbia*, 2003 BCCA 324, 229 D.L.R. (4th) 115; *Beaurivage v. Québec (Ville)*, 2004

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte de la Ville de Québec, L.R.Q., ch. C-11.5.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 248(1).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 8, 10, 43(1),(f),(g).
Mineral Act, S.B.C. 1977, ch. 54.
Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, ch. 13.
 Projet de loi C-62, *Loi concernant les pêches*, 35^e lég., 2^e sess., 1996.
 Projet de loi C-115, *Loi concernant les pêches*, 35^e lég., 1^{re} sess., 1994.
Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 2 « document », 10, 16, 22a),(g).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 400(3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Arsenault, 2009 CAF 300; *Taylor v. Dairy Farmers of Nova Scotia*, 2010 NSSC 436, 298 N.S.R. (2d) 116, conf. par 2012 NSCA 1, 311 N.S.R. (2d) 300; *Malcolm c. Canada (Pêches et Océans)*, 2013 CF 363, conf. par 2014 CAF 130; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Larocque c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, 2006 CAF 237; *Canada (Procureur général) c. Chiasson*, 2009 CAF 299, infirmant 2008 CF 616.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Saulnier c. Banque Royale du Canada, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *R. du chef de la province de la Colombie-Britannique c. Tener et autres*, [1985] 1 R.C.S. 533; *Rock Resources Inc. v. British Columbia*, 2003 BCCA 324, 229 D.L.R. (4th) 115; *Beaurivage c. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 26320 (C.A. Qué.); *Peel (Municipalité*

CanLII 26320 (Que. C.A.); *Peel (Regional Municipality) v. Canada; Peel (Regional Municipality) v. Ontario*, [1992] 3 S.C.R. 762, (1992), 98 D.L.R. (4th) 140.

CONSIDERED:

R. v. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456, (1999), 178 N.S.R. (2d) 201; *Canada v. Haché*, 2011 FCA 104, [2011] 5 C.T.C. 37, revg 2010 TCC 10, 2010 D.T.C. 1042; *Kimoto v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 291, 32 Admin. L.R. (5th) 184; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193; *De Keyser's Royal Hotel Ltd. (Re)*, [1920] UKHL 1 (BAILII), [1920] A.C. 508; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, (1993), 101 D.L.R. (4th) 621; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Foschia v. Conseil des Écoles Catholique de Langue Française du Centre-Est*, 2009 ONCA 499, 266 O.A.C. 17; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689.

REFERRED TO:

Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; *Molaison v. Canada* (1993), 73 F.T.R. 253 (F.C.T.D.); *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), (1998), 155 D.L.R. (4th) 572; *Association des crevettiers acadiens du Golfe Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 305, 385 F.T.R. 302; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, 2006 SCC 5, [2006] 1 S.C.R. 227; *A and L Investments Ltd. v. Ontario*, 1997 CanLII 3115, 36 O.R. (3d) 127 (C.A.); *Granite Power Corp. v. Ontario*, 2004 CanLII 44786, 72 O.R. (3d) 194 (C.A.); *Dennis v. Canada*, 2013 FC 1197, affd 2014 FCA 232, leave to appeal to S.C.C. refused, [2015] 1 S.C.R. vi; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; *Association des crabiers acadiens v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1241, 301 F.T.R. 297; *Cheticamp Fisheries Co-Operative Ltd. v. Canada* (1994), 118 D.L.R. (4th) 428, [1994] N.S.J. No. 356 (S.C.) (QL); *Aucoin v. The Queen*, 2001 FCT 800, 208 F.T.R. 178; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2012 SCC 71, [2012] 3 S.C.R. 660; *Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of the Bank of England*, [2000] UKHL 33 (BAILII), [2000] 3 All E.R. 1.

régionale) c. Canada; Peel (Municipalité régionale) c. Ontario, [1992] 3 R.C.S. 762.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456; *Canada c. Haché*, 2011 CAF 104, infirmant 2010 CCI 10; *Kimoto c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 291; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *De Keyser's Royal Hotel Ltd. (Re)*, [1920] UKHL 1 (BAILII), [1920] A.C. 508; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304; *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Foschia v. Conseil des Écoles Catholique de Langue Française du Centre-Est*, 2009 ONCA 499, 266 O.A.C. 17; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

DÉCISIONS CITÉES :

Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada, [1982] 2 R.C.S. 2; *Molaison c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 1409 (1^{re} inst.) (QL); *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.); *Association des crevettiers acadiens du Golfe Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 305; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, 2006 CSC 5, [2006] 1 R.C.S. 227; *A and L Investments Ltd. v. Ontario*, 1997 CanLII 3115, 36 O.R. (3d) 127 (C.A.); *Granite Power Corp. v. Ontario*, 2004 CanLII 44786, 72 O.R. (3d) 194 (C.A.); *Dennis c. Canada*, 2013 CF 1197, conf. par 2014 CAF 232, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2015] 1 R.C.S. vi; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Association des crabiers acadiens c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1241; *Cheticamp Fisheries Co-Operative Ltd. v. Canada* (1994), 118 D.L.R. (4th) 428, [1994] N.S.J. n° 356 (S.C.) (QL); *Aucoin c. La Reine*, 2001 CFPI 800; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, [2012] 3 R.C.S. 660; *Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of the Bank of England*, [2000] UKHL 33 (BAILII), [2000] 3 All E.R. 1.

AUTHORS CITED

Brown, R. “‘Takins’: Government Liability to Compensate for Forcibly Acquired Property” in K. Horsman and G. Morley. *Government Liability: Law and Practice*, loose-leaf. Toronto: Canada Law Book, 2013.

Canada. Task Force on Atlantic Fisheries. *Navigating Troubled Waters: A New Policy for the Atlantic Fisheries: Highlights and Recommendations: Report of the Task Force on Atlantic Fisheries*. Ottawa: The Task Force, 1982.

ACTION by the plaintiffs suing the respondent for actions performed by the Minister of Fisheries and Oceans and by Fisheries and Oceans Canada officials from 2003 to 2006, which allegedly reduced the plaintiffs’ individual quota of snow crab by 35 percent. Action allowed in part.

APPEARANCES

Patrick Ferland and David Quesnel for plaintiffs.

Paul Marquis, Édith Campbell and Toni Abi Nasr for defendant.

SOLICITORS OF RECORD

LCM Attorneys, Montréal, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

Table of Contents

	<u>Paragraph</u>
I. Overview.....	1
II. Background and history.....	5
A. 1975—Change from an unregulated fishery to a limited entry fishery.....	5
B. 1990—Change from a limited entry fishery to an IQ regime.....	11
C. Crisis in the groundfish and lobster fisheries—temporary wealth and resource sharing.....	22

DOCTRINE CITÉE

Brown, R. « ‘Takins’: Government Liability to Compensate for Forcibly Acquired Property » dans K. Horsman et G. Morley. *Government Liability : Law and Practice*, feuilles mobiles. Toronto : Canada Law Book, 2013.

Canada. Groupe d’étude des pêches de l’Atlantique. *Naviguer dans la tourmente : Une nouvelle politique pour les pêches de l’Atlantique : Points saillants et recommandations : Rapport du Groupe d’étude des pêches de l’Atlantique*. Ottawa : Le Groupe d’étude, 1982.

ACTION intentée par les demandeurs qui poursuivent la défenderesse pour les gestes posés ou les actes commis par le ministre des Pêches et Océans et par les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans, au cours des années 2003 à 2006, lesquels auraient eu comme conséquence de leur retirer une part de leur quota individuel de crabe des neiges qu’ils estiment à 35 p. 100. Action accueillie en partie.

ONT COMPARU

Patrick Ferland et David Quesnel pour les demandeurs.

Paul Marquis, Édith Campbell et Toni Abi Nasr pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

LCM Avocats, Montréal, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Table des matières

	<u>Paragraphe</u>
I. Survol.....	1
II. Contexte et historique.....	5
A. 1975 — Passage d’une pêche non réglementée à une pêche à accès limité.....	5
B. 1990 — Passage d’une pêche compétitive à accès limité à une politique de contingent par bateau ou de QI.....	11
C. Crise dans la pêche au poisson de fond et au homard — partage temporaire de la richesse et de la ressource.....	22

D. The <i>Marshall</i> decision.....	49	D. L'affaire <i>Marshall</i>	49
E. Urgent demands from Area 18 crab fishers	60	E. Les demandes pressantes des pêcheurs de crabe de la zone côtière 18.....	60
F. New permanent access	66	F. Un nouvel accès permanent.....	66
G. The negotiations leading to the 2003 fishing plan	68	G. Les négociations ayant mené au plan de pêche de 2003	68
H. The 2003 fishing plan.....	81	H. Le plan de pêche 2003.....	81
I. The use of part of the TAC to fund DFO activities.....	87	I. L'utilisation d'une part du TPA pour le financement des activités du MPO.....	87
J. The legal proceedings.....	91	J. Les procédures judiciaires	91
III. Issues and remedies sought in this phase of the case	92	III. Les questions en litige et remèdes recherchés à cette étape du dossier	92
IV. Analysis	97	IV. Analyse	97
A. Preliminary issue: Objection to the filing of the Crown's notice of appeal in <i>Haché v. The Queen</i> , 2006-3736(IT)G (Exhibit 601) and of Appendix A of the outline of the plaintiffs' submissions in <i>Canada v. Haché</i> , A-44-10 (Exhibit 615).....	97	A. Question préliminaire : Objection à la production de l'Avis d'appel de la Couronne dans le dossier <i>Haché c. La Reine</i> (2006-3736(IT)G (pièce 601)) et de l'Annexe A du Plan d'argumentation des demandeurs dans le dossier <i>Canada c. Haché</i> (A-44-10 (pièce 615)).....	97
B. Nature of the rights and interests alleged by the plaintiffs underlying each cause of action.....	101	B. La nature des droits et intérêts allégués par les demandeurs à la source de chacune des causes d'action	101
(1) Parties' positions.....	101	1) Position des parties.....	101
(2) Relevant legislation.....	106	2) Dispositions législatives pertinentes	106
(3) <i>Saulnier and Haché</i>	107	3) Arrêts <i>Saulnier et Haché</i>	107
(4) Nature of the rights under a fishing licence.....	116	4) Nature des droits conférés par un permis de pêche.....	116
(5) Plaintiffs' legitimate expectations.....	123	5) Les attentes légitimes des demandeurs.....	123
C. First cause of action: Expropriation ...	147	C. Première cause d'action : L'expropriation	147
D. Second cause of action: Unjust enrichment	164	D. Deuxième cause d'action : L'enrichissement sans cause.....	164
(1) Applicable law.....	164	1) Le droit applicable.....	164
(2) Enrichment of DFO.....	170	2) L'enrichissement du MPO.....	170
(3) Impoverishment of plaintiffs.....	180	3) L'appauvrissement des demandeurs.....	180
(4) The absence of juristic reason for the enrichment	186	4) L'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement	186
E. Third cause of action: Misfeasance in public office.....	189	E. Troisième cause d'action : La faute dans l'exercice d'une charge publique	189

(1) Components of the tort	195	1) Les composantes du délit	195
(2) Financing of DFO's activities from 2003 to 2006	200	2) Financement des activités du MPO de 2003 à 2006.....	200
(3) Financing rationalization programs for other fisheries	205	3) Financement du programme de rationalisation d'autres pêcheries	205
(4) Share of the TAC allotted to fishers in area 18.....	213	4) Part du TPA allouée aux pêcheurs de la zone 18.....	213
(5) 4000 mt reduction in TAC in 2003	225	5) Réduction du TPA de 4 000 t.m. en 2003	225
(6) Release signed in 2006.....	254	6) La quittance signée en 2006	254
F. Conclusion.....	257	F. Conclusion.....	257

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

GAGNÉ J.:

I. Overview

[1] To the delight of seafood lovers, the commercial snow crab fishery has been operating in the Southern Gulf of St. Lawrence since the 1960s, and it is doing well. This fishery has been regulated since 1975, first under a limited entry regime and later under an individual quota (IQ) regime.

[2] The plaintiffs are 97 of the 130 members of the traditional mid-shore fleet of crab fishers in Area 12 in the Southern Gulf of St. Lawrence—or their assigns or management companies, as applicable—who fished under the limited entry regime and were subsequently assigned an IQ. They are residents of New Brunswick, Quebec, Nova Scotia, and Prince Edward Island.

[3] They are suing Her Majesty the Queen in Right of Canada for actions performed by the Minister of Fisheries and Oceans (the Minister) and by Fisheries and Oceans Canada officials (DFO) from 2003 to 2006, which allegedly reduced their IQ by 35 percent.

[4] Under a July 23, 2008, order rendered by Richard Morneau, Prothonotary, the proceedings were divided

Voici les motifs du jugement et le jugement rendu en français par

LA JUGE GAGNÉ :

I. Survol

[1] Pour le grand bonheur des fins palais, la pêche commerciale au crabe des neiges est pratiquée dans le Sud du golfe Saint-Laurent depuis les années 60, et elle se porte bien. Cette pêche est réglementée depuis 1975, d'abord par le biais d'une politique d'accès limité, puis, éventuellement, par celui d'une politique de contingent par bateau ou de quota individuel (QI).

[2] Les demandeurs sont 97 des 130 pêcheurs de crabe traditionnels de la zone semi-hauturière 12 située dans le Sud du golfe Saint-Laurent — ou leurs ayants droit et sociétés de gestion, le cas échéant — qui ont bénéficié de cette politique d'exclusivité et à qui on a subséquemment attribué un QI. Ils sont résidents du Nouveau-Brunswick, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard.

[3] Ils poursuivent Sa Majesté la Reine du Chef du Canada pour les gestes posés ou les actes commis par le ministre des Pêches et Océans (ministre) et par les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans (MPO), au cours des années 2003 à 2006, lesquels auraient eu comme conséquence de leur retirer une part de leur QI qu'ils estiment à 35 p. 100.

[4] Aux termes d'une ordonnance prononcée le 23 juillet 2008 par M^e Richard Morneau, protonotaire,

into two phases; the first will examine the general issues involving all plaintiffs, and the second will examine issues pertaining to each of the plaintiffs individually. I am examining the first of these two phases, and I must rule on the nature of the plaintiffs' rights, on whether they have legitimate expectations, and on the three causes of action the plaintiffs refer to: expropriation, unjust enrichment, and misfeasance in public office.

II. Background and history

A. *1975—Change from an unregulated fishery to a limited entry fishery*

[5] The first recorded snow crab landings in the Southern Gulf of St. Lawrence occurred in the 1960s. Until 1975, this fishery was open to all and subject to very few constraints. Commercial snow crab harvesters had no quotas, and the fishery at the time was a so-called competitive fishery, meaning that every fisher attempted to catch as much crab as possible before the end of the fishing season.

[6] In November 1973, the Department of the Environment, which was responsible for fisheries and ocean sciences at the time, announced the adoption of a limited entry regime for the snow crab fishery in the Southern Gulf of St. Lawrence. A snow crab advisory committee was established, made up of fishers, producers (or processing plant owners), federal officials, and provincial officials from the affected provinces. The first meeting took place in May 1974. When the limited entry regime came into effect in 1975, the minister implemented the advisory committee's recommendation that, from 1975 until snow crab stocks were able to support greater fishing effort, only the fishers who fished snow crab on board a vessel in at least one year from 1970 to 1974 inclusively would be eligible for a licence.

l'instruction de cette cause a été scindée en deux étapes; la première concerne les questions communes à la réclamation de l'ensemble des demandeurs et la seconde concerne les questions propres à la réclamation individuelle de chacun d'eux. Je suis saisie de la première de ces deux étapes et je dois me prononcer sur la nature des droits des demandeurs, sur l'existence d'attentes légitimes de leur part, et sur les trois causes d'action invoquées par les demandeurs, soit l'expropriation, l'enrichissement sans cause, et la faute dans l'exercice d'une charge publique.

II. Contexte et historique

A. *1975 — Passage d'une pêche non réglementée à une pêche à accès limité*

[5] Les premiers débarquements répertoriés de crabe des neiges dans le Sud du golfe Saint-Laurent remontent aux années 60. Jusqu'à 1975, cette pêche est accessible à tous et sujette à très peu de contraintes. Les pêcheurs commerciaux qui s'y adonnent ne sont sujets à aucun quota et on parle à cette époque d'une pêche compétitive, en ce sens que chaque pêcheur tente de prendre le maximum de captures possible avant la fin de la saison de pêche.

[6] En novembre 1973, le ministre de l'Environnement, responsable des pêches et sciences de la mer à cette époque, annonce l'adoption d'une politique d'accès limité visant notamment la pêche au crabe des neiges dans le Sud du golfe Saint-Laurent. Un comité consultatif sur le crabe des neiges, composé de pêcheurs, de producteurs (ou propriétaires d'usines de transformation), de fonctionnaires fédéraux et de fonctionnaires des provinces concernées est mis sur pied, et une première réunion a lieu en mai 1974. Au moment où la politique d'accès limité entre en vigueur en 1975, le ministre retient la recommandation du comité consultatif qui veut qu'à compter de 1975, et jusqu'à ce que les stocks puissent soutenir un plus grand effort de pêche, seuls les pêcheurs qui ont pêché le crabe des neiges à bord d'un bateau au cours d'une année durant la période allant de 1970 à 1974 inclusivement, soient désormais admissibles à l'émission d'un permis.

[7] There were two objectives to this regime: to control the fishing effort in this area, and thus conserve the stock status, and to ensure the profitability of the fleet.

[8] From 1975 to 1989, the snow crab fishery in area 12 remained a competitive fishery. However, starting in 1984, DFO set an annual total allowable catch (TAC), which it announced at the start of each fishing season. The impact of the competitive fishery regime in combination with a TAC was felt, and certain fishers acquired more advanced vessels and gear so they could fish more of the TAC; it was a race for the resource.

[9] Starting in 1987, crab landings dropped. They fell to 7 900 tonnes in 1989, and there was a significant resurgence of white or soft-shell crab. Since soft-shell crabs are moulting and have no commercial value, Area 12 fishers asked DFO to close the fishing season ahead of schedule, and they went home early.

[10] Around the same time, DFO held industry consultations with the different fishers' associations in preparation for establishing a new commercial fishing regime in Eastern Canada. This regime came into effect in January 1989. One of its provisions was to limit the number of fishing licences based on biological and economic considerations.

B. *1990—Change from a limited entry fishery to an IQ regime*

[11] In the winter after the 1989 fishing season, fishers' associations and the snow crab advisory committee held numerous meetings to discuss the crisis facing the industry that year. Several options were put forth, including a complete closure of the fishery for the 1990 season. They also discussed additional management measures to implement to better conserve the biomass and avoid future collapse.

[7] Cette politique a deux objectifs : elle vise à contrôler l'effort de pêche dans cette zone, et donc à préserver l'état du stock, et à assurer la rentabilité de la flottille.

[8] De 1975 à 1989, la pêche au crabe des neiges dans la zone 12 demeure une pêche compétitive. Toutefois, à compter de 1984, le MPO établit annuellement un Total de Prises Autorisées (TPA), dont il fait l'annonce avant le début de chaque saison de pêche. L'impact d'une pêche compétitive associée à un TPA se fait sentir : certains pêcheurs s'équipent de bateaux et d'agrès plus performants afin de prendre une part plus importante du TPA; c'est la course vers la ressource.

[9] À compter de 1987, les débarquements de crabes chutent. Ils s'effondrent à 7 900 tonnes en 1989 et on constate une importante recrudescence de crabes blancs ou crabes à carapaces molles. Puisque ceux-ci sont en mue et qu'ils n'ont aucune valeur commerciale, les pêcheurs de la zone 12 demandent au MPO de fermer la saison de pêche avant terme et ils rentrent au port prématurément.

[10] Au cours de cette même période, le MPO mène des consultations avec l'industrie et auprès des diverses associations de pêcheurs en vue d'établir une nouvelle politique sur la pêche commerciale dans l'est du Canada. Cette politique entre en vigueur en janvier 1989. Elle prévoit notamment que le nombre de permis de pêche sera limité en fonction de considérations biologiques et économiques.

B. *1990 — Passage d'une pêche compétitive à accès limité à une politique de contingent par bateau ou de QI*

[11] Au cours de l'hiver qui suit la saison de pêche 1989, les associations de pêcheurs et le comité consultatif du crabe des neiges tiennent un certain nombre de réunions pour discuter de la crise à laquelle l'industrie a fait face au cours de l'année. Plusieurs options sont mises de l'avant, même celle de fermer complètement la pêche pour la saison 1990. On discute également de mesures additionnelles de gestion à mettre en place afin de favoriser une meilleure conservation de la biomasse et éviter tout nouvel effondrement.

[12] The minister at the time also decided to take the opportunity to introduce one of the recommendations from a 1982 report entitled *Navigating Troubled Waters: A New Policy for the Atlantic Fisheries: Highlights and Recommendations: Report of the Task Force on Atlantic Fisheries* (Exhibit 27) (commonly known as the Kirby Report), which was to implement an IQ regime. IQs were already being used in other fisheries and were seen as a responsible, sustainable way to manage the resource.

[13] This option was presented in advisory committee meetings, and the idea caught on. Representatives of the Association des pêcheurs professionnels acadiens (APPA) quickly spoke in favour of IQs. However, representatives of the Association des pêcheurs de crabe du Québec (APCQ) and the Association des crabiers et hauturiers du nord-est du Nouveau-Brunswick (ACHNE) were more reluctant. Many APCQ and ACHNE fishers had recently purchased larger vessels and were quite successful in the competitive fishery. They were less than pleased about having their catches limited by an IQ.

[14] The supporters of the IQ regime were able to convince the opponents that the new regime was the only way to ensure the short-term profitability of the fleet, and that it would not only allow there to be a 1990 fishing season, but also create a more structured fishing season and better promote the long-term conservation of the biomass. For APPA, this system also protected New Brunswick's historical shares, which were being overtaken by Quebec.

[15] In fact, the sharing formula was subject to more debate than the IQ regime itself. The more successful fishers wanted the IQ to be set based on historical catches, whereas the others (mainly the APPA members) supported equally distributed IQs. Several sharing formulae were examined before Minister Bernard Valcourt announced an 80–20 formula in the 1990 Fishing Plan (Exhibit 87): 80 percent of the TAC would be shared equally, and 20 percent would be distributed based on the historical catches of each fisher.

[12] Le ministre de l'époque décide également de profiter de l'occasion afin d'introduire une des recommandations émanant d'un rapport publié en 1982, intitulé : *Naviguer dans la tourmente : Une nouvelle politique pour les pêches de l'Atlantique : Points saillants et recommandations : Rapport du Groupe d'étude des pêches de l'Atlantique* (pièce 27) (communément appelé le Rapport Kirby), soit l'implantation d'un système de contingent par bateau ou de QI. Ce système existait déjà dans d'autres pêcheries et il était perçu comme une mesure responsable de gestion durable de la ressource.

[13] Cette option est présentée au cours des réunions du comité consultatif et l'idée fait son chemin. Les représentants de l'Association des pêcheurs professionnels acadiens (APPA) sont rapidement en faveur des QI. Toutefois, les représentants de l'Association des pêcheurs de crabe du Québec (APCQ) et l'Association des crabiers et hauturiers du nord-est du Nouveau-Brunswick (ACHNE) y sont plutôt réfractaires. Plusieurs pêcheurs de l'APCQ et de l'ACHNE se sont récemment équipés de plus gros bateaux et ils sont très performants dans le cadre d'une pêche compétitive. Ils voient d'un mauvais œil le fait qu'on limite leurs captures par un QI.

[14] Les tenants du système QI parviennent à convaincre ses opposants que la rentabilité de la flottille à court terme passe par ce nouveau régime et que cela permettra non seulement de tenir une pêche au cours de la saison 1990, mais également de favoriser une saison de pêche plus ordonnée et une meilleure conservation de la biomasse à long terme. Pour l'APPA, un tel système favorisera également la protection des parts historiques du Nouveau-Brunswick qui est en voie de se faire dépasser par le Québec.

[15] En fait, la formule de partage alimente davantage le débat que le système de QI lui-même. Les pêcheurs les plus performants veulent que le QI soit établi en fonction des captures historiques alors que les autres (principalement les membres de l'APPA) privilégient un QI établi en parts égales. Plusieurs formules de partage sont envisagées, mais c'est une formule 80-20 qui est annoncée par le ministre Bernard Valcourt dans le Plan de pêche de 1990 (pièce 87) : 80 p. 100 du QI représente un partage égal du TPA, alors que 20 p. 100 sont

[16] In the 1990 Fishing Plan, the minister also announced the licence condition that traditional fishers in Area 12 would have to use the services of dockside monitors and at-sea observers. Dockside monitors are responsible for weighing landings to ensure that fishers do not go over their IQs, and at-sea observers accompany the crew and take samples to determine catch composition—size, claw height, percentage of soft-shell crabs, etc. The data collected were forwarded to DFO's science department.

[17] Another consequence of the 1989 crisis was that DFO obtained additional financing from the Treasury Board for 1990–1995 and adopted the Atlantic Fisheries Adjustment Program (AFAP), under which a scientific vessel was purchased for snow crab and an annual trawl survey program and soft-shell crab protocol were implemented.

[18] Trawl surveys are performed using a net attached to a vessel. This net scrapes the sea floor at a width of 20 metres. Catches are sampled, and the data collected are forwarded to DFO's science department. Biologists consider trawl surveys one of the best techniques in the world for estimating crab biomass. They are used to study not only the biological development of crab—reproduction, growth, diseases, etc.—but also various trends. Since trawl surveys are performed after the fishing season, the commercial biomass for the following season can be estimated, as can the increase in juvenile crabs, which will make up the commercial biomass in years to come.

[19] The soft-shell crab protocol adopted in 1990 divided Area 12 into four large sectors. If the percentage of soft-shell crabs in a given sector went over 20%, the sector was closed for the rest of the season. White or soft-shell crabs are crabs that have not yet stopped growing. They generally moult once a year. After growing

établis en fonction des captures historiques de chaque pêcheur.

[16] Dans le plan de pêche de 1990, le ministre annonce également que comme conditions de permis, les pêcheurs traditionnels de la zone 12 devront retenir les services de vérificateurs à quai et d'observateurs en mer. Le vérificateur à quai est responsable du pesage des débarquements afin de s'assurer que le pêcheur ne dépasse pas son QI, alors que l'observateur en mer accompagne l'équipage et procède par échantillonnage afin de déterminer la composition des captures — taille, hauteur des pinces, pourcentage de crabes mous, etc. Les données recueillies sont transmises au département des sciences du MPO.

[17] Autre conséquence de la crise de 1989, le MPO obtient des fonds additionnels du Conseil du trésor pour la période 1990–1995 et adopte le Programme d'ajustement de pêche de l'Atlantique (PAPA), lequel prévoit notamment l'achat d'un bateau scientifique pour le crabe des neiges ainsi que la mise en place d'un programme annuel de relevé au chalut et d'un protocole de crabes blancs.

[18] Le relevé au chalut se fait à l'aide d'un filet attaché à un bateau, qui ratisse le fond marin sur une largeur de 20 mètres. Les captures sont échantillonnées et les données recueillies sont transmises au département des sciences du MPO. Le relevé au chalut est considéré par les biologistes comme l'une des meilleures techniques au monde pour estimer la biomasse de crabes. Il permet non seulement d'étudier le développement biologique du crabe, comme sa reproduction, sa croissance, les maladies qui l'affectent, etc., mais également de constater diverses tendances. Comme le relevé au chalut se fait après la saison de pêche, on peut estimer la biomasse commerciale de la saison suivante et constater la recrudescence de crabes juvéniles qui composeront la biomasse commerciale des années à venir.

[19] Le protocole de crabes blancs adopté en 1990 prévoit que la zone 12 est divisée en quatre grands secteurs. Si le taux de crabes blancs dans un secteur donné dépasse 20 p. 100, le secteur est fermé à la pêche pour le reste de la saison. On appelle un crabe blanc ou un crabe à carapace molle celui qui n'a pas encore atteint

for about nine years, crabs moult one last time and develop claws at the ends of their front legs. Only adult male crabs may be fished. They reach commercial size one year after their last moult. They may be fished in the following three to four years, and then they become mossy—and lower quality—and die.

[20] Traditional fishers praised AFAP because it contributed to knowledge of the life history of snow crab, provided information on the location of the biomass, and could be used to anticipate catches in future years.

[21] The traditional fleet in Area 12 had 130 fishers in 1990, and the TAC, or the portion of the TAC reserved for this fleet, is still distributed among them according to the same formula or IQ regime.

*C. Crisis in the groundfish and lobster fisheries
—temporary wealth and resource sharing*

[22] The 1989 crisis and the knowledge acquired through AFAP made fishers feel accountable and take an interest in resource management.

[23] As for DFO, it was facing new challenges in the 1990s: the collapse of the Atlantic groundfish fishery, the emergence of Aboriginal claims to commercial fisheries, the collapse of the biomass in certain fisheries combined with an abundance of mollusks and crustaceans (especially crab, since crab biomass benefited from new management measures, and shrimp), and the new government's significant budget cuts.

[24] DFO officials and traditional fishers in Area 12 developed close collaboration. Overall, fishers were quite happy with the IQ system, which was a significant culture change. People were now working together; departures from the dock were more structured and there was room for uncertainty. One of the members of

l'âge adulte et qui mue, en général, une fois par année. Après environ neuf années de croissance, il a une dernière mue et développe ses pinces à l'extrémité de ses pattes avant. Seul le crabe mâle adulte peut être pêché et il atteint une taille commerciale une année après sa dernière mue. Il peut être pêché au cours des trois ou quatre années qui suivent, après quoi on dit qu'il devient mousseux — donc de moindre qualité — et meurt.

[20] Le PAPA est encensé par les pêcheurs traditionnels qui considèrent non seulement qu'il contribue grandement à leur faire connaître le cycle biologique du crabe des neiges, mais également qu'il leur permet de savoir où se trouve la biomasse et d'anticiper leurs prises des années à venir.

[21] La flottille traditionnelle de la zone 12 compte 130 pêcheurs en 1990 et jusqu'à ce jour, le TPA, ou la part du TPA réservée à cette flottille, est réparti entre eux selon la même formule ou le même QI.

C. Crise dans la pêche au poisson de fond et au homard — partage temporaire de la richesse et de la ressource

[22] La crise de 1989, combinée avec les connaissances acquises par le biais du PAPA, font en sorte que les pêcheurs se responsabilisent et qu'ils prennent un intérêt certain dans la gestion de la ressource.

[23] De son côté, le MPO rencontre de nouveaux défis au cours des années 90 : la pêche au poisson de fond s'effondre dans l'Atlantique, il y a émergence de revendications autochtones sur la pêche commerciale, il y a effondrement de la biomasse dans certaines pêcheries alors qu'il y a abondance de mollusques et de crustacés — en particulier le crabe (dont la biomasse a profité des nouvelles mesures de gestion) et la crevette — et le nouveau gouvernement adopte d'importantes mesures de restrictions budgétaires.

[24] Il se développe alors une étroite collaboration entre les fonctionnaires du MPO et les pêcheurs traditionnels de la zone 12. Les pêcheurs sont généralement très satisfaits du système de pêche par QI, lequel constitue un important changement de culture. Il y a désormais de l'entraide; les départs du quai sont plus ordonnés et

ACHNE apparently understood the benefits of this new regime when his vessel broke down at the start of the season. He had time to repair it before going out to catch his IQ. This would not have been possible under a competitive regime.

[25] From 1990 to 1995, the TAC grew considerably, even though the exploitation rate set by DFO remained conservative. The exploitation rate is the percentage of the biomass that makes up the TAC. On average, it was 38.5 percent in the 1990s. Below is the annual TAC in metric tonnes for the crab fishery in the first half of the decade:

- 1990: 7 000 mt
- 1991: 10 000 mt
- 1992: 11 200 mt
- 1993: 14 500 mt
- 1994: 20 000 mt
- 1995: 20 000 mt

[26] In these same years, lobster and groundfish stocks decreased, leading to a moratorium on the cod fishery in 1993. At the time, everyone believed, incorrectly, that the moratorium would be short lived.

[27] DFO was under increasing pressure to issue new crab licences to cod fishers affected by this situation. As they were part of the same fishers' associations at the time, cod fishers asked for help directly from their crab fisher colleagues.

[28] Traditional fishers in Area 12 were nervous; there were rumours about new licences being issued in 1993. According to Gastien Godin, then Director General of APPA, they were developing several plans to [TRANSLATION] "protect their territory". One of the

il y a place aux aléas. Un des membres de l'ACHNE aurait compris les avantages de cette nouvelle politique lorsque son bateau s'est brisé au début de la saison. Il a eu le temps de le réparer avant d'aller capturer son QI. Cela n'aurait pas été possible dans le cadre d'une pêche compétitive.

[25] De 1990 à 1995, le TPA connaît une importante croissance, et ce même si le taux d'exploitation fixé par le MPO demeure conservateur; sa moyenne au cours des années 90 est de 38,5 p. 100 (le taux d'exploitation est le pourcentage de la biomasse que constitue le TPA). Voici le nombre de tonnes métriques allouées annuellement à la pêche au crabe pour la première moitié de la décennie :

- 1990 : 7 000 t.m.
- 1991 : 10 000 t.m.
- 1992 : 11 200 t.m.
- 1993 : 14 500 t.m.
- 1994 : 20 000 t.m.
- 1995 : 20 000 t.m.

[26] Au cours des mêmes années, il y a diminution du stock de homard et de poisson de fond, laquelle a notamment mené à l'imposition d'un moratoire sur la pêche à la morue en 1993. À cette époque, tout le monde croit, à tort, que ce moratoire sera de courte durée.

[27] Les pressions se font de plus en plus fortes pour que le MPO émette des nouveaux permis de pêche au crabe en faveur des morutiers touchés par la situation. Faisant partie des mêmes associations de pêcheurs à cette époque, les morutiers demandent de l'aide directement à leurs collègues crabiers.

[28] Les pêcheurs traditionnels de la zone 12 sont nerveux; des rumeurs circulent qu'il pourrait y avoir émission de nouveaux permis en 1993. Selon Gastien Godin, directeur général de l'APPA à cette époque, ils élaborent plusieurs projets afin de « protéger [leur]

ways to do so, in their opinion, was to enter into a long-term agreement with DFO.

[29] In 1993, Minister John Crosbie issued a five-year fishing plan that could be modified if the annual TAC increased by more than 10 percent or there were significant changes in the crab fishery (Exhibit 122). Traditional fishers were reassured, since they did not believe the TAC would increase by more than 10 percent.

[30] Over the course of 1994, tensions rose in fishers' associations representing cod and crab fishers. Scientists announced a significant increase in biomass, and crab fishers feared that new licences would be issued. To avoid increasing the fishing effort, traditional fishers offered to share the wealth rather than the resource. Their proposal, which DFO accepted, was to issue a licence to fish 2 000 mt of crab to a newly created entity. Since it would not own any vessels, this entity would have the 2 000 mt of crab fished by crab fishers it designated, which would pay part of their resulting profits to a fund for the cod fishers. The plan was that, of the anticipated value of \$1.50 per pound, 30 cents would go to the crab fisher and the rest to the fund. As it happened, the price per pound was \$2.60, and the crab fisher kept \$1.40 while \$1.20 was added to the fund.

[31] AFAP expired after the 1994 fishing season, and DFO began discussions with traditional fishers for them to take over and, through a joint project agreement, continue to fund the trawl survey and soft-shell crab protocol. Given the provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c F-14 (which will be discussed below), DFO informed fishers that it could not tie financing of scientific activities to resource sharing, as they wanted, and that financing could not be conditional on an agreement by DFO to stabilize fishing effort (Exhibit 162.1).

[32] Under these circumstances, the government tabled Bill C-115 [*An Act respecting fisheries*, 35th Parl., 1st Sess., 1994] to modify the *Fisheries Act* (Exhibit 639)

cour ». Un des moyens d'y parvenir selon eux est de conclure une entente à long terme avec le MPO.

[29] En 1993, le ministre John Crosbie émet un plan de pêche de cinq ans qui prévoit qu'il pourra être modifié si le TPA annuel est augmenté de plus de 10 p. 100 ou s'il y a d'importants changements dans la pêche au crabe (pièce 122). Les pêcheurs traditionnels sont rassurés puisqu'ils ne croient pas qu'il y aura augmentation de plus de 10 p. 100 du TPA.

[30] Au cours de l'année 1994, la tension monte au sein des associations de pêcheurs qui comptent des morutiers et des crabiers parmi leurs membres. Les scientifiques annoncent une importante augmentation de la biomasse et on craint l'émission de nouveaux permis. Afin d'éviter qu'il y ait augmentation de l'effort de pêche, les pêcheurs traditionnels proposent de partager la richesse plutôt que la ressource. Cette proposition, qui est acceptée par le MPO, prévoit l'émission, en faveur d'une entité nouvellement créée, d'un permis pour pêcher 2 000 t.m. de crabes. N'étant pas propriétaire d'un bateau, cette entité fait pêcher le 2 000 t.m. par des crabiers qu'elle désigne, lesquels versent une partie du produit de leur pêche dans un fonds destiné aux morutiers. On prévoit que sur la valeur anticipée de 1,50 \$ la livre, 0,30 \$ iront au crabier et le restant sera versé au fonds. Dans les faits, puisque le prix à la livre est plutôt de 2,60 \$, c'est la somme de 1,40 \$ qui est conservée par le crabier et la somme de 1,20 \$ qui est versée au fonds.

[31] Le PAPA prend fin après la saison de pêche 1994 et le MPO amorce des discussions avec les pêcheurs traditionnels pour que ces derniers prennent la relève et, par le biais d'une entente de projet conjoint, continuent à financer le relevé au chalut et le protocole de crabes blancs. Compte tenu des dispositions de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), c F-14 (qui seront discutées plus loin), le MPO informe les pêcheurs que contrairement à leur désir, il ne peut pas lier le financement des activités scientifiques au partage de la ressource et que le financement ne peut être conditionnel à un engagement par le MPO de stabiliser l'effort de pêche (pièce 162.1).

[32] C'est dans ce contexte que le gouvernement dépose son projet de loi C-115 [*Loi concernant les pêches*, 35^e lég., 1^{re} sess., 1994] visant à modifier la *Loi sur les*

so that DFO could enter into long-term joint project agreements with different fisheries, in which it could associate co-management of the fishery with the minister's discretion under the Act. However, neither this Bill nor Bill C-62 [*An Act respecting fisheries*, 35th Parl., 2nd Sess., 1996], tabled in 1996, was ever adopted in the House of Commons.

[33] The “Joint agreement between the snow crab fishing industry and Fisheries and Oceans Canada on stock assessment of the snow crab and other related research in the Southern Gulf of St. Lawrence (Areas 12, 18, 19 and 25/26)” (1995 Joint Project Agreement) was entered into on March 3, 1995 (Exhibit 171). One of the provisions of this five-year agreement was that, for 1995, crab fishers would contribute \$600 000 to scientific research on snow crab.

[34] Crab fishers saw a clear advantage to continuing to work with DFO and maintaining the annual trawl survey, since DFO's results are used to determine the future biomass and crab concentration areas. They also thought their partnership with DFO would contribute to finding an acceptable fishing plan for 1995 and avoid sharing the resource. They attempted to submit a unanimous proposal to their cod fisher colleagues for a new wealth sharing formula for the 1995 fishing season, but were unable to. Although ACHNE members did not give their consent, a proposal of this type was submitted to the fishers' associations and DFO at the March 30, 1995, advisory committee meeting.

[35] The crab fishers' optimism was short lived, because at this advisory committee meeting, several attendees were requesting new access to the snow crab fishery and asking for resource sharing rather than wealth sharing. After heated argument, representatives of certain crab fishers' associations demanded that DFO throw the new access applicants out of the meeting. According to Gastien Godin, the [TRANSLATION] “harm had already been done”, and Minister Brian Tobin rejected their proposal.

pêches (pièce 639) afin de permettre au MPO de conclure des ententes de projet conjoint à long terme avec les diverses pêcheries et d'y lier la cogestion de la pêche à l'exercice par le ministre de la discrétion que lui confère la loi. Cependant, ce projet de loi, tout comme le projet de loi C-62 [*Loi concernant les pêches*, 35^e lég., 2^e sess., 1996] déposé en 1996, n'est jamais adopté par la Chambre des communes.

[33] L'« Entente conjointe entre l'industrie de la pêche au crabe des neiges et Pêches et Océans Canada sur l'évaluation du stock de crabe des neiges et autres recherches connexes dans le Sud du Golfe du Saint-Laurent (zones 12, 18, 19 et 25/26) » (Entente de projet conjoint — 1995) est conclue le 3 mars 1995 (pièce 171). Cette entente, d'une durée de cinq ans, prévoit notamment que pour l'année 1995, les crabiers financeront la recherche scientifique sur le crabe des neiges à hauteur de 600 000 \$.

[34] Les crabiers voient un net avantage à poursuivre leur collaboration avec le MPO et à maintenir le relevé au chalut annuel puisque les résultats que le MPO en retire permettent de connaître la biomasse à venir et les endroits où se concentre le crabe. Ils pensent également que leur partenariat avec le MPO favorisera un plan de pêche acceptable pour l'année 1995 et leur permettra d'éviter un partage de la ressource. Ils tentent de soumettre une proposition unanime à leurs collègues morutiers pour une nouvelle formule de partage d'une part du produit de la pêche pour la saison 1995, mais ils n'y parviennent pas. Bien que les membres de l'ACHNE n'y consentent pas, une proposition en ce sens est soumise aux associations et au MPO lors de la réunion du comité consultatif du 30 mars 1995.

[35] L'optimisme des crabiers est de courte durée puisque lors de cette réunion du comité consultatif, plusieurs demandeurs de nouvel accès à la pêche au crabe des neiges sont présents et revendiquent un partage de la ressource plutôt qu'un partage de la richesse. Les esprits s'échauffent et les représentants de certaines associations de crabiers exigent du MPO que les demandeurs de nouvel accès soient expulsés de la réunion. Selon Gastien Godin, « le mal était déjà fait » et leur proposition est rejetée par le ministre Brian Tobin.

[36] Minister Tobin announced his fishing plan on April 13, 1995, and for the first time, he temporarily shared the resource. Out of a TAC of 20 000 mt, 15 500 mt were assigned to traditional fishers in Area 12, and 4 500 mt were assigned to new access applicants (Exhibits 178, 179 and 180). Although the minister specified that this was a temporary, one-time measure to help resolve the groundfish crisis, traditional fishers were greatly disappointed, and they withdrew from the 1995 Joint Project Agreement.

[37] After the fishing season, discussions continued on a new long-term agreement between crab fishers and DFO. The context was favourable, since the government had tabled a second bill, mentioned above, to modify the *Fisheries Act* and allow DFO to associate resource management with the partnerships it entered into with different fishers' associations (Exhibit 641).

[38] On February 8, 1996, DFO and crab fishers entered into a five-year agreement in principle with three components: (i) resource sharing above a defined gross income level for traditional fishers; (ii) the creation of a fund for non-traditional fishers to rationalize their fishery; and, (iii) the participation of traditional fishers in financing DFO activities (Exhibits 214, 216.1 and 217).

[39] However, since Bill C-62 was not in effect—in fact, it died on the order paper after the 1997 election—DFO did not ratify the agreement in principle with crab fishers. As long as there is no change to the *Fisheries Act*, DFO is forced to use a two-pronged approach: implementing an integrated fisheries management plan that complies with the minister's discretion under the *Fisheries Act*, and, if applicable, a joint project agreement to fund DFO activities subject to the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

[36] Le ministre Tobin annonce son plan de pêche le 13 avril 1995 et pour la première fois, il partage, de façon temporaire, la ressource. Sur un TPA de 20 000 t.m., 15 500 t.m. sont attribuées aux pêcheurs traditionnels de la zone 12, et 4 500 t.m. sont attribuées aux demandeurs de nouvel accès (pièces 178, 179 et 180). Bien que le ministre précise que cet accès est temporaire et qu'il s'agit d'une mesure ponctuelle visant à résoudre la crise du poisson de fond, les pêcheurs traditionnels sont fort déçus et ils se retirent de l'Entente de projet conjoint — 1995.

[37] Après la saison de pêche, les discussions reprennent en vue d'en arriver à une entente à long terme entre les crabiers et le MPO. Le contexte est propice puisque le gouvernement a déposé un second projet de loi, mentionné ci-dessus, visant à modifier la *Loi sur les pêches* et à permettre au MPO de lier la gestion de la ressource aux partenariats qu'il conclut avec les différents groupes de pêcheurs (pièce 641).

[38] Le 8 février 1996, le MPO et les crabiers concluent une entente de principe d'une durée de cinq ans, laquelle comporte trois volets : i) le partage de la ressource au-delà d'un seuil de revenu brut défini pour les pêcheurs traditionnels; ii) la création d'un fonds qui permettra aux pêcheurs non traditionnels de rationaliser leur pêcherie; et iii) la participation des pêcheurs traditionnels au financement des activités du MPO (pièces 214, 216.1 et 217).

[39] Toutefois, puisque le projet de loi C-62 n'est pas en vigueur — il est d'ailleurs mort au feuillet à la suite des élections de 1997 — le MPO ne ratifie pas l'entente de principe intervenue avec les crabiers. Tant qu'aucun amendement n'est apporté à la *Loi sur les pêches*, le MPO est contraint d'opter pour une approche à deux volets distincts : la mise en place d'un plan de gestion intégrée des pêches (*integrated fisheries management plan*) respectant la discrétion que la *Loi sur les pêches* accorde au ministre et, le cas échéant, une entente de projet conjoint visant le financement des activités du MPO (*joint project agreement*), assujettie à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

[40] On April 18, 1996, Minister Fred Mifflin announced the 1996 fishing plan, which maintained the temporary sharing of the resource (Exhibit 226). Once again, traditional fishers were very disappointed, and plant workers joined them in violent protests. Plant workers feared that the temporary sharing would mean landings would go to other plants, and that as a result they would not be able to work enough hours to qualify for employment insurance. The fishers refused to go to sea. They filed an application for an interim injunction to prevent the fishing plan from being executed. The application was rejected, and the fishers discontinued their request with the defendant's consent.

[41] Following a meeting between traditional fishers, Minister Mifflin, and New Brunswick Premier Frank McKenna, a resolution was found and the fishing season began, quite late, at the end of May. The parties agreed to enter into a multi-year agreement for the start of the 1997 fishing season.

[42] While this multi-year agreement was in the works, DFO and crab fishers in areas 25 and 26, two coastal areas north of Prince Edward Island, were entering into discussions to integrate these areas into Area 12. Fishers on Prince Edward Island were struggling, and they wanted DFO to eliminate the border. According to DFO scientists, Areas 12, 25 and 26, as well as Areas 18 and 19, two coastal areas north of Nova Scotia, were all part of the same biological snow crab unit, and there was no logical reason to separate them. This issue was therefore included in discussions on entering into a multi-year agreement, and Area 12 crab fishers accepted the integration as an acceptable compromise.

[43] On May 1, 1997, DFO and traditional crab fishers in Areas 12, 25 and 26 entered into a "Five-Year Co-Management Agreement" (Exhibits 241 and 250) (1997 Joint Project Agreement). Robert Haché, a representative of the Association des crabiers acadiens Inc. (ACA), confirmed that although fishers did not truly negotiate this agreement, it [TRANSLATION] "suited them to

[40] Le 18 avril 1996, le ministre Fred Mifflin annonce le plan de pêche de 1996 et le partage temporaire de la ressource est maintenu (pièce 226). Les pêcheurs traditionnels sont à nouveau très déçus et les employés d'usine se joignent à eux pour de violentes manifestations. Ces derniers craignent qu'en raison du partage temporaire, les débarquements soient dirigés vers d'autres usines, de sorte qu'ils n'auront pas suffisamment d'heures travaillées pour se qualifier à l'assurance-emploi. Les pêcheurs, pour leur part, refusent de sortir en mer. Ils déposent une demande d'injonction provisoire pour empêcher l'exécution du plan de pêche. Cette requête est rejetée et les pêcheurs se désistent de leur demande du consentement du défendeur.

[41] C'est à l'issue d'une rencontre entre les pêcheurs traditionnels, le ministre Mifflin et le premier ministre du Nouveau-Brunswick Frank McKenna, que l'impasse se dénoue et que la saison de pêche débute, très tardivement, à la fin mai. Les parties conviennent alors de conclure une entente pluriannuelle pour le début de la saison de pêche 1997.

[42] Parallèlement aux événements qui ont mené à cette entente pluriannuelle, le MPO et les pêcheurs de crabe des zones 25 et 26, deux zones côtières situées au nord de l'Île-du-Prince-Édouard, amorcent leurs discussions en vue de fusionner ces zones à la zone 12. Les pêcheurs de l'Île-du-Prince-Édouard sont en difficulté et ils demandent au MPO de faire disparaître la frontière. Selon les scientifiques du MPO, les zones 12, 25 et 26, ainsi que les zones 18 et 19, deux zones côtières situées au nord de la Nouvelle-Écosse, font toute partie de la même unité biologique de crabe des neiges, et il n'y a aucune logique à les séparer. Cette question fait donc partie intégrante des discussions entourant la conclusion d'une entente pluriannuelle et les crabiers de la zone 12 acceptent cette intégration comme étant un compromis acceptable.

[43] Le 1^{er} mai 1997, le MPO et les crabiers traditionnels des zones 12, 25 et 26 concluent une entente d'une durée de cinq ans intitulée « Plan quinquennal de cogestion » (pièces 241 et 250) (Entente de projet conjoint — 1997). Robert Haché, représentant de l'Association des crabiers acadiens Inc. (ACA), confirme que bien que les pêcheurs n'ont pas réellement négocié cette entente,

a certain point”. The document was divided into two separate parts with the explicit goal of complying with the provisions of the *Fisheries Act* that, despite two bills tabled by the government, had still not been amended.

[44] The first part of this agreement contained the Integrated Fisheries Management Plan, meaning the management measures themselves, which set out the TAC and IQs, the implementation of an ice committee, the season opening and closing dates, and soft-shell crab monitoring. An improved soft-shell crab monitoring protocol was introduced in this agreement. Rather than dividing Area 12 into four large sectors, Areas 12, 25 and 26 were divided into 280 grids (there were 350 grids in the entire southern Gulf). If the percentage of soft-shell crabs in a given grid went over 20 percent, the grid was closed for the rest of the season.

[45] Also in this Five-Year Co-Management Agreement, crab fishers agreed for the first time to temporary resource sharing. A sharing formula was adopted wherein the resource would be shared only when profits surpassed \$500 000 for the traditional mid-shore fleet. The first 2 000 metric tonnes above this amount would be assigned to non-traditional fishers, and the excess would be shared 60–40 between traditional crab fishers (60 percent) and the new access fleet (40 percent). As a result, temporary resource sharing occurred in 1995, 1996, 1997 and 2001.

[46] Also under the Five-Year Co-Management Agreement, a Solidarity Fund was implemented to help processing plant workers. This was an initiative of the traditional fishers, with the support of DFO, under which they would contribute 15 cents per pound of crab fished to a fund to provide work to plant workers who needed it to complete the required number of weeks to be eligible for employment insurance. At the time, some saw this as a hidden tax imposed by the Government of New Brunswick, while others saw it as a way for crab fishers to honour a promise made to plant workers in exchange for their support in the 1996 conflict. Either way, the auditor general’s second report in 1999 (Exhibit 642)

elle faisait leur « affaire jusqu’à un certain point ». Le document est scindé en deux parties distinctes dans le but avoué de respecter les dispositions de la *Loi sur les pêches* qui, en dépit des deux projets de loi déposés par le gouvernement, n’a encore fait l’objet d’aucun amendement.

[44] La première partie de cette entente contient le Plan de gestion intégrée de la pêche, soit les mesures de gestion elles-mêmes, la détermination du TPA et des QI, la mise en place d’un comité des glaces, l’ouverture et la fermeture de la saison, et le suivi du crabe blanc. C’est à ce moment que l’on introduit un protocole amélioré de suivi du crabe blanc. Plutôt que de diviser la zone 12 en 4 grands secteurs, on divise les zones 12, 25 et 26 en 280 quadrilatères (le Sud du golfe au complet en comprend 350). Si le pourcentage de crabes blancs observés dans l’un quelconque de ces quadrilatères dépasse 20 p. 100, on ferme ce quadrilatère à la pêche pour le reste de la saison.

[45] C’est également dans le cadre de ce Plan quinquennal de cogestion que les crabiers acceptent pour la première fois le partage temporaire de la ressource. On y adopte une formule de partage qui prévoit que la ressource ne sera partagée qu’au-delà d’un seuil de rentabilité de 500 000 \$ pour la flottille semi-hauturière traditionnelle. Les 2 000 premières tonnes métriques excédant ce seuil seront attribuées aux pêcheurs non traditionnels alors que l’excédent sera partagé à 60 p. 100 pour les crabiers traditionnels et 40 p. 100 pour le nouvel accès. Dans les faits, il y a eu partage temporaire de la ressource en 1995, 1996, 1997 et 2001.

[46] Finalement, c’est également dans le cadre de ce Plan quinquennal de cogestion que l’on met en place un Fonds de solidarité pour venir en aide aux travailleurs des usines de transformation. Il s’agit d’une initiative des pêcheurs traditionnels, supportée par le MPO, qui prévoit qu’ils contribueront 15 cents la livre de crabe pêché dans un fonds destiné à fournir du travail aux travailleurs d’usine qui en ont besoin pour compléter leur nombre de semaines requis pour avoir droit à l’assurance-emploi. À cette époque, certains y ont vu une taxe cachée, imposée par le gouvernement de la province du Nouveau-Brunswick, alors que d’autres y ont vu une façon pour les pêcheurs de crabe d’honorer

contains a section entitled “*The Solidarity Funds—Imposition of a Fee That May Not Be Contemplated in Legislation*”. It indicates that it is inappropriate for DFO to ensure that a given fisher has contributed to the Solidarity Fund before issuing their licence conditions for the year and thus their IQ.

[47] The second part of the Five-Year Co-Management Agreement contained the Joint Project Agreement and set the financial and non-financial contributions of DFO and fishers’ associations to certain DFO activities.

[48] According to Pat Chamut, Assistant Deputy Minister—Fisheries Management, DFO, the 1997 Joint Project Agreement was an important part of the history of crab fishery management in Area 12, both because it ended the 1996 conflict and demonstrated the ability of DFO and crab fishers to work together to manage this fishery, and because it demonstrated that such a joint project agreement was possible without requiring modifications to the *Fisheries Act*. At least that was the belief at the time!

D. *The Marshall decision*

[49] On September 17, 1999, the Supreme Court of Canada rendered its judgement in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. The Court affirmed the First Nations right stemming from treaties signed in 1760 and 1761 to practise commercial fishing in pursuit of a “moderate livelihood”.

[50] The Treasury Board allocated an initial budget of \$160 million to implement a vast federal government initiative to integrate First Nations in Canada into the commercial fishery for all species (Marshall Initiative). The initial phase of this initiative was completed in a few months, and DFO went back to the Treasury Board with a detailed plan including a comprehensive program for buying back licences from traditional fishers and a program to train First Nations in commercial fishing.

une promesse faite aux travailleurs d’usines en échange de leur appui dans le cadre du conflit de 1996. Quoi qu’il en soit, le second rapport du vérificateur général, émis en 1999 (pièce 642), contient une section intitulée « *The Solidarity Funds – Imposition of a Fee That May Not Be Contemplated in Legislation* ». On y indique qu’il est inapproprié pour le MPO de s’assurer qu’un pêcheur donné ait fait sa contribution au Fonds de solidarité avant de lui remettre ses conditions de permis pour l’année, donc son QI.

[47] La deuxième partie de ce Plan quinquennal de cogestion, quant à elle, contient l’Entente de projet conjoint et détermine la contribution financière et non financière respective du MPO et des associations de pêcheurs, à certaines activités du MPO.

[48] Selon Pat Chamut, sous-ministre adjoint — gestion des pêches au MPO, l’Entente de projet conjoint — 1997 est importante dans l’histoire de la gestion de la pêche au crabe dans la zone 12 puisque, d’une part, elle met fin au conflit de 1996 et démontre la capacité du MPO et des crabiers de travailler de concert à la gestion de cette pêche et, d’autre part, elle démontre qu’une telle entente de projet conjoint est possible sans qu’il soit nécessaire de modifier la *Loi sur les pêches*. Du moins le croit-on à cette époque!

D. *L’affaire Marshall*

[49] Le 17 septembre 1999, la Cour suprême du Canada rend sa décision dans l’affaire *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. La Cour y confirme que les Premières Nations possèdent un droit issu de traités conclus en 1760 et 1761 de s’adonner à la pêche commerciale à des fins de subsistance convenable (« *moderate livelihood* »).

[50] Le Conseil du trésor accorde une première enveloppe budgétaire de 160 millions de dollars pour la mise en place d’une vaste initiative du gouvernement fédéral visant à intégrer les Premières Nations du Canada à la pêche commerciale de toutes espèces (Initiative Marshall). La première phase de ce plan est complétée en quelques mois et le MPO retourne au Conseil du trésor avec un plan détaillé comprenant un programme complet de rachat de permis des mains des pêcheurs traditionnels,

DFO was allocated a budget of \$500 million for this second phase of the Marshall Initiative, which spanned from 2000 to 2007.

[51] DFO decided to buy back licences rather than issue new licences. Everyone agreed that this was the most harmonious way to integrate First Nations into the commercial fisheries that had operated as limited entry fisheries for a number of years.

[52] DFO entered into intense negotiations with 33 First Nations in the Atlantic Region in order to come to agreements and allocate them a portion of the annual TAC of the various fisheries practised there. A number of them were especially interested in snow crab.

[53] Unfortunately for DFO, the buyback program did not meet its objectives for the crab fishery.

[54] First, since the program was not ready for the 2000 fishing season, fishers suggested DFO borrow a portion of their annual TAC to meet its commitments to First Nations and give this quota back to them in 2001, once the program was implemented. DFO accepted, and 1 060 mt of crab were taken off the TAC to be assigned to licences issued to members of First Nations. Starting in 2001, the tonnage allocated to First Nations and to temporary licences under the 1997 Joint Project Agreement was taken from the TAC before quotas were allocated to traditional fishers based on their IQs. From 1 060 mt, the amount was reduced to 911 mt and then 888 mt in later years. Finally, instead of this tonnage being returned to traditional fishers, they were compensated at \$2 per pound under an agreement with DFO.

[55] Under its licence buyback program, DFO had to determine the value of a snow crab licence. Since the fishery became a limited entry fishery, the only way to

ainsi qu'un programme de formation des Autochtones à la pêche commerciale. Le MPO obtient une enveloppe de 500 millions de dollars pour cette seconde phase de l'Initiative Marshall qui débute en 2000 et ne sera achevée qu'en 2007.

[51] Le MPO choisit de procéder par rachat de permis plutôt que par l'émission de nouveaux permis. De l'avis de tous, il s'agit de la façon la plus harmonieuse d'intégrer les Premières Nations dans diverses pêcheries commerciales qui fonctionnent à accès limité depuis un certain nombre d'années.

[52] La région de l'Atlantique compte 33 tribus autochtones avec lesquelles le MPO entreprend d'intenses négociations en vue de conclure des ententes et de leur octroyer une part du TPA annuel des diverses pêcheries qui s'y pratiquent. Un certain nombre d'entre elles ont un intérêt particulier pour le crabe des neiges.

[53] Malheureusement pour le MPO, son programme de rachat de permis de pêche au crabe n'atteint pas ses objectifs.

[54] D'abord, puisque le programme n'est pas en place pour la saison de pêche 2000, les pêcheurs suggèrent au MPO qu'il leur emprunte une portion du TPA annuel nécessaire pour satisfaire ses engagements envers les Premières Nations, et qu'il leur remette ce quota en 2001, une fois le programme mis en place. Le MPO accepte et 1 060 t.m. de crabe sont retranchées du TPA pour les associer à des permis émis en faveur de membres des Premières Nations. À compter de 2001, le tonnage alloué aux Premières Nations, tout comme le tonnage alloué aux permis temporaires en vertu de l'Entente de projet conjoint — 1997, sont retranchés du TPA avant la répartition du quota aux pêcheurs traditionnels en fonction de leur QI. Ce nombre de 1 060 t.m. est réduit à 911 puis à 888 t.m. au cours des années qui suivent. Finalement, plutôt que d'être remis aux pêcheurs traditionnels, ce tonnage fait l'objet d'une compensation financière de 2 \$ la livre suite à une entente conclue avec le MPO.

[55] Dans le cadre de son programme de rachat de permis, le MPO doit déterminer la valeur à accorder à un permis de crabe des neiges. Depuis que cette pêche

enter it has been through succession or by acquiring an existing licence. DFO was aware of these transactions but not of the financial details. However, the ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec (MAPAQ) had determined that a snow crab licence was worth \$1 250 000 in 1999. Based on MAPAQ's assessment, DFO's initial offer to traditional crab fishers in 2000 was for \$13 000 per metric tonne (equivalent to an average price per permit of \$1.4 or \$1.45 million). Since there was little interest in this offer, DFO quickly raised it to \$18 000 per metric tonne. DFO was able to buy back one licence in 2000 and eight in 2001.

[56] In 2001, DFO was still 400 mt of snow crab short of meeting its commitments to First Nations. A committee was implemented to study this issue and, aware that the TAC was falling, traditional crab fishers suggested that DFO change the basis of its evaluation and use a percentage of the IQ rather than tonnage. DFO accepted and set its buyback price at \$2.6 million per percentage point (see for example the offer in Exhibit 390).

[57] DFO was still unable to buy back any additional snow crab licences in 2002 and 2003. However, during this same period, certain sales by mutual agreement took place at a price higher than that offered by DFO. For example, Daniel Dubois, a fisher on the Gaspé Peninsula, received an offer of \$3.5 million, which he refused.

[58] Faced with the failure of its program, DFO started to explore other options starting in 2003. One licence was bought back in 2004, and the program, which was initially supposed to end on March 31, 2004, was extended, first until March 31, 2006, and then until March 31, 2007. In 2005, negotiations with First Nations had come to a close. In 2006, DFO was still 10.8 percent short of its initial objective of 15.8 percent of the TAC of snow crab to meet its commitments, and it was unable to buy back any additional licences.

est à accès limité, la seule façon d'y accéder est par le biais d'une succession ou d'une acquisition d'un permis existant. Le MPO est au courant de ces transferts, mais il n'en connaît pas les détails financiers. Le ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec (MAPAQ) a, pour sa part, déterminé qu'un permis de crabe des neiges valait 1 250 000 \$ en 1999. S'inspirant de l'évaluation faite par le MAPAQ, le MPO fait une première offre aux crabiers traditionnels en 2000 à 13 000 \$ la tonne métrique (ce qui donne un prix moyen par permis de 1,4 ou 1,45 million de dollars). Face au peu d'intérêt suscité par cette offre, le MPO ajuste rapidement son offre à 18 000 \$ la tonne métrique. Le MPO réussit à racheter un seul permis en 2000 et huit en 2001.

[56] En 2001, il manque encore plus de 400 t.m. de crabe des neiges pour satisfaire les engagements du MPO envers les Premières Nations. Un comité est mis en place pour étudier cette question et, conscients que le TPA est en baisse, les crabiers traditionnels proposent au MPO de modifier sa base d'évaluation et d'utiliser un point de pourcentage de QI plutôt que le tonnage métrique. Le MPO accepte et fixe son prix de rachat à 2,6 millions de dollars par point de pourcentage de QI (voir par exemple l'offre contenue à la pièce 390).

[57] Le MPO ne parvient toutefois pas à racheter d'autres permis de pêche au crabe des neiges en 2002 et 2003. Au cours de la même période toutefois, certaines ventes se font de gré à gré, à des prix supérieurs à celui offert par le MPO. Par exemple, Daniel Dubois, un pêcheur de la Gaspésie, a reçu une offre d'une somme de 3,5 millions de dollars qu'il a refusée.

[58] Devant l'insuccès de son programme, le MPO commence à envisager d'autres avenues à compter de 2003. Un seul permis est racheté en 2004 et le programme, qui devait initialement se terminer le 31 mars 2004, est reconduit, d'abord jusqu'au 31 mars 2006, puis jusqu'au 31 mars 2007. En 2005, les négociations avec les Premières Nations sont terminées. En 2006, il manque encore 10,8 p. 100 de l'objectif initial de 15,8 p. 100 du TPA de crabe des neiges pour satisfaire les engagements du MPO qui ne parvient plus à racheter de permis additionnels.

[59] DFO determined that \$37.4 million was required to acquire this portion of the TAC from traditional fishers. DFO developed its final solution, and \$37.4 million was taken from the balance of the budget allocated by the Treasury Board to the Marshall Initiative and distributed provincially, prorated for each fishers' IQ. In 2007, all of the plaintiffs signed the financial aid agreement submitted by DFO (see for example Exhibit 606). In fact, DFO was buying back a part of each fishers' IQ, and the fishers were giving up this part in future. These agreements contained a release, which will be discussed below.

E. Urgent demands from Area 18 crab fishers

[60] Minister Robert Thibault took office on January 15, 2002.

[61] In the advisory committee meeting held on February 19, 2002, Fred Kennedy, spokesperson for the Area 18 Crab Fishermen's Association, informed traditional crab fishers in Area 12 and DFO representatives that crab fishers in Area 18 were applying to be integrated into Area 12 with 5.32 percent of the TAC, the same percentage as awarded to Areas 25 and 26 crab fishers starting in 1997. Fred Kennedy had been working for this association since 1999, and he was chosen to represent it with DFO. In the 1990s, crab fishers in Area 18, who were struggling to catch their TAC, tried in vain to gain access to Area 12. Their objective was therefore to gain access to starting in the 2002 season. Traditional fishers in Area 12, who were not informed that Area 18 crab fishers would be participating in the February 19, 2002, advisory committee meeting, were opposed to this integration, especially at 5.32 percent of the TAC.

[62] Minister Thibault announced his first fishing plan on April 8, 2002 (Exhibits 360 and 365), and on April 12—since the 1997 Joint Project Agreement had expired the previous year—he signed a new Joint Project Agreement with fishers' associations (2002 Joint Project Agreement) (Exhibit 366). This one-year agreement outlined the financial and non-financial participation of

[59] Le MPO évalue qu'une somme de 37,4 millions de dollars est nécessaire pour acquérir des pêcheurs traditionnels cette part du TPA. Le MPO élabore sa solution finale et la somme de 37,4 millions de dollars, puisée à même le solde de l'enveloppe octroyée par le Conseil du trésor dans le cadre de l'Initiative Marshall, est répartie sur une base provinciale, au prorata du QI de chaque pêcheur. En 2007, tous les demandeurs ont signé l'entente d'aide financière soumise par le MPO (voir par exemple la pièce 606). Il s'agit en fait du rachat d'une partie du QI de chaque pêcheur qui y renonce pour l'avenir. Ces ententes contiennent une quittance dont il sera question plus loin.

E. Les demandes pressantes des pêcheurs de crabe de la zone côtière 18

[60] Le ministre Robert Thibault arrive en fonction le 15 janvier 2002.

[61] Au cours de la réunion du comité consultatif qui se tient le 19 février 2002, Fred Kennedy, porte-parole de la Area 18 Crab Fishermen's Association, informe les crabiers traditionnels de la zone 12 et les représentants du MPO que les crabiers de la zone 18 demandent à être intégrés à la zone 12 avec 5,32 p. 100 du TPA, soit le même pourcentage que celui octroyé aux crabiers des zones 25 et 26 à compter de 1997. Fred Kennedy est à l'emploi de cette association depuis 1999 et on l'a mandaté pour la représenter auprès du MPO. Au cours des années 90, les crabiers de la zone 18, qui peinaient à capturer leur TPA, ont tenté en vain d'obtenir un accès à la zone 12. Leur objectif est donc d'obtenir cet accès à compter de la saison 2002. Les pêcheurs traditionnels de la zone 12, qui n'ont pas été informés de la participation des crabiers de la zone 18 à la réunion du comité consultatif du 19 février 2002, s'opposent à cette intégration, particulièrement à hauteur de 5,32 p. 100 du TPA.

[62] Le ministre Thibault annonce son premier plan de pêche le 8 avril 2002 (pièces 360 et 365) et le 12 avril — l'Entente de projet conjoint — 1997 étant arrivée à terme l'année précédente — il signe avec les associations de pêcheurs une Entente sur l'exécution d'un projet conjoint (Entente de projet conjoint — 2002) (pièce 366). Cette entente, d'une durée d'un an, prévoit

DFO and fishers' associations in DFO activities related to the snow crab fishery; it said nothing about management of the fishery.

[63] Also in April 2002, Minister Thibault held an initial meeting with Fred Kennedy, who presented the demands of Area 18 crab fishers. This meeting was followed by a second meeting in July 2002, in Petit-de-Grat, Nova Scotia, attended by, on the one hand, Fred Kennedy, Bill Broffy, president of the Area 18 Crab Fishermen's Association, and two Area 18 fishers, and on the other hand, Minister Thibault and his colleague Rodger Cuzner, a Liberal MP.

[64] At this time, Minister Thibault publicly confirmed that, barring a very convincing argument to the contrary, he was in favour of integrating Area 18 with Area 12.

[65] However, during the 2002 fishing season, when he was asked whether Area 18 crab fishers could have access to Area 12 to complete their landings for the current year, he went with the recommendation of his senior officials to not reopen the 2002 fishing plan, especially because the 2002 Joint Project Agreement, which bound DFO to the traditional crab fishers' associations in Area 12, was in effect.

F. *New permanent access*

[66] In 2002, Minister Thibault met with representatives of the Maritime Fishermen's Union (MFU), who wanted the temporary access to the crab fishery that some of their lobster and groundfish fishers had to become permanent. The MFU planned to use the revenue generated by the snow crab fishery and other revenue to create all sorts of activities, such as ecotourism, to get workers out of the lobster and groundfish fisheries. This is known as rationalization, which means removing a number of fishers from a given fishery to ensure the profitability of those who remain. For Minister Thibault, the lobster and groundfish fishers' associations wanted a permanent access regime in order to self-rationalize.

la participation financière et non financière du MPO et des associations de pêcheurs dans les activités du MPO reliées à la pêche au crabe des neiges; elle ne contient aucun élément relié à la gestion de la pêche.

[63] C'est également au cours du mois d'avril 2002 que le ministre Thibault a une première rencontre avec Fred Kennedy qui lui présente les revendications des crabiers de la zone 18. Cette rencontre est suivie d'une seconde rencontre en juillet 2002, à Petit-de-Grat, Nouvelle-Écosse, entre Fred Kennedy, Bill Broffy, président de la Area 18 Crab Fishermen's Association et deux pêcheurs de la zone 18, d'une part, et le ministre Thibault et son collègue, le député libéral Rodger Cuzner, d'autre part.

[64] C'est à compter de ce moment que le ministre Thibault affirme publiquement, qu'à moins d'un argument fort convaincant à l'effet contraire, il favorisait l'intégration de la zone 18 à la zone 12.

[65] Toutefois, lorsque durant la saison de pêche 2002 on lui demande si les crabiers de la zone 18 peuvent avoir un accès à la zone 12 pour compléter leurs débarquements de l'année en cour, il retient la recommandation de ses hauts fonctionnaires de ne pas rouvrir le plan de pêche 2002, d'autant plus que l'Entente de projet conjoint — 2002, qui lie le MPO aux associations de pêcheurs traditionnels de crabe de la zone 12, est alors en vigueur.

F. *Un nouvel accès permanent*

[66] Au cours de l'année 2002, le ministre Thibault rencontre les représentants de l'Union des pêcheurs des Maritimes (UPM) qui désirent que l'accès temporaire que certains de leurs pêcheurs de homard et de poisson de fond ont à la pêche au crabe devienne permanent. L'UPM entend ainsi utiliser les revenus générés par la pêche au crabe des neiges et d'autres revenus pour créer des activités de toutes sortes, comme l'écotourisme, afin de sortir les travailleurs de la pêche au homard et au poisson de fond. On parle du concept de rationalisation, qui consiste à sortir un certain nombre de pêcheurs d'une pêcherie donnée, afin d'assurer la rentabilité de ceux qui y demeurent. Pour le ministre Thibault, un régime

[67] In a meeting held in May 2002 in Shippagan, New Brunswick, between Minister Thibault and traditional crab fishers in Area 12, the minister expressed for the first time his desire to resolve once and for all the issue of new access to the snow crab fishery. The minister informed traditional crab fishers that he was prepared to sign a multi-year agreement with them, but that this agreement would have to include permanent access for lobster and groundfish fishers.

G. The negotiations leading to the 2003 fishing plan

[68] In fall 2002, DFO asked traditional crab fishers whether they were interested in negotiating a multi-year agreement, and they were. Crab fishers nominated Rémi Bujold, consultant, to represent them, and Jim Jones, Regional Director General (DFO), was nominated as chief negotiator for DFO.

[69] The first negotiation meeting was held on December 16, 2002. At the start of the meeting, Jim Jones informed fishers that the minister wanted permanent access and that they would discuss not the principle itself but the level of access. Crab fishers were still unsure what was meant by permanent sharing, but for Jim Jones, it was clear: it meant a constant share every year for the new access fleet. The Marshall Initiative and the integration of Area 18 were also discussed, and crab fishers agreed with DFO to submit an initial multi-year agreement proposal.

[70] After this first meeting, Minister Thibault wrote to Fred Kennedy, inviting him to meet with Area 12 fishers to explain his point of view. However, he informed him that he found 5.32 percent high, since historically, catches by fishers in Areas 25 and 26 were higher than those in Area 18, and could not be used as a reference point.

d'accès permanent est donc tributaire de la volonté des associations de pêcheurs de homard et de poisson de fond de se rationaliser.

[67] C'est au cours d'une rencontre tenue en mai 2002 à Shippagan au Nouveau-Brunswick, entre le ministre Thibault et les crabiers traditionnels de la zone 12, que le ministre exprime, pour la première fois, son désir de régler une fois pour toutes la question du nouvel accès à la pêche au crabe des neiges. Le ministre informe les crabiers traditionnels qu'il est prêt à conclure une entente pluriannuelle avec eux, mais que cette entente doit nécessairement prévoir un accès permanent pour les pêcheurs de homard et de poisson de fond.

G. Les négociations ayant mené au plan de pêche de 2003

[68] À l'automne 2002, le MPO demande aux crabiers traditionnels s'ils sont intéressés à négocier une entente pluriannuelle et ils le sont. Les crabiers désignent Rémi Bujold, consultant, pour les représenter alors que Jim Jones, directeur général régional (MPO), est nommé négociateur en chef pour le MPO.

[69] La première rencontre de négociation a lieu le 16 décembre 2002. Dès le début de la rencontre, Jim Jones informe les pêcheurs que le ministre cherche un accès permanent et que les discussions ne porteront pas sur le principe même, mais plutôt sur le niveau de cet accès. Les crabiers sont encore incertains de ce qu'on entend par partage permanent, mais pour Jim Jones, la question est claire; on parle d'une part constante à chaque année pour le nouvel accès. On discute également de l'Initiative Marshall et de l'intégration de la zone 18 et les crabiers conviennent avec le MPO qu'ils soumettront une proposition initiale d'entente pluriannuelle.

[70] Après cette première rencontre, le ministre Thibault écrit à Fred Kennedy et l'invite à rencontrer les pêcheurs de la zone 12 pour exposer son point de vue. Il l'avise toutefois qu'il considère élevé le pourcentage de 5,32, puisque les prises historiques des pêcheurs des zones 25 et 26 étaient plus élevées que celles de la zone 18 et ne peuvent servir de point de comparaison.

[71] On January 20, 2003, crab fishers submitted their agreement proposal, which included three years of co-management (Exhibits 405.2 and 678). They also suggested sharing the resource as follows: the first 20 000 metric tonnes would go to traditional crab fishers (this number would include the First Nations' share), the next 2 000 metric tonnes would go to new access fishers, and the excess, if there was any, would be shared with 70 percent going to traditional crab fishers and 30 percent to new access fishers. This proposal completely rejected the integration of Area 18.

[72] The second negotiation meeting was held on January 24, 2003. In the morning, Minister Thibault was at the mid-shore conference, and his main topic of discussion was his desire to implement permanent resource sharing in the crab fishery. The minister set the tone for the negotiation meeting that was held that afternoon. All issues were discussed, and Jim Jones reacted to the January 20 proposal. He clearly stated that the issue of access to the resource was a problem. The meeting did not go especially well, but the parties still hoped to arrive at an agreement before the fishing plan was announced.

[73] The third meeting was held on February 14, 2003. Jim Jones repeated that the minister was committed to implementing a permanent resource sharing regime; Dominic Leblanc, MP for Beauséjour, had even announced this a few days before the meeting. Jim Jones stated for the first time that the objective was for 10 to 20 percent of the TAC to go to the new access fleet. The Marshall Initiative was also a significant issue at this meeting, and there was concern about the lack of success of the licence buyback program.

[74] On February 17, 2003, Jim Jones wrote to Rémi Bujold, repeating that he was concerned that crab fishers' position on permanent sharing had not changed (Exhibit 412). On March 10, 2003, he repeated this again when he informed crab fishers that he could not discuss their January 20 proposal until they made progress on the crucial issue of resource sharing (Exhibit 421).

[71] Le 20 janvier 2003, les crabiers soumettent leur projet d'entente, lequel prévoit une période de cogestion de trois ans (pièces 405.2 et 678). On y suggère également le partage de la ressource de la façon suivante : les 20 000 premières tonnes métriques aux crabiers traditionnels (ce nombre inclut la part des Premières Nations), les 2 000 prochaines tonnes métriques aux pêcheurs de nouvel accès et l'excédent, le cas échéant, réparti à 70 p. 100 pour les crabiers traditionnels et 30 p. 100 pour le nouvel accès. Cette proposition rejette carrément l'intégration de la zone 18.

[72] Une deuxième rencontre de négociation a lieu le 24 janvier 2003. En avant-midi, le ministre Thibault est présent à la Conférence du semi-hauturier et il s'entretient avec les pêcheurs, principalement de son désir d'instaurer le partage permanent de la ressource dans la pêche au crabe. Les propos du ministre donnent le ton à la rencontre de négociation qui se tient en après-midi. L'ensemble des enjeux sont discutés et Jim Jones réagit à la proposition du 20 janvier. Il exprime clairement que la question de l'accès à la ressource pose un problème. La rencontre ne se déroule pas particulièrement bien, mais les parties ont toujours espoir d'en arriver à une entente avant l'annonce du plan de pêche.

[73] Une troisième rencontre a lieu le 14 février 2003. Jim Jones réitère que le ministre s'est engagé à instaurer un régime de partage permanent de la ressource; Dominic Leblanc, député de Beauséjour, en a même fait l'annonce quelques jours avant la rencontre. Jim Jones fait état, pour la première fois, d'un objectif de l'ordre de 10 à 20 p. 100 du TPA en faveur du nouvel accès. L'Initiative Marshall est également un enjeu important de cette rencontre et on s'inquiète du peu de succès du programme de rachat de permis.

[74] Le 17 février 2003, Jim Jones écrit à Rémi Bujold et réitère qu'il est préoccupé du fait que la position des crabiers sur le partage permanent demeure inchangée (pièce 412). Il le réitère le 10 mars 2003 lorsqu'il informe les crabiers qu'il ne peut discuter de leur proposition du 20 janvier avant qu'ils n'avancent sur la question cruciale du partage de la ressource (pièce 421).

[75] After this third meeting, crab fishers held a press conference, which, according to Jim Jones, further damaged the tone of negotiations.

[76] The final meeting was held on March 25, 2003. At the start, Jim Jones informed participants that he intended to give DFO's position on the January 20, 2003, proposal and deliver a verbal counter-proposal to the crab fishers. He confirmed that DFO was in agreement with all aspects of the proposal pertaining to the crab fishers' financing of its activities. However, this proposal did not meet the minister's objectives for permanent sharing and the integration of Area 18. He informed them that the only item he was able to discuss with them was the percentage of the TAC that would be allocated to new access applicants and Area 18 crab fishers. At the end of the meeting, Robert Haché asked Jim Jones what DFO's counter-proposal had in it for them, to which Jim Jones answered, the possibility of implementing an Individual Transferable Quota (ITQ) regime. If crab fishing businesses were no longer profitable under the new measures, this type of regime would allow them to buy a portion of another crab fisher's IQ to increase their income.

[77] No progress was made at this meeting. Jim Jones suggested that if Rémi Bujold was able to get crab fishers to agree to permanent sharing of 10 percent of the TAC, he would try to convince the minister. He also suggested that crab fishers meet with the minister to attempt to find a resolution.

[78] A meeting was scheduled for April 8, but Monique Baker, Crustacean Management Officer (Gulf Region) with DFO, did not wait for this meeting and started drafting the decision note to the minister in preparation for the 2003 fishing plan (Exhibit 440).

[79] On April 2, 2003, Rémi Bujold wrote to the association representatives that negotiations had failed (for example, Exhibits 425 and 426.1). He also restated his concern about their lack of desire to truly negotiate.

[75] Après cette troisième rencontre, les crabiers tiennent une conférence de presse qui, selon Jim Jones, contribue à détériorer davantage le climat des négociations.

[76] Une ultime rencontre a lieu le 25 mars 2003. D'entrée de jeu, Jim Jones avise les participants qu'il entend donner la position du MPO par rapport à la proposition du 20 janvier 2003 et transmettre une contre-proposition verbale aux crabiers. Il confirme que le MPO est favorable à tous les aspects de la proposition qui concernent le financement, par les crabiers, de ses activités. Toutefois, cette proposition n'atteint pas les objectifs du ministre quant au partage permanent et quant à l'intégration de la zone 18. Il les informe que le seul élément qu'il a mandat de négocier avec eux est le pourcentage du TPA qui sera alloué aux demandeurs de nouvel accès et aux crabiers de la zone 18. À l'issue de la rencontre, Robert Haché demande à Jim Jones ce qu'il y a pour eux dans la contre-proposition du MPO, ce à quoi Jim Jones répond : la possibilité d'instaurer un régime de quota individuel transférable (QIT). Si les entreprises des crabiers ne sont plus rentables avec les nouvelles mesures, ils auraient, avec un tel régime, la possibilité d'acheter une part du QI d'un autre crabier afin d'augmenter leurs revenus.

[77] Aucun progrès n'est fait lors de cette dernière réunion. Jim Jones suggère à Rémi Bujold que s'il est en mesure d'obtenir l'accord des crabiers pour un partage permanent à 10 p.100 du TPA, il tenterait de convaincre le ministre. Il suggère également que les crabiers rencontrent le ministre afin de tenter de dénouer l'impasse.

[78] Une rencontre est fixée pour le 8 avril, mais Monique Baker, agente responsable de la gestion des crustacés (région Golfe) du MPO, n'attend pas cette rencontre et elle commence à rédiger la note décisionnelle au ministre en prévision du plan de pêche 2003 (pièce 440).

[79] Le 2 avril 2003, Rémi Bujold écrit aux représentants des associations et constate l'échec des négociations (par exemple, pièces 425 et 426.1). Il leur réitère également sa préoccupation quant à leur absence de volonté réelle de négocier.

[80] At the April 8, 2003, meeting, Minister Thibault repeated that there would be permanent sharing and that crab fishers would have to accept this for productive discussions to be able to occur. He informed that initially, quotas would be issued to fishers' associations, which would distribute them to their members, but eventually, he planned to implement an ITQ regime. He believed that the transferability would allow fishers to recover some of the lost quota. Fishers, however, did not draw the same conclusions.

H. *The 2003 fishing plan*

[81] On Friday, May 2, 2003, the minister announced his "Three-Year Snow Crab Management Plan for the Southern Gulf" (Exhibits 441 and 443). This plan integrated Area 18 into Area 12, except for a buffer zone along the Area 19 boundary, and assigned 4.7081 percent of the TAC of the new combined area to Area 18 fishers. It also reserved 15 percent of the TAC for new access fishers' associations for the three years covered by the fishing plan, and stated that the purpose of this sharing was to support rationalization. However, the TAC and management measures would be set every year. For 2003, the minister set the TAC at 17 148 mt; 11 702 mt were allocated to traditional fishers in Area 12 (including the former areas 25 and 26), 578 mt were allocated to fishers in Area 18, 2 701 mt were allocated to First Nations, and 2 167 mt were allocated to new access associations and fishers.

[82] Since negotiations with traditional fishers were unsuccessful, there was no joint project agreement, the regular soft-shell crab protocol was reinstated (Area 12 was divided into four large sectors), and there would be no trawl survey after the fishing season.

[83] Contrary to a well-established practise, crab fishers were not notified in advance of the contents of the fishing plan. They were informed through the media and received the fishing plan only at the end of the day on Friday. Jim Jones admitted that it was an embarrassing situation for local DFO representatives.

[80] Lors de la réunion du 8 avril 2003, le ministre Thibault réitère qu'il y aura partage permanent et que les crabiers doivent accepter ce principe pour qu'il y ait des discussions fructueuses. Il les informe que dans un premier temps, les quotas seront émis en faveur des associations de pêcheurs qui les distribueront parmi leurs membres, mais qu'éventuellement, il entend instaurer un système de QIT. Avec la transférabilité, croit-il, les pêcheurs pourront récupérer une partie du quota perdu. Les pêcheurs eux n'y voient pas une telle relation de cause à effet.

H. *Le plan de pêche 2003*

[81] Le vendredi 2 mai 2003, le ministre annonce son « Plan triennal de gestion pour la pêche au crabe des neiges dans le sud du Golfe » (pièces 441 et 443). Ce plan prévoit que la zone 18, exclusion faite d'une zone tampon située le long de la limite de la zone 19, est intégrée à la zone 12 et que 4,7081 p. 100 du TPA de la nouvelle zone combinée est accordé aux pêcheurs de la zone 18. Il prévoit également que pour les trois années couvertes par le plan de pêche, 15 p. 100 du TPA sera alloué aux associations et pêcheurs de nouvel accès et que ce partage devra favoriser la rationalisation. Toutefois, le TPA et les mesures de gestion seront déterminés chaque année. Pour 2003, le ministre fixe le TPA à 17 148 t.m.; 11 702 t.m. sont octroyées aux pêcheurs traditionnels de la zone 12 (qui comprend les anciennes zones 25 et 26), 578 t.m. sont octroyées aux pêcheurs de la zone 18, 2 701 t.m. sont octroyées aux Premières Nations, et 2 167 t.m. reviennent aux associations et pêcheurs de nouvel accès.

[82] Puisque les négociations avec les pêcheurs traditionnels n'ont pas porté fruit, il n'y a pas d'entente de projet conjoint, on revient au protocole de crabes blancs régulier (la zone 12 est divisée en quatre grands secteurs) et il n'y aura pas de relevé au chalut après la saison de pêche.

[83] Contrairement à une pratique bien établie, les crabiers ne sont pas avisés à l'avance du contenu du plan de pêche. Ils en sont informés par les médias et ne reçoivent le plan de pêche qu'en fin de journée du vendredi. Jim Jones avoue qu'il s'agissait d'une situation gênante pour les représentants locaux du MPO.

[84] Crab fishers' associations tried without success to calm their members down, and they informed them that they would ask the courts to strike down the fishing plan. But the fishers reacted immediately and violently. Over the weekend, protests broke out, and angry crab fishers set fire to buildings and patrol vessels and vandalized local DFO offices. They also threatened to boycott the fishing season.

[85] On Monday, May 5, 2003, traditional fishers in Area 12 held an emergency meeting to discuss the situation. The minutes from this meeting (Exhibit 444) show that they maintained their position: no integration of Area 18, no sharing in 2003, and 20 000 mt for traditional fishers and First Nations. A demand to this effect was delivered to the minister by Rémi Bujold; it informed him that if he accepted, crab fishers were prepared to fund scientific activities and the management program. The minister refused, and Rémi Bujold was dismissed. That afternoon, the minister told the media that he was prepared to increase the TAC by 3 000 to 4 000 mt if crab fishers would sign a joint project agreement with DFO.

[86] Crab fishers submitted a new proposal to the minister (Exhibit 466, at page 9): if the minister increased the TAC to 21 600 mt, they would agree to integrating Area 18 without removing the buffer zone. This new proposal was discussed at a meeting between the minister and crab fishers. The minister repeated that he would increase the TAC by 3 000 mt to 4 000 mt if traditional crab fishers would sign a joint project agreement stating that they would provide \$1.7 million to fund DFO activities. He specified that this increase would also be shared with new access and Area 18 fishers, but that the \$1.7 million would be paid only by Area 12 traditional fishers. A written offer was submitted to fishers the same day (Exhibit 469). This offer was also refused, but crab fishers conceded to go to sea, and the season, though late, occurred as usual.

[84] Les associations de crabiers tentent, sans succès, de calmer leurs membres et elles les avisent qu'elles se tourneront vers les tribunaux pour faire invalider le plan de pêche. La réaction des pêcheurs est toutefois immédiate et violente. Au cours de la fin de semaine, les manifestations éclatent, les crabiers en colère incendient bâtiments et navires de patrouille et ils vandalisent les bureaux locaux du MPO. Ils menacent également de boycotter la saison de pêche.

[85] Le lundi 5 mai 2003, les pêcheurs traditionnels de la zone 12 se réunissent d'urgence pour discuter de la situation. Le compte rendu de cette réunion (pièce 444) démontre qu'ils demeurent sur leur position : pas d'intégration de la zone 18, pas de partage en 2003, et 20 000 t.m. aux pêcheurs traditionnels et aux Premières Nations. Une demande dans ce sens est transmise au ministre par l'intermédiaire de Rémi Bujold; on informe le ministre que s'il accepte, les crabiers seront prêts à financer les activités scientifiques et le programme de gestion. Le ministre refuse et Rémi Bujold est remercié de ses services. En après-midi, le ministre s'adresse aux médias et affirme qu'il est prêt à augmenter le TPA de 3 000 à 4 000 t.m. si les crabiers acceptent de signer une entente de projet conjoint avec le MPO.

[86] Les crabiers transmettent une nouvelle proposition au ministre (pièce 466, à la page 9) : si le ministre augmente le TPA à 21 600 t.m., ils acceptent l'intégration de la zone 18 sans le retrait de la zone tampon. Cette nouvelle proposition est discutée lors d'une réunion entre le ministre et les crabiers. Le ministre réitère alors qu'il est prêt à augmenter le TPA de 3 000 à 4 000 t.m. si les crabiers acceptent de signer une entente de projet conjoint par laquelle ils financeraient les activités du MPO à hauteur de 1,7 million de dollars. Il précise que cet ajout serait également partagé avec le nouvel accès et les pêcheurs de la zone 18, mais que le 1,7 million de dollars serait payé uniquement par les pêcheurs traditionnels de la zone 12. Une offre écrite est remise le même jour aux pêcheurs (pièce 469). Cette offre est également refusée mais les crabiers se résignent à sortir en mer et la saison, bien que tardive, se déroule normalement.

I. *The use of part of the TAC to fund DFO activities*

[87] In 2003, since there was no joint project agreement between DFO and crab fishers, DFO developed a plan to fund the trawl survey performed after each season. It decided to use 50 mt of snow crab (for an approximate value of \$300 000), not fished by First Nations, to fund the trawl survey. DFO issued a call for proposals and awarded the contract to Joey Desveaux.

[88] In 2004, DFO also decided to use part of the TAC to fund its activities. In his fishing plan (Exhibit 498), Minister Geoff Regan announced that 400 mt would be used to fund various DFO activities. Several DFO departments were consulted, and they estimated the costs of various activities. DFO again issued a call for proposals (Exhibit 635), and the Regroupement des pêcheurs professionnels des Îles-de-la-Madeleine (RPPIM) was awarded the contract. DFO and RPPIM signed a joint project agreement (Exhibit 531.1), which stated that RPPIM would contribute \$1.5 million to the following DFO activities: the trawl survey, the improved soft-shell crab protocol, scientific analysis and increased catch monitoring. It also stated that RPPIM would manage its allocation of 400 mt of crab by awarding quotas to fishers in exchange for compensation.

[89] DFO followed the same process for 2005. Its call for proposals (Exhibit 553) stated that it was seeking \$1.9 million to fund its research activities and that a 480 mt snow crab allocation would be made available to the successful bidder to distribute to its members. The Acadian Groundfish Fisherman's Association (AGFA) was awarded the contract and signed a joint project agreement with DFO (Exhibit 560).

[90] AGFA was also awarded the contract in 2006 under the same process (Exhibit 630) and signed a joint project agreement under which AGFA would contribute

I. *L'utilisation d'une part du TPA pour le financement des activités du MPO*

[87] En 2003, puisqu'il n'y a pas d'entente de projet conjoint entre le MPO et les crabiers, le MPO élabore un plan pour financer le relevé au chalut pratiqué après la saison. Il décide d'utiliser 50 t.m. de crabe des neiges (d'une valeur approximative de 300 000 \$), non pêchées par les Premières Nations, pour financer le relevé au chalut. Le MPO procède par appel de propositions et octroie le contrat à Joey Desveaux.

[88] En 2004, le MPO décide également de prendre une partie du TPA pour financer ses activités. Dans son plan de pêche (pièce 498), le ministre Geoff Regan annonce que 400 t.m. seront utilisées pour financer diverses activités du MPO. Plusieurs départements du MPO sont consultés et ils estiment les coûts afférents à ses diverses activités. Le MPO procède à nouveau par appel de propositions (pièce 635) et le Regroupement des pêcheurs professionnels des Îles-de-la-Madeleine (RPPIM) remporte le concours. Une entente de projet conjoint est signée entre le MPO et le RPPIM (pièce 531.1), laquelle prévoit notamment que le RPPIM contribuera aux activités du MPO, soit le relevé au chalut, le protocole du crabe blanc amélioré, l'analyse scientifique et la surveillance accrue des prises et ce, à hauteur de 1,5 million de dollars. Elle prévoit également que le RPPIM gère son allocation de 400 t.m. de crabe en octroyant des contingents aux pêcheurs qu'elle désigne contre rémunération.

[89] Le MPO suit le même processus pour l'année 2005. Son appel de propositions (pièce 553) prévoit qu'il recherche une contribution à hauteur de 1,9 million de dollars pour financer ses activités de recherche et qu'une allocation de 480 t.m. de crabe des neiges sera mise à la disposition de l'association adjudicataire, pour distribution parmi ses membres. L'Association des pêcheurs de poisson de fond acadiens (APPFA) remporte le concours et elle signe une entente de projet conjoint avec le MPO (pièce 560).

[90] L'APPFA remporte également le concours en 2006 suivant le même processus (pièce 630), et signe une entente de projet conjoint qui prévoit que l'APPFA

\$1.5 million to fund DFO activities in return for an allocation of 1 000 mt of snow crab (Exhibit 590).

contribuera 1,5 million de dollars pour financer les activités du MPO, contre une allocation de 1 000 t.m. de crabe des neiges (pièce 590).

J. The legal proceedings

J. Les procédures judiciaires

[91] Initially, the plaintiffs filed an application for judicial review before this Court to have the 2003 fishing plan declared illegal and revoke it. This application was then discontinued, and this case was established on July 11, 2007. In their case, the plaintiffs are asking the defendant to be ordered to pay to them:

[91] Les demandeurs ont d’abord déposé devant cette Cour une demande de contrôle judiciaire visant à faire déclarer illégal et à annuler le plan de pêche de 2003. Cette demande a par la suite fait l’objet d’un désistement et la présente action a été instituée le 11 juillet 2007. Par leur action, les demandeurs recherchent contre la défenderesse une condamnation à leur verser :

- (a) Compensation for the loss of profits experienced in 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 and 2008 on the grounds of acts by DFO;
- (b) Compensation for the drop in value of the plaintiffs’ fishery enterprises;
- (c) General and punitive damages;
- (d) Damages for loss of future income;
- (e) Restitution of the value of benefits appropriated by DFO to the plaintiffs’ detriment;
- (e.1) Compensation for the plaintiffs’ rights or interests that were either expropriated by DFO or of which the plaintiffs were deprived;
- (f) Interest calculated on the amount of damages pre-judgement and post-judgement;
- (g) Costs and disbursements;
- (h) All other relief that this Court may consider fair and equitable.

- a) Une compensation pour la perte de profits subie au cours des saisons de pêche 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 et 2008 en raison des actes du MPO;
- b) Une compensation pour la diminution de la valeur des entreprises de pêche des demandeurs;
- c) Des dommages généraux et des dommages punitifs;
- d) Des dommages pour pertes de revenus futurs;
- e) La restitution de la valeur des bénéfices que le MPO s’est appropriés au détriment des demandeurs;
- e.1) Une indemnisation pour les droits ou intérêts des demandeurs qui ont été expropriés par le MPO ou dont les demandeurs ont été privés;
- f) Les intérêts calculés sur le montant des dommages avant et après jugement;
- g) Les dépens et débours; et
- h) Tout autre redressement que la Cour considérera juste et équitable.

III. Issues and remedies sought in this phase of the case

III. Les questions en litige et remèdes recherchés à cette étape du dossier

[92] In a document entitled [TRANSLATION] “Concise joint list of issues to be decided in the proceedings” and

[92] Dans un document intitulé « Liste concise et conjointe des questions devant être tranchées à

signed by the parties on May 29, 2013 (trial record, tab 13), the parties listed the following issues to be decided in the first phase of hearings:

[TRANSLATION]

Regarding expropriation

WHEREAS, in the second phase, individual evidence about the plaintiffs' conduct, behaviour, knowledge, beliefs, and personal views relevant at any time may negate their individual rights to compensation based on the alleged expropriation; and

WHEREAS the plaintiffs demonstrate and establish, in the second phase, the extent and value of the rights and commercial assets they allege were expropriated from them;

- A) Is the behaviour of the minister of Fisheries and Oceans Canada and its officials (collectively "DFO") likely to constitute an expropriation of the portion of rights or bundle of rights or commercial assets alleged by the plaintiffs? In particular:
- i) Are the alleged rights, alleged bundle of rights (or a portion thereof) and alleged commercial assets "property" or a form of "property" or interest that can be expropriated? If yes:
 - ii) Did DFO subtract a portion of the rights, the bundle of rights or the commercial assets alleged by the plaintiffs?
 - iii) Did DFO's actions result in an appropriation of rights, the bundle of rights or commercial assets alleged by the plaintiffs? If yes:
 - iv) For there to be expropriation, is there a legal requirement for the Crown to have kept the profit for itself or entirely destroyed the property or interest in question?
 - v) If yes, did the Crown, in this case, keep the profit for itself or entirely destroy the expropriated property or interest?

l'instruction », signé par les parties le 29 mai 2013 (dossier d'instruction, onglet 13), celles-ci ont formulé comme suit les questions en litige à être tranchées dans le cadre de ce premier volet de l'audition :

À l'égard de l'expropriation

DANS LA MESURE OÙ, à la deuxième étape, la preuve individuelle visant la conduite, le comportement, la connaissance, la croyance, et la perception personnelle des demandeurs à tout moment pertinent est susceptible de nier le droit de chacun d'eux à une indemnisation fondée sur l'expropriation alléguée; et

DANS LA MESURE OÙ les demandeurs démontrent et établissent, à la deuxième étape, l'étendue et la valeur des droits et des actifs commerciaux dont les demandeurs allèguent avoir été expropriés;

- A) La conduite du ministre des Pêches et Océans du Canada et de ses fonctionnaires (collectivement le « MPO ») est-elle susceptible de constituer une expropriation d'une portion des droits ou du faisceau de droits ou d'actifs commerciaux allégués par les demandeurs? Plus précisément :
- i) Les droits, le faisceau de droits allégués (ou une portion de ceux-ci) et les actifs commerciaux allégués sont-ils des « biens » ou une forme de « bien » ou d'intérêt qui puissent faire l'objet d'une expropriation? Si oui,
 - ii) Le MPO a-t-il retranché une portion des droits, du faisceau de droits ou encore des actifs commerciaux allégués par les demandeurs?
 - iii) Les gestes du MPO ont-ils résulté en une appropriation des droits, du faisceau de droits ou des actifs commerciaux allégués par les demandeurs? Si oui,
 - iv) Pour qu'il y ait expropriation, y a-t-il une exigence juridique que la Couronne ait conservé le bénéfice pour elle-même ou qu'elle ait complètement détruit l'objet ou l'intérêt en question?
 - v) Dans l'affirmative, la Couronne a-t-elle, en l'espèce, conservé le bénéfice pour elle-même ou complètement détruit le bien ou l'intérêt exproprié?

vi) Is a partial deprivation of the alleged rights, bundle of rights or commercial assets likely to lead to a legal finding of expropriation?

vii) If yes, did DFO, in this case, deprive the plaintiffs of the alleged rights, bundle of rights or commercial assets?

B) If yes, does such an expropriation entail a requirement to compensate the plaintiffs?

Regarding unjust enrichment

WHEREAS the plaintiffs allege, with respect to the deprivation criterion, that they were deprived of a portion of the TAC and the resulting income;

WHEREAS the plaintiffs allege, with respect to the deprivation criterion, that the alleged allocation of the TAC decreased the value of their businesses;

WHEREAS the issue of whether the plaintiffs individually suffered deprivation or prejudice will be decided only in the second trial;

WHEREAS the extent of this deprivation or prejudice will be decided only in the second trial;

C) Did the alleged acts and omissions likely allow DFO to enrich itself without cause at the expense of the plaintiffs? In particular:

i) Did DFO enrich itself through the alleged use of snow crab to fund its activities, its rationalization programs, and its program to integrate Aboriginal fishers into the commercial fishery?

ii) Do the alleged deprivation of a portion of the TAC to which the plaintiffs allege they have a right, the resulting income, and the alleged decrease in the value of the plaintiffs' businesses likely constitute a deprivation of the plaintiffs corresponding to the alleged enrichment of DFO?

iii) Are there legal grounds justifying the alleged enrichment of DFO?

iv) Does the defence of change of position apply to this case?

vi) Une privation partielle des droits, du faisceau de droits ou des actifs commerciaux allégués est-elle susceptible de conduire à une conclusion juridique d'expropriation?

vii) Dans l'affirmative, le MPO a-t-il, en l'espèce, privé les demandeurs des droits, du faisceau de droits ou des actifs commerciaux allégués?

B) Le cas échéant, une telle expropriation entraîne-t-elle l'obligation d'indemniser les demandeurs?

À l'égard de l'enrichissement sans cause

CONSIDÉRANT que les demandeurs allèguent, relativement au critère d'appauvrissement, qu'ils ont été privés d'une portion du TAC et des revenus qui en découlent;

CONSIDÉRANT que les demandeurs allèguent, relativement au critère d'appauvrissement, que l'attribution du TAC alléguée a réduit la valeur de leur entreprise;

DANS LA MESURE OÙ la question de savoir si les demandeurs individuellement ont subi un appauvrissement ou un préjudice ne sera tranchée qu'au deuxième procès;

DANS LA MESURE OÙ l'ampleur de cet appauvrissement ou préjudice ne sera tranchée qu'au deuxième procès;

C) Les actes et omissions allégués sont-ils susceptibles d'avoir permis au MPO de s'enrichir sans cause aux dépens des demandeurs? Plus précisément :

i) Le MPO s'est-il enrichi par l'utilisation alléguée du crabe des neiges pour financer ses activités, ses programmes de rationalisation et son programme d'intégration des autochtones à la pêche commerciale?

ii) La privation alléguée d'une portion du TAC à laquelle les demandeurs allèguent avoir droit et des revenus qui en découlent, ainsi que la diminution alléguée de la valeur des entreprises des demandeurs, sont-elles susceptibles de constituer un appauvrissement corrélatif des demandeurs à l'enrichissement allégué du MPO?

iii) Existe-t-il un motif juridique justifiant l'enrichissement allégué du MPO?

iv) La doctrine du changement de situation est-elle applicable en l'espèce?

Regarding misfeasance in public office

WHEREAS the following issues will be decided, if this Court deems it necessary, in the second phase: whether the plaintiffs suffered a prejudice, whether the prejudice suffered was legally caused by the alleged tortious conduct, and whether the alleged prejudice may be subject to compensation according to the rule of law in tortious matters;

- D) Does the Crown have immunity in this case from the tort of misfeasance in public office?
- E) For there to be misfeasance in public office, is it necessary to establish a legal obligation of DFO of which the plaintiffs were deprived? If yes, was there one in this case?
- F) Did DFO behave such that the criteria related to the common issues of tort of misfeasance in public office are met as regards the following allegations:
- i) The reduction of the TAC by approximately 4,000 tonnes in 2003 to impose a financial contribution requirement on the plaintiffs in return for an increase in the TAC?
 - ii) The financing of DFO activities using the fishery resource?
 - iii) The use of snow crab to force the implementation of lobster and groundfish fishery rationalization programs?
 - iv) The use of snow crab for programs to integrate Aboriginal fishers into the commercial fishery?
 - v) The determination of the portion of the TAC to be allocated to Area 18 fishers when this area was integrated with areas 12, 25 and 26?

Regarding legitimate expectations

WHEREAS determination of whether or not the plaintiffs had legitimate expectations likely depends on the evidence that will be presented in the second phase;

- G) Can the doctrine of legitimate expectations constitute a cause of action raising the possibility of damages and interest?

À l'égard de la faute dans l'exercice d'une charge publique

DANS LA MESURE OÙ les questions suivantes seront tranchées, si la Cour l'estime nécessaire, à la deuxième étape, à savoir : si les demandeurs ont subi un quelconque préjudice; si les préjudices subis ont pour cause juridique la conduite délictuelle alléguée; si les préjudices allégués peuvent faire l'objet d'une indemnisation suivant les règles de droits en matière délictuelles;

- D) La Couronne bénéficie-t-elle en l'espèce d'une immunité à l'égard du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique?
- E) Afin qu'il y ait faute dans l'exercice d'une charge publique, est-il nécessaire d'établir une obligation quelconque du MPO en droit privé envers les demandeurs? Si tel est le cas, y en avait-il une en l'espèce?
- F) Le MPO s'est-il comporté de façon telle que les critères relatifs aux questions communes du délit de la faute dans l'exercice d'une charge publique sont remplis à l'égard des allégations suivantes :
- i) La réduction du TAC d'environ 4000 tonnes en 2003 en vue d'imposer l'exigence d'une contribution financière des demandeurs en retour d'une augmentation du TAC;
 - ii) Le financement des activités du MPO par l'utilisation de la ressource halieutique;
 - iii) L'utilisation du crabe des neiges aux fins de forcer la mise en place de programmes de rationalisation de la pêche au homard et au poisson de fond;
 - iv) L'utilisation du crabe des neiges aux fins de programmes d'intégration des communautés autochtones à la pêche commerciale;
 - v) La détermination de la part du TAC revenant aux pêcheurs de la zone 18 lors de l'intégration de cette zone avec les zones 12, 25 et 26.

À l'égard des attentes légitimes

DANS LA MESURE OÙ la détermination de l'existence ou non d'attentes légitimes de la part des demandeurs est susceptible de dépendre de la preuve qui sera administrée lors de la seconde étape;

- G) La doctrine des attentes légitimes peut-elle constituer une cause d'action donnant ouverture à l'octroi de dommages et intérêts?

H) Are the alleged actions of DFO and the specific circumstances of this case likely to have caused the plaintiffs' alleged legitimate expectations?

H) Les actes allégués du MPO et les circonstances particulières de l'espèce sont-ils susceptibles d'avoir suscité les attentes légitimes alléguées des demandeurs?

Regarding compensation paid by the Crown

À l'égard de l'indemnisation versée par la Couronne

I) Does the compensation paid or payable by the Crown to certain snow crab licence holders in areas 12, 18, 25 and 26 after the 2006 fishing season constitute a total or partial barrier to the plaintiffs' claim regarding the integration of Aboriginal fishers into the commercial snow crab fishery?

I) L'indemnisation versée ou versable par la Couronne à certains titulaires de permis de pêche au crabe des neiges dans les zones 12, 18, 25, et 26 après la saison de pêche 2006 constitue-t-elle un obstacle total ou partiel à la réclamation des demandeurs à l'égard de l'intégration des autochtones à la pêche commerciale au crabe des neiges?

[93] At the hearing, counsel for the plaintiffs filed an additional document entitled [TRANSLATION] "Findings sought by plaintiffs at first phase", which sets out the declarations they seek as follows:

[93] Lors de l'audition, les procureurs des demandeurs ont déposé un document additionnel intitulé « Conclusions recherchées par les demandeurs à la première étape », dans lequel ils précisent, dans les termes suivants, les conclusions déclaratoires qu'ils recherchent :

[TRANSLATION]

A. REGARDING EXPROPRIATION

A. À L'ÉGARD DE L'EXPROPRIATION

Allocations to Aboriginal bands

Attribution à des bandes autochtones

DECLARE that the reduction in IQ for each plaintiff resulting from the allocation to Aboriginal bands of the following portions of the TAC constituted an expropriation of the plaintiffs' rights for which they are entitled to compensation:

DÉCLARER que la réduction du QI de chaque demandeur résultant de l'attribution à des bandes autochtones des portions suivantes du TAC constituait une expropriation des droits des demandeurs pour lesquels ceux-ci sont en droit d'être indemnisés :

2,701 metric tonnes (t) (15.7511%) of the 2003 TAC;

2 701 tonnes métriques (t) (15,7511%) du TAC de 2003;

4,128 t (15.5188%) of the 2004 TAC;

4 128 t (15,5188%) du TAC en 2004;

5,038 t (15.5802%) of the 2005 TAC;

5 038 t (15,5802%) du TAC en 2005;

3,933 t (15.2035%) of the 2006 TAC.

3 933 t (15,2035%) du TAC en 2006.

Financing of DFO operations

Financement des opérations MPO

DECLARE that the reduction in IQ for each plaintiff resulting from the use of the following portions of the TAC to fund DFO operations constituted an expropriation of the plaintiffs' rights for which they are entitled to compensation: 400 t in 2004, 480 t in 2005 and 1,000 t in 2006.

DÉCLARER que la réduction du QI de chaque demandeur résultant de l'utilisation des portions suivantes du TAC pour financer les opérations du Ministère des Pêches et des Océans constituait une expropriation des droits des demandeurs pour lesquels ceux-ci sont en droit d'être indemnisés : 400 t en 2004, 480 t en 2005 et 1 000 t en 2006.

Integration of Area 18

DECLARE that the reduction in IQ for each plaintiff resulting from the allocation of 4.7081% of the TAC to Area 18 fishers after 2003 constituted an expropriation of the plaintiffs' rights for which they are entitled to compensation.

New access and rationalization

DECLARE that the reduction in IQ for each plaintiff resulting from the allocation of 15% of the TAC to new access fishers and associations after 2003 constituted an expropriation of the plaintiffs' rights for which they are entitled to compensation.

ALTERNATIVELY, DECLARE that the reduction in IQ for each plaintiff resulting from the allocation of 15% of the TAC to new access fishers and associations from 2003 to 2006 constituted an expropriation of the plaintiffs' rights for which they are entitled to compensation.

B. REGARDING UNJUST ENRICHMENT

Financing of DFO operations

DECLARE that the use of the following portions of the TAC to fund DFO operations, and the correlative reduction in IQ for each plaintiff, resulted in unjust enrichment of the defendant for which the plaintiffs are entitled to compensation: 400 t in 2004, 480 t in 2005 and 1,000 t in 2006.

Rationalization

DECLARE that the allocation of 15% of the TAC to new access fishers and associations from 2003 to 2006, and the correlative reduction in IQ for each plaintiff, resulted in unjust enrichment of the defendant for which the plaintiffs are entitled to compensation.

Allocations to Aboriginal bands

DECLARE that the allocation of the following portions of the TAC to Aboriginal bands, and the correlative reduction in IQ for each plaintiff, resulted in unjust enrichment of the defendant for which the plaintiffs are entitled to compensation:

Intégration de la Zone 18

DÉCLARER que la réduction du QI de chaque demandeur résultant de l'attribution d'une part de 4,7081% du TAC aux pêcheurs de la zone 18 à compter de 2003 constituait une expropriation des droits des demandeurs pour lesquels ceux-ci sont en droit d'être indemnisés.

Nouvel accès et rationalisation

DÉCLARER que la réduction du QI de chaque demandeur résultant de l'attribution d'une part de 15 % du TAC à des associations et des pêcheurs de nouvel accès, à compter de 2003, constituait une expropriation des droits des demandeurs pour lesquels ceux-ci sont en droit d'être indemnisés.

SUBSIDIAIREMENT, DÉCLARER que la réduction du QI de chaque demandeur résultant de l'attribution à des associations et à des pêcheurs de nouvel accès, de 2003 à 2006, d'une part de 15 % du TAC constituait une expropriation des droits des demandeurs pour lesquels ceux-ci sont en droit d'être indemnisés.

B. À L'ÉGARD DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Financement des opérations du MPO

DÉCLARER que l'utilisation des portions suivantes du TAC pour financer les opérations du Ministère des Pêches et des Océans, et la réduction correlative du QI de chaque demandeur, a résulté en un enrichissement sans cause de la défenderesse pour lequel les demandeurs sont en droit d'être indemnisés : 400 t en 2004, 480 t en 2005 et 1 000 t en 2006.

Rationalisation

DÉCLARER que l'attribution à des associations et à des pêcheurs de nouvel accès d'une portion de 15% du TAC de 2003 à 2006, et la réduction correlative du QI de chaque demandeur, a résulté en un enrichissement sans cause de la défenderesse pour lequel les demandeurs sont en droit d'être indemnisés.

Attribution à des bandes d'autochtones

DÉCLARER que l'attribution à des bandes autochtones des portions suivantes du TAC, et la réduction correlative du QI de chaque demandeur, a résulté en un enrichissement sans cause de la défenderesse pour lequel les demandeurs sont en droit d'être indemnisés :

2,701 t (15.7511%) of the 2003 TAC;

4,128 t (15.5188%) of the 2004 TAC;

5,038 t (15.5802%) of the 2005 TAC;

3,933 t (15.2035%) of the 2006 TAC.

2 701 t (15,7511%) du TAC de 2003;

4 128 t (15,5188%) du TAC en 2004;

5 038 t (15,5802%) du TAC en 2005;

3 933 t (15,2035%) du TAC en 2006.

C. REGARDING MISFEASANCE IN PUBLIC OFFICE

Financing of DFO operations

DECLARE that DFO committed the tort of misfeasance in public office for which the defendant is liable by using 400 t of snow crab in 2004, 480 t of snow crab in 2005 and 1,000 t of snow crab in 2006 to fund its operations, thereby causing injury to the plaintiffs for which they are entitled to compensation.

Rationalization

DECLARE that DFO committed the tort of misfeasance in public office for which the defendant is liable by allocating 15% of the TAC to new access fishers and associations from 2003 to 2006, thereby causing injury to the plaintiffs for which they are entitled to compensation.

Integration of Area 18

DECLARE that DFO committed the tort of misfeasance in public office for which the defendant is liable by allocating 4.7081% of the TAC to Area 18 fishers after 2003, thereby causing injury to the plaintiffs for which they are entitled to compensation.

Reduction in 2003 TAC

DECLARE that DFO committed the tort of misfeasance in public office for which the defendant is liable by reducing the TAC from 21,621 t to 17,148 t in 2003, thereby causing injury to the plaintiffs for which they are entitled to compensation.

Punitive damages

DECLARE that the plaintiffs are entitled to punitive damages.

C. À L'ÉGARD DE LA FAUTE DANS L'EXERCICE D'UNE CHARGE PUBLIQUE

Financement des opérations du MPO

DÉCLARER que le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique pour laquelle la défenderesse est responsable en utilisant 400 t de crabe des neiges en 2004, 480 t de crabe des neiges en 2005 et 1 000 t de crabe des neiges en 2006 pour financer ses opérations, causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils sont en droit d'être indemnisés.

Rationalisation

DÉCLARER que le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique pour laquelle la défenderesse est responsable en attribuant aux associations et à des pêcheurs de nouvel accès une portion de 15% du TAC de 2003 à 2006, causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils sont en droit d'être indemnisés.

Intégration de la Zone 18

DÉCLARER que le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique pour laquelle la défenderesse est responsable en attribuant aux pêcheurs de la zone 18 une portion de 4,7081% du TAC à compter de 2003, causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils sont en droit d'être indemnisés.

Réduction du TAC de 2003

DÉCLARER que le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique pour laquelle la défenderesse est responsable en réduisant de 21 621 t à 17 148 t le TAC en 2003, causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils sont en droit d'être indemnisés.

Dommages punitifs

DÉCLARER que les demandeurs sont en droit d'obtenir le versement de dommages punitifs.

[94] Counsel for the defendant objects to the plaintiffs supplementing the list of issues identified at the preliminary stage of the proceedings and asks the Court to rely on the joint document dated May 29, 2013.

[95] First, I do not believe that these two documents are necessarily mutually exclusive. From the issues identified, there generally arises a certain number of conclusions to which the Court arrives. Second, I am not bound by the suggestions of counsel in this regard and will make only those findings that, in my view, arise from the evidence and the arguments presented by the parties, within the limits of this first part of the split proceedings.

[96] That said, I will first address an objection to the evidence raised by the defendant during the proceedings, which I took under reserve. I will then comment on the nature of the plaintiffs' rights, their legitimate expectations, and the three alleged causes of action, namely expropriation, unjust enrichment and misfeasance in public office on the part of the Minister and DFO officials.

IV. Analysis

- A. *Preliminary issue: Objection to the filing of the Crown's notice of appeal in Haché v. The Queen, 2006-3736(IT)G (Exhibit 601) and of Appendix A of the outline of the plaintiffs' submissions in Canada v. Haché, A-44-10 (Exhibit 615)*

[97] These two pleadings pertain to Tax Court of Canada (TCC 2006-3736(IT)G; Exhibit 601) [*Haché v. The Queen*, 2010 TCC 10, 2010 D.T.C. 1042] and Federal Court of Appeal (A-44-10; Exhibit 615) [*Canada v. Haché*, 2011 FCA 104, [2011] 5 C.T.C. 37] decisions in a case pitting Gildard Haché, a traditional Area 12 crabber, against the Canada Revenue Agency, as a result of the former challenging a notice of assessment issued by the latter (*Haché* case). Gildard Haché is among the traditional crabbers who agreed to sell their fishing licences to DFO and abandon all privileges

[94] Les procureurs de la défenderesse s'opposent à ce que les demandeurs complètent la liste des questions en litige identifiées au stade préliminaire des procédures et demandent à la Cour de s'en tenir au document conjoint du 29 mai 2013.

[95] Dans un premier temps, je ne crois pas que ces deux documents soient nécessairement incompatibles. Des questions en litiges identifiées, il découle généralement un certain nombre de conclusions auxquelles la Cour en arrive. Par ailleurs, je ne suis pas liée par les suggestions des demandeurs à cet égard et je ne prononcerai que les conclusions qui, à mon avis, découlent de la preuve et des arguments présentés par les parties, dans les limites de cette première partie de l'instance scindée.

[96] Ceci dit, je me prononcerai d'abord sur une objection à la preuve soulevée par la défenderesse en cours d'instance, et que j'ai prise sous réserve. Je me prononcerai ensuite sur la nature des droits des demandeurs, sur leurs attentes légitimes et sur les trois causes d'action alléguées, soit l'expropriation, l'enrichissement sans cause et la faute du ministre et des fonctionnaires du MPO dans l'exercice de leurs fonctions.

IV. Analyse

- A. *Question préliminaire : Objection à la production de l'Avis d'appel de la Couronne dans le dossier Haché c. La Reine (2006-3736(IT)G (pièce 601)) et de l'Annexe A du Plan d'argumentation des demandeurs dans le dossier Canada c. Haché (A-44-10 (pièce 615))*

[97] Ces deux actes de procédure appartiennent aux dossiers de la Cour canadienne de l'impôt (CCI 2006-3736(IT)G; pièce 601) [*Haché c. La Reine*, 2010 CCI 10] et de la Cour d'appel fédérale (A-44-10; pièce 615) [*Canada c. Haché*, 2011 CAF 104] dans l'affaire ayant opposé Gildard Haché, un crabier traditionnel de la zone 12, à l'Agence du revenu du Canada, suite à la contestation par le premier d'un avis de cotisation émis par la seconde (dossier *Haché*). Gildard Haché est l'un des crabiers traditionnels ayant accepté de vendre son permis de pêche au MPO — ou encore de renoncer aux

associated with the licences in exchange for payment as part of the Marshall licence buyback program. The authenticity of these documents is admitted for the purposes of production, but the defendant objects to their production on the ground that they have no relevance in this case.

[98] Essentially, in these documents, the federal Crown argues that Gildard Haché's snow crab licence gave him [TRANSLATION] "the right to renew the licence year after year" and that [TRANSLATION] "[this] right to renew year after year is a right exclusive to the licence holder", which means that it constitutes [TRANSLATION] "eligible capital property related ... to the fishing enterprise" of the taxpayer (Exhibit 601, at page 639). The capital gain realized during the sale of this property is therefore taxable as such under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA).

[99] This evidence is relevant in this case, and despite the defendant's attempt to take before this Court a somewhat different position, namely, that the fishing licence confers on the holder only rights for the year during which it was issued, all of the evidence adduced at the hearing confirms, in regards to the right to renew and the exclusivity attached to the licence, the position taken by the Crown in the *Haché* case.

[100] However, the issue of whether the argument that it is property within the meaning of subsection 248(1) of the ITA, which was accepted by the Federal Court of Appeal, should have any impact on the characterization of the licence and of the rights that it confers for the purposes of the *Fisheries Act*, is entirely different. This is a question of law that cannot be the subject of an admission and that must be determined by this Court. In other words, this evidence is relevant only for the admissions of fact it contains. The defendant's objection to the evidence is therefore rejected.

B. *Nature of the rights and interests alleged by the plaintiffs underlying each cause of action*

privilèges découlant de son permis de pêche contre paiement — dans le cadre du programme de rachat de permis mis en place par l'Initiative Marshall. L'authenticité de ces documents est admise aux fins de production mais la défenderesse s'oppose à leur production au motif qu'ils n'ont aucune pertinence en l'instance.

[98] Essentiellement, la Couronne fédérale y plaide que le permis de pêche au crabe des neiges de Gildard Haché lui « accord[ait] [...] le droit de renouvellement du permis d'année en année » et que « [ce] droit de renouvellement d'année en année est un droit exclusif, qui appartient au titulaire de permis », de sorte qu'il constitue un « bien [...] en immobilisation admissible [...] afférent [...] à l'entreprise de pêche » du contribuable (pièce 601, à la page 639). Le gain en capital réalisé lors de la vente de ce bien est donc imposable comme tel en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (LIR).

[99] Cette preuve est pertinente en l'instance et bien que la défenderesse tente de prendre devant la Cour une position quelque peu différente — soit que le permis de pêche n'accorde au titulaire que des droits pour l'année au cours de laquelle il est émis, l'ensemble de la preuve présentée lors de l'audition confirme, quant au droit au renouvellement et à l'exclusivité attachés au permis, la position prise par la Couronne dans le dossier *Haché*.

[100] Toutefois, la question à savoir si l'argument à l'effet qu'il s'agit d'un bien au sens du paragraphe 248(1) de la LIR, lequel a été retenu par la Cour d'appel fédérale, devrait avoir un quelconque impact sur la qualification du permis et des droits qu'il confère au sens de la *Loi sur les pêches*, est tout autre. Il s'agit d'une question de droit qui ne peut faire l'objet d'une admission et qui doit être ici tranchée par la Cour. En d'autres termes, cette preuve est pertinente pour les admissions de faits qu'elle contient, sans plus. L'objection à la preuve de la défenderesse est donc rejetée.

B. *La nature des droits et intérêts allégués par les demandeurs à la source de chacune des causes d'action*

(1) Parties' positions

[101] At the outset, the plaintiffs submit that while the causes of action raised in support of this action are not new, this is the first time that a court that has the benefit of a full factual record has to determine, on the merits, the true nature of the rights of fishing licence holders in the context of an exclusive fishery with IQs.

[102] They rely heavily on the decisions of the Supreme Court of Canada in *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166 and of the Federal Court of Appeal in *Canada v. Haché*, 2011 FCA 104 [cited above] in an attempt to persuade the Court that a fishing licence is property that confers on its holder a property or quasi-property right in the IQ associated with it.

[103] They acknowledge that there is a great deal of case law where, whether in applications for judicial review of federal Crown activities or other proceedings brought against the Crown, the courts recognized the Minister's broad discretion under section 7 of the *Fisheries Act*. According to the plaintiffs, however, this case law does not preclude a favourable finding by the Court in regards to each of the causes of action raised.

[104] They argue that their rights vested in 1990, when the competitive fishery was transformed into an IQ fishery, with an IQ being assigned to each plaintiff or their assign. They cite portions of the Kirby Report and comments from the Minister at that time (the Honourable Pierre de Bané) to conclude that a quasi-property right in their IQs was conferred on traditional crabbers, that is, the right to obtain, year after year, a predetermined portion of the TAC announced by DFO. They argue that when the IQ policy was adopted, the fishery went from being common property to being individual and exclusive property and that, consequently, the policy transformed crabbers' licences into true commercial assets that can be inherited, sold or otherwise transferred.

1) Position des parties

[101] D'entrée de jeu, les demandeurs soutiennent que les causes d'action qu'ils invoquent au soutien de leur demande ne sont pas nouvelles, mais que c'est la première fois qu'une Cour, disposant d'un dossier factuel complet, est appelée à trancher au mérite la véritable nature des droits dont bénéficient les titulaires de permis de pêche, dans le contexte d'une pêche exclusive à contingent individuel.

[102] Ils s'inspirent largement des décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166 et par la Cour d'appel fédérale dans le dossier *Haché — Canada c. Haché*, 2011 CAF 104 [précité], pour tenter de convaincre la Cour qu'un permis de pêche est un bien qui confère à son titulaire un droit de propriété ou de quasi-propriété dans le QI qui y est associé.

[103] Ils reconnaissent qu'il existe une jurisprudence abondante où, que ce soit dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire des activités de la couronne fédérale ou d'autres recours entrepris contre la Couronne, les tribunaux ont plutôt reconnu la vaste discrétion accordée au ministre par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Selon les demandeurs, toutefois, cette jurisprudence ne fait pas obstacle à une conclusion favorable de la Cour à l'égard de chacune des causes d'action qu'ils soulèvent.

[104] Ils plaident que leurs droits se sont cristallisés en 1990, au moment où le MPO est passé d'une politique de pêche compétitive à une politique de pêche par contingent individuel et où un QI a été attribué à chacun des demandeurs ou à son ayant droit. Ils citent certains extraits du Rapport Kirby et commentaires du ministre de l'époque Pierre de Bané pour conclure qu'on a alors conféré aux crabiers traditionnels un droit de quasi-propriété dans le QI, c'est-à-dire le droit d'obtenir, d'année en année, une part prédéterminée du TPA annoncé par le MPO. Ils plaident que par cette nouvelle politique du MPO, la ressource halieutique est passée d'une propriété commune à une propriété individuelle et exclusive et que, partant, cette politique a transformé les permis des crabiers en de véritables actifs

[105] The defendant, in turn, argues that the plaintiffs' snow crab licences do not entitle them to a predetermined portion of the TAC, apart from what is granted to them by licence condition, for a given year. Relying on the legislation, regulations and ample case law, the defendant submits that fisheries are a common property resource, belonging to all Canadians, and that the Minister cannot abdicate his discretion to manage Canada's fisheries to issue commercial fishing licences for each fishery.

(2) Relevant legislation

[106] The relevant provisions of the *Fisheries Act* and the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 are as follows:

Fisheries Act

Fishery leases and licences

7 (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

Idem

(2) Except as otherwise provided in this Act, leases or licences for any term exceeding nine years shall be issued only under the authority of the Governor in Council.

Fees

8 Except where licence fees are prescribed in this Act, the Governor in Council may prescribe the fees that are to be charged for fishery or fishing licences.

...

commerciaux pouvant faire l'objet d'une succession, ou pouvant être vendus ou autrement cédés.

[105] La défenderesse, pour sa part, soutient que le permis de pêche au crabe des neiges des demandeurs ne leur confère pas un droit prédéterminé à une part du TPA, au-delà de ce qui leur est octroyé par condition de permis, pour une année donnée. Se fondant sur la législation et la réglementation et sur une abondante jurisprudence, ils plaident que la ressource halieutique est une propriété commune, appartenant à tous les Canadiens et que le ministre ne peut abdiquer la discrétion qui lui est conférée de gérer les pêches au pays et, pour ce faire, d'octroyer des permis de pêche commerciale à l'égard de chacune des pêcheries.

2) Dispositions législatives pertinentes

[106] Voici quelques dispositions pertinentes de la *Loi sur les pêches* et du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53 :

Loi sur les pêches

Baux, permis et licences de pêche

7 (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

Réserve

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'octroi de baux, permis et licences pour un terme supérieur à neuf ans est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil.

Droits

8 Le gouverneur en conseil peut fixer les droits exigibles pour les licences d'exploitation ou les permis de pêche à l'égard desquels aucun droit n'est déjà prévu par la présente loi.

[...]

Allocation of fish

10 (1) For the proper management and control of fisheries and the conservation and protection of fish, the Minister may determine a quantity of fish or of fishing gear and equipment that may be allocated for the purpose of financing scientific and fisheries management activities that are described in a joint project agreement entered into with any person or body, or any federal or provincial minister, department or agency.

Quantity in licence

(2) The Minister may specify, in a licence issued under this Act, a quantity of fish or of fishing gear and equipment allocated for the purpose of financing those activities....

Regulations

43 (1) The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations...

(f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

(g) respecting the terms and conditions under which a licence and lease may be issued;

Fishery (General) Regulations

Interpretation

2 In these Regulations,

...

document means a licence, fisher's registration card or vessel registration card that grants a legal privilege to engage in fishing or any other activity related to fishing and fisheries; (*document*)

...

Expiration of Documents

10 Unless otherwise specified in a document, a document expires

Allocation de poisson

10 (1) Le ministre peut, pour la gestion et la surveillance judicieuses des pêches et pour la conservation et la protection du poisson, déterminer une quantité de poisson ou d'engins et d'équipements de pêche pouvant être allouée en vue du financement des activités scientifiques et de gestion des pêches visées dans des accords de projets conjoints conclus avec toute personne ou tout organisme ou tout ministre, ministère ou organisme fédéral ou provincial.

Quantité visée par un permis

(2) Le ministre peut, sur le permis octroyé en vertu de la présente loi, indiquer la quantité de poisson ou d'engins et d'équipements de pêche allouée en vue de ce financement.

[...]

Rèlements

43 (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment :

[...]

f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;

g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux;

Règlement de pêche (disposition générales)

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

[...]

document Permis, carte d'enregistrement de pêcheur ou carte d'enregistrement de bateau accordant le privilège légal de pratiquer la pêche ou des activités relatives à la pêche et aux pêches en général. (*document*)

[...]

Date d'expiration des documents

10 Sauf indication contraire dans le document, celui-ci expire à l'une des dates suivantes :

(a) where it is issued for a calendar year, on December 31 of the year for which it is issued; or

(b) where it is issued for a fiscal year, on March 31 of the year for which it is issued.

...

Transfer of Documents and Rights and Privileges

16 (1) A document is the property of the Crown and is not transferable.

(2) The issuance of a document of any type to any person does not imply or confer any future right or privilege for that person to be issued a document of the same type or any other type.

...

Conditions of Licences

22 (1) For the proper management and control of fisheries and the conservation and protection of fish, the Minister may specify in a licence any condition that is not inconsistent with these Regulations or any of the Regulations listed in subsection 3(4) and in particular, but not restricting the generality of the foregoing, may specify conditions respecting any of the following matters:

(a) the species of fish and quantities thereof that are permitted to be taken or transported;

...

(g) the vessel that is permitted to be used and the persons who are permitted to operate it;

(3) *Saulnier* and *Haché*

[107] I agree with the defendant that these decisions are not determinative in this case and offer no relevant insight into the nature of the plaintiffs' rights.

[108] In *Saulnier*, the appellant, who had granted the respondent bank a general security agreement over all present and after acquired personal property, tangible and intangible, of the appellant, denied that his four fishing licences were property that could be seized by the trustee in bankruptcy. The Supreme Court of Canada, *per* Justice Binnie, held that a fishing licence constituted

a) le 31 décembre de l'année pour laquelle il a été délivré, s'il est délivré pour une année civile;

b) le 31 mars de l'année pour laquelle il a été délivré, s'il est délivré pour un exercice.

[...]

Transfert des documents et droits et privilèges

16 (1) Tout document appartient à la Couronne et est incessible.

(2) La délivrance d'un document quelconque à une personne n'implique ou ne lui confère aucun droit ou privilège futur quant à l'obtention d'un document du même type ou non.

[...]

Conditions des permis

22 (1) Pour une gestion et une surveillance judicieuses des pêches et pour la conservation et la protection du poisson, le ministre peut indiquer sur un permis toute condition compatible avec le présent règlement et avec les règlements énumérés au paragraphe 3(4), notamment une ou plusieurs des conditions concernant ce qui suit :

a) les espèces et quantités de poissons qui peuvent être prises ou transportées;

[...]

g) le bateau qui peut être utilisé et les personnes qui peuvent l'exploiter;

3) Arrêts *Saulnier* et *Haché*

[107] Je partage l'avis de la défenderesse selon lequel ces décisions ne sont pas déterminantes en l'instance et elles n'apportent pas un éclairage pertinent sur la nature des droits des demandeurs.

[108] Dans l'arrêt *Saulnier*, l'appelant, qui avait consenti une garantie générale visant la totalité de ses biens personnels, présents et futurs, matériels et immatériels, en faveur de la banque intimée, niait que ses quatre permis de pêche étaient des biens dont le syndic avait la saisine suite à sa faillite. La Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Binnie, a confirmé qu'un

property within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 (BIA) and the *Nova Scotia Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, c. 13 (PPSA). According to the Court, it is a major commercial asset that confers on the holder a right to engage in an exclusive fishery under the conditions imposed by the licence, and a property right in the fish harvested and the earnings from their sale. Given the specific purposes of the BIA and its broad definition of property in section 2, the bundle of rights thus conferred on the licence holder must be considered as property for the purposes of the BIA and the PPSA. Moreover, a fisher's other assets have little value without authorization to engage in commercial fishing. Consequently, in order for the purposes of the BIA to be achieved, Parliament needed to include this asset, which is not normally considered property at common law but is needed to operate a commercial fishing enterprise.

[109] However, Justice Binnie reassured the Attorney General of Canada and added that this holding should not be taken out of context (at paragraph 48):

Counsel for the Attorney General of Canada was greatly concerned that a holding that the fishing licence is property in the hands of the holder even for limited statutory purposes might be raised in future litigation to fetter the Minister's discretion, but I do not think this concern is well founded. The licence is a creature of the regulatory system. Section 7(1) of the *Fisheries Act* speaks of the Minister's "absolute discretion". The Minister gives and the Minister (when acting properly within his jurisdiction under s. 9 of the Act) can take away, according to the exigencies of his or her management of the fisheries. The statute defines the nature of the holder's interest, and this interest is not expanded by our decision that a fishing licence qualifies for inclusion as "property" for certain statutory purposes.

[110] This warning from Justice Binnie was well understood by the Federal Court of Appeal in *Kimoto v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 291, 32 Admin. L.R. (5th) 184. In that case, the appellants, Pacific salmon fishers, argued that the Canada-United States treaty stipulating that the United States would pay

permis de pêche est un bien au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (LFI) et de la *Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 13 (PPSA) de la Nouvelle-Écosse. Il s'agit, selon la Cour, d'un actif commercial important qui confère à son titulaire le droit de participer à une pêche exclusive, en conformité avec les conditions fixées par le permis, ainsi qu'un droit propriétaire dans les poissons capturés et dans les revenus tirés de leur vente. Compte tenu des objectifs précis de la LFI et de la définition large de bien que l'on retrouve à son article 2, le faisceau de droits ainsi conféré au titulaire du permis doit être considéré comme un bien pour les fins de l'application de la LFI et de la PPSA. Les autres actifs d'un pêcheur n'ont d'ailleurs que peu de valeur sans une autorisation de s'adonner à la pêche commerciale. En conséquence, pour que les objectifs de la LFI soient atteints, le législateur devait y assujettir cet élément d'actif, qui n'est généralement pas considéré comme un bien en common law, mais qui est nécessaire à l'exploitation d'une entreprise commerciale de pêche.

[109] Le juge Binnie juge toutefois bon de rassurer la procureure générale du Canada et d'ajouter que cette conclusion ne devait pas être prise hors de son contexte (au paragraphe 48) :

L'avocat du procureur général du Canada s'est beaucoup inquiété de la possibilité qu'une éventuelle conclusion portant que le permis de pêche est un bien de son titulaire, même aux fins limitées prévues par la loi, soit invoquée dans d'autres litiges pour limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre, mais j'estime que cette préoccupation n'est pas fondée. Le permis est une création du régime réglementaire. Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches* autorise le ministre à octroyer un permis « à discrétion ». Le ministre octroie les permis et il a le pouvoir de les révoquer (dans l'exercice régulier de sa compétence en application de l'art. 9) selon ce qu'exige sa gestion des pêches. La loi définit la nature de l'intérêt du titulaire du permis, et notre conclusion qu'un permis de pêche constitue un « bien » à certaines fins législatives n'élargit pas la portée de cet intérêt.

[110] Cette mise en garde du juge Binnie a été bien comprise par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Kimoto c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 291. Dans cette affaire, les demandeurs, des pêcheurs de saumon du Pacifique, plaidaient que le traité canado-américain prévoyant le versement par les États-Unis

\$30 million in exchange for a commitment by Canada to reduce Pacific salmon fishing effort constituted an expropriation of their rights without compensation. The Court stated as follows at paragraph 12 of its reasons:

Even if the Treaty permits the U.S. Fund to be used for a fishery-wide mitigation program, the appellants claim they have a property right in the fish that will now remain uncaught. This, they say, renders the program an expropriation which must be explicitly authorized by the FAA. In support of their argument, they rely on *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166 (*Saulnier*). In our view, this argument is ill-founded. The appellants' proposition is the antithesis of fisheries being the common property of all, a principle deeply ingrained in Canadian law. Moreover, *Saulnier* does not advance the appellants' argument. *Saulnier* addressed the question whether a fishing licence could fall within the statutory definition of "property" in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 and the *Nova Scotia Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, c. 13. In holding that it could, Justice Binnie, at paragraph 48, specifically cautioned that the ruling did not expand the nature of a licence holder's interest as defined in the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14 beyond the particular statutory context before the court. Consequently, this prong of the appellants' argument must fail.

[111] In *Haché*, the question, which is just as specific, was whether the \$2.5 million paid to the respondent by DFO as part of the Marshall licence buyback program was taxable as a capital gain. To answer this question, the Federal Court of Appeal had to determine whether a fishing licence constituted property within the meaning of the ITA, a question the Tax Court of Canada had previously answered in the negative. To counter the argument accepted by the trial Judge to the effect that Mr. Haché's licence could not constitute property because it had expired at the time of the transaction, Justice Trudel, like Justice Binnie in *Saulnier*, brought up the commercial reality in that industry. She stated that licences were in fact renewed from one year to the next and that departmental policy protected those who already held licences to promote industry stability. In

d'une somme de 30 millions de dollars en contrepartie d'un engagement du Canada de réduire l'effort de pêche au saumon du Pacifique équivalait à une expropriation de leurs droits sans compensation. Voici comment la Cour s'exprime au paragraphe 12 de ses motifs :

Les appelants soutiennent que, même si le Traité permet d'utiliser les Fonds américains dans le cadre d'un programme d'atténuation applicable à l'ensemble des pêches, ils sont titulaires d'un droit de propriété sur le poisson qui ne pourra ainsi plus être pêché. Ils affirment que le programme se traduit dans les faits par une expropriation et qu'une telle mesure doit être expressément autorisée par la Loi. À l'appui de leur argument, ils invoquent l'arrêt *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166 (*Saulnier*). À notre avis, cet argument est mal fondé. La thèse des appelants va directement à l'encontre du principe suivant lequel les pêches sont le bien commun de tous, un principe profondément enraciné dans le droit canadien. Par ailleurs, l'arrêt *Saulnier* n'appuie pas l'argument des appelants. L'affaire *Saulnier* portait sur la question de savoir si un permis de pêche pouvait répondre à la définition du mot « bien » prévue par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 et du mot « property » prévue par la *Nova Scotia Personal Property Security Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 13. En répondant par l'affirmative à cette question, le juge Binnie a bien pris soin de préciser que la conclusion qu'un permis de pêche constituait un « bien » n'avait pas pour effet d'élargir la portée du droit du titulaire du permis au sens de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14 au-delà des fins limitées prévues par la Loi dans le contexte de l'affaire dont la Cour était saisie. En conséquence, ce volet de l'argument des appelants échoue.

[111] Dans l'arrêt *Haché*, la question, toute aussi pointue, était de déterminer si la somme de 2,5 millions de dollars versée à l'intimé par le MPO, dans le cadre du programme de rachat de permis de l'Initiative Marshall, était imposable au titre d'un gain en capital. Pour répondre à cette question, la Cour d'appel fédérale devait déterminer si un permis de pêche est un bien au sens de la LIR, ce à quoi la Cour canadienne de l'impôt avait précédemment répondu par la négative. Pour contrer l'argument retenu par la juge de première instance selon lequel le permis de M. Haché étant expiré au moment de la transaction, il ne pouvait constituer un bien, la juge Trudel, à l'instar du juge Binnie dans l'arrêt *Saulnier*, évoque la réalité commerciale propre à ce secteur d'activité. Elle précise que les permis sont, dans les faits, renouvelés d'une année à l'autre, et que la

light of the evidence adduced, the Federal Court of Appeal simply concluded that based on the total amount paid by DFO, the parties had determined that the “[TRANSLATION] [a]sking price for full licence packet” did not take into account whether or not Mr. Haché’s licences were valid. Consequently, the parties were negotiating on property, and Mr. Haché was claiming this sum as consideration for the disposition of a [TRANSLATION] “right of any kind whatever” within the meaning of the ITA.

[112] I therefore conclude that the scope of these decisions is limited to the legislative context in which they were rendered. They do not apply in this case and are of no assistance in determining the nature of the interests conferred by a commercial fishing licence on its holder, in an IQ or in a predetermined portion of the TAC. Instead, I find it appropriate to turn to the relevant legislation and regulations and to the interpretation given to them by the courts. Just as in *Saulnier* and *Haché*, where the courts interpreted the BIA and the ITA in light of the specific purposes of these statutes, my task is to interpret the *Fisheries Act* in light of its intended purposes and those of the regulations thereunder.

[113] However, before I begin my analysis, I would add that I do not agree with the plaintiffs that when the fishery went from being a competitive fishery to being an IQ fishery, the Minister granted them an actual quasi-property right in the IQ assigned to each of them.

[114] First, the bundle of rights described by Justice Binnie in *Saulnier* covers a property right in the fish harvested and the earnings from their sale, not in a quota of uncaught fish. Even for the purposes of applying the BIA, the Supreme Court of Canada recognized that Canada’s fisheries were a common property resource.

[115] Second, as noted below, there is a distinction between a limited-entry policy—whether it is a competitive or an IQ fishery—which flows from the Minister’s broad duty to manage, conserve and develop the fishery,

politique du MPO protège les individus détenteurs de permis afin de favoriser la stabilité de l’industrie. À la lumière de la preuve présentée, la Cour d’appel fédérale conclut simplement que du montant total versé par le MPO, les parties ont déterminé que le « Prix demandé pour le paquet de licence au complet » ne tenait de toute façon pas compte de la validité ou non des permis de M. Haché. En conséquence, les parties transigeaient sur un bien et M. Haché réclamait cette somme en contrepartie de la disposition d’un « droit de quelque nature qu’il soit » au sens de la LIR.

[112] J’en conclus que ces décisions ont une portée limitée aux contextes législatifs dans lesquels elles ont été rendues. Ces décisions ne trouvent pas application dans le présent dossier et elles ne sont d’aucune aide pour déterminer la nature des intérêts conférés par un permis de pêche commercial à son titulaire, dans un QI ou dans une part prédéterminée du TPA. À mon avis, il faut plutôt se tourner vers la législation et la réglementation pertinente et vers l’interprétation que les tribunaux en ont donnée. Au même titre que dans les arrêts *Saulnier* et *Haché*, les tribunaux ont interprété la LFI et la LIR en fonction des objets spécifiques à ces lois, mais la tâche est d’interpréter la *Loi sur les pêches* en fonction des objectifs qu’elle vise et en fonction des objectifs visés par la réglementation adoptée sous son empire.

[113] J’ajouterais toutefois, avant de passer à cette analyse, que je ne partage pas non plus l’opinion des demandeurs à l’effet qu’au moment de passer d’une pêche compétitive à une pêche par QI, le ministre leur a accordé un véritable droit de quasi-propiété dans le QI qui leur a été attribué.

[114] D’abord, le faisceau de droits décrit par le juge Binnie dans l’arrêt *Saulnier* couvre un droit propriétaire dans le poisson capturé et dans les revenus qu’il génère et non dans un quelconque contingent de poissons non capturés. Même pour les fins de l’application de la LFI, la Cour suprême du Canada a reconnu que la ressource halieutique demeurait un bien commun.

[115] Par ailleurs, et tel qu’indiqué plus bas, il faut éviter de confondre entre une politique de pêche à accès limité, qu’elle soit compétitive ou par QI, qui découle d’un vaste devoir imposé au ministre de gérer, de

and the granting of a quasi-property right in this resource. While a DFO policy may favour the plaintiffs in that it provides for exclusive access to the snow crab fishery, this policy is a simple management measure that does not grant the plaintiffs any property rights in the resource or any vested right to any portion of the TAC.

(4) Nature of the rights under a fishing licence

[116] The courts have had many opportunities to formulate and follow the golden rule applicable in fishery matters, and it justifies the broad interpretation that must be given to the Minister's discretion under section 7 of the *Fisheries Act*: "Canada's fisheries are a 'common property resource'" and "it is the Minister's duty to manage, conserve and develop the fishery on behalf of Canadians in the public interest (s. 43). Licensing is a tool in the arsenal of powers available to the Minister under the *Fisheries Act* to manage fisheries. It restricts the entry into the commercial fishery, it limits the numbers of fishermen, vessels, gear and other aspects of commercial fishery" (*Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, at paragraph 37).

[117] In several regions of Canada, fishing is an important economic activity; it generates many local jobs and economic benefits, and fish are an essential part of Canadians' diets. So the purpose of the overall policy of the *Fisheries Act* is to make the best use of this resource, or to use it in a way that advances not only these economic objectives, but also the profitability of the different fleets and the long-term conservation and protection of the resource—a tricky balance to strike.

[118] In order to achieve this balance, the Minister has a broad discretion, and the courts will not interfere in the exercise of that discretion unless the Minister acted in bad faith, violated the principles of natural justice where their application is required, or relied on

conserver et de développer la ressource halieutique, et l'octroi d'un droit de quasi-propiété dans cette ressource. Bien qu'une politique du MPO puisse favoriser les demandeurs en ce qu'elle prévoit qu'ils ont un accès exclusif à la pêche au crabe des neiges, cette politique est une simple mesure de gestion qui n'octroie aux demandeurs aucun droit de propriété dans la ressource ou droit acquis à une part quelconque du TPA.

4) Nature des droits conférés par un permis de pêche

[116] Les tribunaux ont eu maintes occasions de formuler et de suivre la règle d'or applicable en matière de pêche, laquelle justifie l'interprétation large qu'il faut donner au pouvoir discrétionnaire accordé au ministre par l'article 7 de la *Loi sur les pêches* : « Les ressources halieutiques du Canada sont un bien commun » que le « Ministre a l'obligation de gérer, conserver et développer [...] au nom des Canadiens et dans l'intérêt public (art. 43). Les permis sont un outil dans l'arsenal de pouvoirs que la *Loi sur les pêches* confère au Ministre pour gérer les pêches. Ils permettent de restreindre l'accès à la pêche commerciale, de limiter le nombre de pêcheurs et de navires et d'imposer des restrictions quant aux engins de pêche utilisés et à d'autres aspects de la pêche commerciale » (*Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, au paragraphe 37).

[117] Pour plusieurs régions du Canada, la pêche constitue une activité économique importante; elle génère plusieurs emplois locaux et retombées économiques, et son fruit est une partie intégrante de l'alimentation des Canadiens. La politique globale de la *Loi sur les pêches* vise donc à optimiser l'exploitation de cette ressource, ou encore à trouver ce difficile équilibre entre une exploitation qui favorise à la fois ces objectifs économiques, la rentabilité des différentes flottilles et la conservation et protection de la ressource à long terme.

[118] Dans la recherche de cet équilibre, le ministre jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire et les tribunaux n'interviendront dans l'exercice de cette discrétion que si le ministre agit de mauvaise foi, en violation des principes de justice naturelle lorsqu'applicable, ou en se

considerations that are irrelevant or extraneous to the statutory purpose (*Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Comeau's Sea Foods*, above, at paragraph 36; *Molaison v. Canada* (1993), 73 F.T.R. 253 (F.C.T.D.), at paragraph 57; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), at paragraph 28; *Association des crevettiers acadiens du Golfe Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 305, 385 F.T.R. 302, at paragraph 60).

[119] It is true that the evidence unequivocally shows that after the adoption of the IQ policy, the plaintiffs' licences were renewed year after year, subject to simple administrative formalities, and that these licences were subject to the same IQs as those issued to the plaintiffs after 1990. However, even though these IQs remained unchanged, the absolute number of tonnes of snow crab to which the plaintiffs were entitled fluctuated considerably after 1990. It depended on the TAC, which is set annually by the Minister based on not only the estimated biomass but also the management decisions made by the Minister after 1995, such as the decisions to issue temporary licences to groundfish fishers and First Nations, to integrate Areas 25 and 26 into Area 12, and to allocate for experimental or co-management purposes.

[120] Therefore, even though the plaintiffs' licences were renewed year after year, this does not give them a vested right to renew subject to predetermined conditions, or a vested right to a predetermined quantity of fish.

[121] In the concurring reasons of Justice Pelletier in *Canada (Attorney General) v. Arsenaault*, 2009 FCA 300, 1 Admin. L.R. (5th) 91, this principle is articulated a little more clearly at paragraph 57: "The crabbers had no legal right to any particular amount of quota. This flows from the nature of fishing licences, in respect of whose issuance the Minister has the broadest discretion".

[122] This statement applies to the plaintiffs without any possible distinction because in *Arsenaault*, the

fondant sur des considérations non pertinentes ou contraires aux objectifs de la loi (*Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Comeau's Sea Foods*, précitée, au paragraphe 36; *Molaison c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 1409 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 57; *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), au paragraphe 28; *Association des crevettiers acadiens du Golfe Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 305, au paragraphe 60).

[119] Il est vrai que la preuve démontre de façon non équivoque qu'à partir de l'adoption par le ministre de la politique de QI, les permis des demandeurs ont été renouvelés d'année en année, moyennant de simples formalités administratives, et que ces permis étaient assortis des mêmes QI que ceux octroyés aux demandeurs à compter de 1990. Toutefois, même si ces QI sont demeurés inchangés, le nombre absolu de tonnes métriques de crabe des neiges auxquelles les demandeurs ont eu droit a fluctué sensiblement au cours de la même période. Il a fluctué d'abord en fonction du TPA fixé annuellement par le ministre — qui lui est fonction de la biomasse estimée, mais également en fonction de décisions de gestion prises par le ministre à compter de 1995, soit celle d'émettre des permis temporaires aux pêcheurs de poisson de fond et aux Premières Nations, ou encore par l'intégration des zones 25 et 26 dans la zone 12, ou par des allocations expérimentales ou de cogestion.

[120] Ainsi, bien que dans les faits les permis des demandeurs ont été renouvelés d'année en année, cela ne leur confère pas un droit acquis au renouvellement à des conditions prédéterminées, ou dans une quantité prédéterminée de poissons.

[121] Dans les motifs concurrents rendus par le juge Pelletier dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Arsenaault*, 2009 CAF 300, le principe est énoncé un peu plus clairement au paragraphe 57 : « Les pêcheurs de crabe n'avaient aucun droit reconnu à un quelconque quota. Ceci découle de la nature des permis de pêche, relativement à la délivrance desquels le ministre détient un pouvoir discrétionnaire considérable ».

[122] Cet énoncé s'applique aux demandeurs sans distinction possibles puisque les intimés, dans l'affaire

respondents were none other than Areas 25 and 26 snow crab fishers who were challenging the 2006 Management Plan for Snow Crab Areas 12, 18, 25 and 26 and who wanted to be paid their share of the \$37.4 million of financial assistance provided under the Marshall Initiative, without having to sign the release requested by Department officials. They were in the same situation as the plaintiffs in that their licences had been renewed year after year and they had had the same IQs since the adoption of that policy in their areas. Leave to appeal that decision was denied by the Supreme Court of Canada.

(5) Plaintiffs' legitimate expectations

[123] The plaintiffs submit that the implementation of a policy, in favour of a small group of fishers, for issuing renewable IQ licences, created a legitimate expectation on their part that the Minister would never unilaterally add new licence holders. They add that if that had not been their understanding of their rights under such a system, they would never have agreed to help fund DFO's management and research activities through the various joint project agreements entered into over the years. They also add that the Minister reinforced their legitimate expectations by issuing, from 1995 to 2003, only temporary licences and by taking great care to inform their holders that they were not entitled to renew for the next year.

[124] First, I find it difficult to see how the Act and the regulations thereunder can justify the distinction that the Minister and the plaintiffs in this action are seeking to make between a temporary fishing licence and one that is permanent or renewable year after year. This distinction can only be derived from the limited-entry policy in force at the material time. Again, policies are not immutable; in order for the Minister to be able to retain his broad discretion to manage fisheries, it must be possible to amend them as needed, and they cannot give rise to a right for the plaintiffs (*Maple Lodge Farms*, above).

Arsenault, sont nuls autres que les pêcheurs traditionnels de crabe des neiges des zones 25 et 26, qui contestaient le plan de pêche de 2006 pour les zones 12, 18, 25 et 26 et désiraient recevoir leur quote-part du 37,4 millions de dollars restant de l'Initiative Marshall, sans avoir à signer la quittance que le ministre tentait de leur imposer. Ils se trouvaient donc dans la même situation que les demandeurs quant au fait que leurs permis étaient renouvelés d'année en année et qu'ils bénéficiaient du même QI depuis l'implantation de cette politique dans leurs zones. La demande de pourvoi contre cette décision a été rejetée par la Cour suprême du Canada.

5) Les attentes légitimes des demandeurs

[123] Les demandeurs soutiennent que la mise en place d'une politique d'émission, en faveur d'un groupe restreint de pêcheurs, de permis de pêche renouvelables assortis d'un QI, a créé chez eux une attente légitime à ce que le ministre n'ajoute jamais, unilatéralement, de nouveaux titulaires de permis. Ils ajoutent que si cela n'avait pas été leur compréhension des droits dont ils bénéficiaient dans un tel système, jamais ils n'auraient accepté de contribuer, par les diverses ententes de projet conjoint conclues à travers les années, au financement des activités de gestion et de recherche du MPO. Ils ajoutent également que le ministre a renforcé leurs attentes légitimes en n'émettant, de 1995 à 2003, que des permis de pêche temporaires et en prenant grand soin d'informer leurs titulaires qu'ils n'avaient aucun droit au renouvellement pour l'année suivante.

[124] D'abord, je vois difficilement comment la loi et les règlements d'application peuvent justifier la distinction que le ministre, et les demandeurs dans le présent recours, tentent de faire entre un permis de pêche temporaire et un permis de pêche permanent ou renouvelable d'année en année. Cette distinction ne peut découler que de la politique d'accès limité du ministre, en vigueur au moment des faits. À nouveau, une politique n'est pas immuable; pour que le ministre puisse conserver son vaste pouvoir discrétionnaire de gérer les pêches, elle doit pouvoir être modifiée au besoin, et elle ne peut être source de droit pour les demandeurs (*Maple Lodge Farms*, précitée).

[125] Second, expectations, however legitimate they may be, cannot generate or create substantive rights or form the basis for an action in damages (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 97; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at paragraph 68; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at paragraphs 78 and 79). Again, if the choice of a fisheries management policy by the Minister had the effect of creating legitimate expectations giving rise to substantive rights, this would negate the discretion conferred on the Minister by statute.

[126] In other words, the plaintiffs could not be unaware of the law, and the evidence clearly shows that they were cognizant of it.

(a) *Use of the expression [TRANSLATION] “quasi-property right”*

[127] Gastien Godin, former executive director of the APPA, was called to testify for the defendant in this case. He said that over the years he had warned association members numerous times that the Minister could, at any time and in his sole discretion, issue new crab fishing licences. The plaintiffs urge me to find this testimony not to be credible, and refer me to a number of letters or presentations written by Mr. Godin (Exhibits 188, 676 and 677) in which he himself describes the plaintiffs’ interests in their IQs as a quasi-property right.

[128] With respect, I do not believe that these written materials are sufficient to set aside Mr. Godin’s testimony. Mr. Godin is not the one who came up with the expression [TRANSLATION] “quasi-property right”, used to describe the interests of traditional fishers in their IQs. The evidence shows that this expression was used for the first time in the 1982 Kirby Report (Exhibit 27, pages 87 and 89) and that it was subsequently used by Minister Pierre de Bané in a February 17, 1983 press release in which he announced that he would engage in consultations with industry (Exhibit 28, pages 6 and 7).

[125] Par ailleurs, les attentes, aussi légitimes soient-elles, ne génèrent ni ne créent de droits substantifs et elles ne peuvent servir de fondement à un recours en dommages et intérêts (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 97; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 68; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, aux paragraphes 78 et 79). À nouveau, si le choix d’une politique de gestion des pêches par le ministre avait pour effet de créer des attentes légitimes génératrices de droits substantifs, cela aurait pour effet d’annihiler la discrétion que la loi accorde au ministre.

[126] En d’autres termes, les demandeurs ne pouvaient ignorer la loi et la preuve démontre assez clairement qu’ils ne l’ignoraient pas.

a) *Utilisation de l’expression « droit de quasi-propiété »*

[127] Gastien Godin, ancien directeur général de l’APPA, a été appelé à témoigner pour la défenderesse dans cette affaire. Il a fait état de plusieurs mises en garde qu’il aurait données aux pêcheurs de son association, au cours des années, à l’effet que le ministre pouvait, en tout temps et à son entière discrétion, émettre de nouveaux permis de pêche au crabe. Les demandeurs m’invitent à juger ce témoignage comme non crédible et ils me réfèrent à un certain nombre de lettres ou textes de présentations émanant de M. Godin (pièces 188, 676 et 677), dans lesquels il qualifie lui-même les intérêts des demandeurs dans leur QI de droit de quasi-propiété.

[128] Avec respect, je ne crois pas que ces écrits soient suffisants pour écarter le témoignage de M. Godin. Le terme « droit de quasi-propiété », utilisé pour qualifier les intérêts des pêcheurs traditionnels dans leur QI, n’a pas été inventé par M. Godin. La preuve démontre que cette expression a été utilisée pour la première fois dans le Rapport Kirby en 1982 (pièce 27, pages 87 et 89) et qu’elle a été reprise par le ministre Pierre de Bané lors d’un communiqué de presse du 17 février 1983, dans lequel il annonçait qu’il entreprendrait des consultations auprès de l’industrie (pièce 28, pages 6 et 7).

[129] First, the use of this expression does not give rise to a right; it is up to Parliament to modify the nature and scope of the rights conferred by a fishing licence issued under section 7 of the *Fisheries Act*.

[130] Second, a careful reading of these documents suggests that the use of this expression relates more to a change in culture than to a change in the nature or scope of traditional fishers' rights. The idea was to make fishers accountable. The Minister wrote:

By assuring each fisherman that he has a clear right to a specified amount of fish, we would be able to put an end to the destructive effects of the annual race for the fish—the most negative consequence of the common property problem.

[131] The point of implementing such a policy is clear here. It is also clear that the Minister was using the concept of common property in a different sense than it is used by the courts to describe fisheries. He was referring to the property (the TAC set annually) belonging to all fishers holding limited-entry licences (and not belonging to all Canadians).

[132] As explained by Pat Chamut, Assistant Deputy Minister, Fisheries Management from 1994 to 2003, the point of implementing an IQ system is not to give more rights to fishers who already have access to a given fishery (testimony of February 1, 2016, at pages 39 and 40):

Because if you have—if you just have an overall quota, and you've got—let's say you've got 20 boats that can catch that quota, what they will do is each boat will try to out-fish their neighbour. And so what you have to do—that's why you need to get down to the level of individual quotas because otherwise you'll have the fishermen trying to race each other to catch the fish, which means higher cost to them, more threats to conservation, and a very poorly managed fishery.

[133] That said, several pieces of evidence show that the plaintiffs did not have a legitimate expectation that the Minister would never issue new Area 12 snow crab

[129] Premièrement, l'utilisation de cette expression n'est pas génératrice de droit; il appartient au législateur de modifier la nature et l'étendue des droits qu'accorde un permis de pêche émis en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*.

[130] Deuxièmement, une lecture attentive de ces documents laisse entendre que cette expression est utilisée pour expliquer davantage un changement de culture qu'un changement dans la nature ou l'étendue des droits des pêcheurs traditionnels. L'idée était plutôt de responsabiliser les pêcheurs. Voici comment le ministre s'exprime :

[TRADUCTION] En assurant à chaque pêcheur le droit à un montant déterminé de poisson, nous pourrions mettre fin aux effets destructifs qu'engendre la course annuelle pour le poisson – la conséquence la plus négative du problème du bien commun.

[131] On comprend bien ici l'objectif de la mise en place d'une telle politique. On comprend également que la notion de bien commun est utilisée par le ministre dans un sens différent de celui utilisé par les tribunaux pour décrire la ressource halieutique. Il parle du bien (le TPA établi annuellement) commun aux pêcheurs détenteurs d'un permis de pêche, dans une pêche à accès limité (et non commun à tous les Canadiens).

[132] Comme l'explique Pat Chamut, sous-ministre adjoint — Gestion des pêches de 1994 à 2003, la raison d'être de l'instauration d'un système de QI n'est pas d'accorder davantage de droits aux pêcheurs qui ont déjà un accès à une pêche donnée (témoignage du 1^{er} février 2016, aux pages 39 et 40) :

[TRADUCTION] Parce que si vous avez – si vous détenez seulement un quota global, et vous avez – supposons que vous avez 20 bateaux qui peuvent pêcher ce quota, ce qui se produira, c'est que chaque bateau tentera d'en pêcher plus que son voisin. Donc ce qu'il faut faire – il faut s'en remettre aux quotas individuels parce qu'autrement, vous aurez les pêcheurs qui se font la course pour pêcher le poisson, ce qui leur coûtera plus cher, engendrera plus de menaces à la conservation, et mènera à une pêcherie très mal gérée.

[133] Ceci dit, plusieurs éléments de preuve démontrent que les demandeurs n'avaient pas d'attente légitime à ce que le ministre n'émette jamais de nouveaux permis

licences. Rather, the evidence shows that they knew that it was a real possibility and that their fear of this happening influenced some of the decisions they made.

(b) *Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada*

[134] The Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada (Exhibit 58) came into effect in January 1989. This policy, which was the subject of much discussion among fishers' associations, stated that the number of licences issued would be limited on the basis of biological and economic considerations for as long as it remained in effect. It also stated that no new licences would be issued until the biomass had increased by 10 percent. According to Gastien Godin, he explained to association members, when he showed them this new policy, and many other times, that the fish did not belong to them and that a commercial fishing licence was a privilege afforded to a small group of individuals, even though it also gave them certain rights.

(c) *Pressure from cod fishers to share the resource*

[135] Beginning in 1993, there was a growing disparity between the revenue generated by the crab fishery and that generated by other fisheries, particularly the groundfish fishery. As the snow crab resource and snow crab prices were increasing, traditional crabbers were under pressure from their cod and lobster fisher colleagues to share the resource with them. They demanded that licences be issued in their favour. Traditional crabbers were concerned about this growing pressure, and the possibility of new licences being issued in the event of a 10 percent biomass increase was always on their minds. They set up a wealth sharing system specifically to keep that possibility from becoming a reality. The plaintiffs even admitted that when the eastern New Brunswick advisory committee met on January 15, 1993, crabbers repeated a rumour that new Area 12 crab licences might be issued that year. And when the APPA

de pêche au crabe des neiges dans la zone 12. La preuve démontre plutôt qu'ils savaient qu'il s'agissait là d'une réelle possibilité et que leur crainte que cette possibilité se matérialise a influencé certaines décisions qu'ils ont prises.

b) *La Politique d'émission des permis pour la pêche commerciale dans l'est du Canada*

[134] La Politique d'émission des permis pour la pêche commerciale dans l'est du Canada (pièce 58) est entrée en vigueur en janvier 1989. Cette politique, qui a fait l'objet de nombreuses discussions au sein des associations de pêcheurs, prévoyait que tant qu'elle serait en vigueur, le nombre de permis serait limité en fonction de considérations biologiques et économiques. Elle précisait qu'aucun nouveau permis ne serait émis tant qu'il n'y aurait pas une augmentation de 10 p. 100 de la biomasse. Gastien Godin affirme qu'il a expliqué aux pêcheurs de son association, lorsqu'il leur a présenté cette nouvelle politique, comme à bien d'autres moments, que le poisson ne leur appartenait pas et qu'un permis de pêche commerciale était un privilège accordé à un groupe restreint d'individus et ce, bien qu'il leur accordait également certains droits.

c) *Pression des morutiers pour un partage de la ressource*

[135] À compter de 1993, il y avait de plus en plus de disparité entre les revenus générés par la pêche au crabe et ceux générés par d'autres pêcheries, particulièrement par la pêche au poisson de fond. Les crabiers traditionnels subissaient la pression de leurs collègues morutiers et homardiers pour que la ressource de crabe des neiges — qui tout comme son prix était croissante — soit partagée avec eux. Ils demandaient l'émission de permis en leur faveur. Les crabiers traditionnels étaient inquiets de cette pression grandissante et avaient toujours en tête la possibilité d'émission de nouveaux permis advenant une augmentation de 10 p. 100 de la biomasse. Dans le but justement d'éviter l'émission de nouveaux permis de pêche, ils ont mis sur pied un système de partage de la richesse. Les demandeurs ont même admis que lors de la réunion du Comité consultatif du secteur est du Nouveau-Brunswick du 15 janvier 1993, les crabiers ont

met on February 14, 1994, Robert Haché said: [TRANSLATION] “We have a goal, and it’s to keep new licences from being issued” (Exhibit 131, page 3). If the plaintiffs had truly believed that it was impossible for the Minister to increase fishing effort, they would not have feared that new licences would be issued.

(d) *1993 five-year fishing plan*

[136] The 1993 fishing plan stated that for the five years it would be in effect, no changes could be made to it until the TAC had increased by more than 10 percent. The APPA was pleased with this fishing plan because it ensured some stability for a five-year period. According to Gastien Godin, upon learning that the TAC would increase significantly in 1994, he warned members that this could mean that new licences would be issued (testimony of March 1, 2016, pages 123–125 and testimony of March 2, 2016, pages 132–133 and 138–139).

[137] When APPA crabber owner-operators met on February 17, 1995, they discussed an offensive strategy to deal with the issue of Prince Edward Island fishers wanting so-called permanent crab licences (Exhibit 133, page 5). On April 22, 1994, they agreed to submit an agreement proposal to DFO that was conditional on no new licences being issued (Exhibit 142, page 3).

[138] When APPA crabber owner-operators met on April 27, 1994, Robert Haché admitted: [TRANSLATION] “[C]urrently there is no minister who can guarantee ... that new licences will not be issued in future” (Exhibit 145, page 3). It is true that at the hearing, Robert Haché tried to minimize the impact of what he had said at the meetings by saying that he had been referring to temporary licences, not permanent ones. Again, this distinction flows from a management policy from the Minister, not from the *Fisheries Act* or the regulations thereunder, and there is nothing in the various

soulevé le fait qu’une rumeur circulait à l’effet qu’il pourrait y avoir émission de nouveau permis de pêche au crabe dans la zone 12 pour l’année 1993. Robert Haché l’a bien dit lors de la réunion du 14 février 1994 des membres de l’APPA : « On a un objectif, c’est de contrer les nouveaux permis, mentionne Robert » (pièce 131, page 3). Si les demandeurs avaient cru qu’il était impossible pour le ministre d’augmenter l’effort de pêche, ils n’auraient pas eu à craindre l’émission de nouveaux permis.

d) *Plan de pêche quinquennal de 1993*

[136] Le Plan de pêche de 1993 prévoit que pour les cinq années au cours desquelles il sera en vigueur, il ne pourra être modifié que si le TPA connaît une augmentation de plus de 10 p. 100. Les membres de l’APPA étaient satisfaits de ce Plan de pêche puisqu’il assurait une certaine stabilité pour une période de cinq ans. Gastien Godin dit avoir avisé ses membres, lorsqu’il a su que le TPA allait augmenter de façon significative en 1994, que cela pouvait vouloir dire l’émission de nouveaux permis (témoignage du 1^{er} mars 2016, pages 123 à 125 et témoignage du 2 mars 2016, pages 132 à 133 et 138 à 139).

[137] Lors de la réunion des capitaines-propriétaires crabiers de l’APPA, tenue le 17 février 1995, on a discuté de stratégie offensive face à la demande des pêcheurs de l’Île-du-Prince-Édouard d’obtenir des permis de pêche au crabe dits permanents (pièce 133, page 5). Le 22 avril 1994, ils se sont entendus pour soumettre une proposition d’entente au MPO, laquelle était conditionnelle à ce qu’aucun nouveau permis ne soit émis (pièce 142, page 3).

[138] Lors de la réunion du 27 avril 1994 des capitaines-propriétaires crabiers, Robert Haché a reconnu « qu’il n’y a aucun ministre actuellement qui peut garantir [...] qu’il n’y aura pas de nouveaux permis dans l’avenir » (pièce 145, page 3). Il est vrai que lors de l’audition, Robert Haché a tenté de minimiser l’impact des propos que les comptes rendus de réunions lui imputent, en indiquant qu’il faisait alors référence à des permis temporaires et non à des permis permanents. À nouveau, cette distinction découle d’une politique de gestion du ministre et non de la *Loi sur les pêches* ou de

policies adopted by DFO that would fetter the Minister's discretion. In any event, when confronted about his letter of response to the representative of the Cape Breton Gulf Region Fishermen's Association (Exhibit 173), Mr. Haché at least admitted that he had known since 1995 that the association in question wanted permanent access (testimony of February 10, 2016, page 95).

(e) *The various joint project agreements*

[139] The plaintiffs submit that if they had not had a legitimate expectation that the Minister would not issue new Area 12 crab licences, they would never have agreed to help fund DFO's management and research activities. In my view, the evidence rather shows that they agreed to such an involvement in DFO activities specifically in exchange for temporary commitments by the Minister not to issue new, so-called permanent licences.

[140] The 1995 Joint Project Agreement (Exhibit 171) was entered into when AFAP expired. The plaintiffs found it advantageous in that the information from the trawl survey would allow them to make the best use of the biomass, get a better TAC, and know the location of the biomass. There was also the improved soft-shell crab protocol, which provided for the closure of a smaller fishing area as soon as the percentage of soft-shelled crab in catches exceeded 20. Even though traditional crabbers failed to link this agreement to management of the fishery, they wanted it to pave the way for a fishing plan that would benefit them (March 1, 2016, testimony of Gastien Godin, page 155).

[141] Instead, the Minister unilaterally introduced temporary sharing in 1995. As a result of that decision, the 1995 Joint Project Agreement, which was supposed to last until March 31, 2000, lasted only one season, terminated by frustrated traditional crabbers (February 10, 2016, testimony of Robert Haché, pages 117 and 118, and January 19, 2016, testimony of Rhéal Vienneau,

ses règlements d'application, et rien dans les diverses politiques adoptées par le MPO n'est de nature à limiter la discrétion du ministre. Quoiqu'il en soit, M. Haché a admis, à tout le moins lorsque confronté à sa lettre de réponse au représentant de la Cape Breton Gulf Region Fishermen's Association (pièce 173), qu'il savait dès 1995 que les membres de cette association revendiquaient effectivement un accès permanent (témoignage du 10 février 2016, page 95).

e) *Les diverses ententes de projet conjoint*

[139] Les demandeurs soumettent que s'ils n'avaient pas eu d'attente légitime à ce que le ministre n'émette pas de nouveaux permis de pêche au crabe dans la zone 12, ils n'auraient jamais accepté de participer au financement des activités de gestion et de recherche du MPO. Je suis plutôt d'avis que la preuve démontre qu'ils ont justement accepté de participer de la sorte dans les activités du MPO, en contrepartie d'engagements temporaires du ministre de ne pas émettre de nouveaux permis dits permanents.

[140] L'Entente de projet conjoint — 1995 (pièce 171) a été conclue au moment de l'expiration du programme PAPA. Les demandeurs y voyaient un avantage en ce que les informations provenant du relevé au chalut leur permettaient d'optimiser l'exploitation de la biomasse, d'obtenir un TPA plus avantageux et de connaître les endroits où se trouvait la biomasse. Ils bénéficiaient également d'un programme de crabes blancs amélioré puisqu'en cas de dépassement du 20 p. 100 de crabes blancs, une plus petite zone de pêche était fermée. Malgré que les crabiers traditionnels n'aient pas réussi à lier cette entente à la gestion de la pêche, ils souhaitaient qu'elle favorise un plan de pêche qui leur serait avantageux (témoignage de Gastien Godin du 1^{er} mars 2016, page 155).

[141] La réalité en a été toute autre puisque le ministre a unilatéralement introduit le partage temporaire en 1995. En conséquence de cette décision, l'Entente de projet conjoint — 1995, qui devait durer jusqu'au 31 mars 2000, n'a duré qu'une saison; les crabiers traditionnels frustrés y ont mis fin (témoignage de Robert Haché du 10 février 2016, pages 117 et 118 et

page 174). Specifically, traditional crabbers terminated the 1995 Joint Project Agreement because of the Minister's decision to issue temporary licences, and they never recognized that the agreement was separate from management (April 10, 2016, testimony of Robert Haché, pages 118 and 119).

[142] This confirms that the plaintiffs signed the agreement in exchange for what they believed was an implied commitment by the Minister not to issue new licences for the duration of the agreement; they did not agree to fund DFO activities because they had a legitimate expectation that the Minister would never issue new licences.

[143] This is all the more clear when one looks at the agreement proposal negotiated in 1996, which the Minister refused to sign, and the 1997 Joint Project Agreement.

[144] The 1996 agreement proposal (Exhibits 214, 216.1 and 217) stated that traditional crabbers' commitment was directly or indirectly conditional on the Minister restricting his discretion to issue new licences to below a break-even point for traditional crabbers, set for 1996 and 1997.

[145] Though DFO made timid attempts to split the 1997 Joint Project Agreement into two parts (Exhibits 241 and 250) (this is discussed more fully below), it also linked management of the resource, including allocations and sharing arrangements, to traditional crabbers' commitments to fund DFO activities.

[146] I therefore conclude that the plaintiffs in fact never believed that the Minister would not issue new Area 12 snow crab licences, though they certainly hoped it would never happen. Already in 1993 and 1994, they expected the Minister to share the resource with other fishers, mainly groundfish fishers, and they took many steps to keep that from happening. In other words, they had no real expectations, whether legitimate or not, in this regard.

de Rhéal Vienneau du 19 janvier 2016, page 174). Robert Haché confirme que les crabiers traditionnels ont mis fin à l'Entente de projet conjoint — 1995 à cause de la décision du ministre d'émettre des permis temporaires et qu'ils n'ont jamais reconnu que l'entente était dissociée de la gestion (témoignage du 10 avril 2016, pages 118 et 119).

[142] Cela confirme que les demandeurs se sont engagés en contrepartie de ce qu'ils croyaient être un engagement implicite du ministre de ne pas émettre de nouveaux permis pendant la durée de l'entente, et non qu'ils ont accepté de financer les activités du MPO parce qu'ils avaient des attentes légitimes à ce que le ministre n'émette jamais de nouveaux permis.

[143] Cette conclusion s'impose encore plus clairement lorsque l'on examine le projet d'entente négocié en 1996, que le ministre a refusé de signer, et l'Entente de projet conjoint — 1997.

[144] Le projet d'entente de 1996 (pièces 214, 216.1, et 217) prévoit que l'engagement des crabiers traditionnels est directement ou indirectement conditionnel à ce que le ministre limite son pouvoir discrétionnaire d'émettre de nouveaux permis en deçà d'un seuil de rentabilité pour les crabiers traditionnels, fixé pour les années 1996 et 1997.

[145] Bien que le MPO ait déployé de timides efforts pour scinder en deux parties l'Entente de projet conjoint — 1997 (pièces 241 et 250) (nous reviendrons sur cette question plus loin), la gestion de la ressource, incluant les allocations et les formules de partage, y est également liée aux engagements des crabiers traditionnels de financer les activités du MPO.

[146] J'en conclus donc que dans les faits, les demandeurs n'ont jamais cru que le ministre n'émettrait pas de nouveaux permis de pêche au crabe des neiges dans la zone 12, bien qu'ils l'aient certainement souhaité. Dès les années 1993 et 1994, ils anticipaient que le ministre partage la ressource avec d'autres pêcheurs, principalement avec les pêcheurs de poisson de fond, et ils ont entrepris plusieurs démarches pour éviter qu'il le fasse. En d'autres termes, ils n'avaient pas de réelles attentes, légitimes ou non, à cet égard.

C. First cause of action: Expropriation

[147] Relying on a principle established nearly a century ago by the House of Lords in *De Keyser's Royal Hotel Ltd. (Re)*, [1920] UKHL 1 (BAILII), [1920] A.C. 508, to the effect that statutes should not be construed so as to take away the property of a subject without compensation, the plaintiffs argue that the Minister expropriated 35 percent of their IQs after 2003 and that they are entitled to compensation. According to them, this expropriation is the result of:

- (i) the use of 15 percent of the TAC to fund rationalization programs for other fisheries;
- (ii) the taking of a portion of the TAC so that the Minister could honour his commitments to First Nations during the 2003 to 2006 seasons;
- (iii) the taking by the Minister of a portion of the TAC to fund DFO operations in 2004, 2005 and 2006.

[148] Since the plaintiffs are relying so heavily on the shares of the TAC allocated to everyone to argue that they were dispossessed or stripped of a financial benefit, it is relevant to compare the quantities, in metric tonnes, of snow crab allocated to the plaintiffs during the four years at issue to the four previous years (these figures exclude the share allocated to Area 18 fishers, but include the share allocated to First Nations when the documentary evidence did not allow for its exclusion):

- 1999 12,011 mt (Exhibit 273)
- 2000 12,315 mt (Exhibit 301)
- 2001 12,415 mt (including First Nations' share) (Exhibit 323)
- 2002 19,819 mt (including First Nations' share) (Exhibits 360 and 365)

C. Première cause d'action : L'expropriation

[147] Se fondant sur un principe établi il y a près d'un siècle par la Chambre des lords dans l'arrêt *De Keyser's Royal Hotel Ltd. (Re)*, [1920] UKHL 1 (BAILII), [1920] A.C. 508, selon lequel la loi ne doit pas être interprétée de manière à déposséder une personne de ses biens sans indemnisation, les demandeurs plaident que le ministre a, à compter de 2003, exproprié 35 p. 100 de leurs QI et qu'il se devait de les indemniser. Selon eux, cette expropriation résulte :

- i) de l'utilisation de 15 p. 100 du TPA pour financer les programmes de rationalisation des autres pêcheries;
- ii) de l'appropriation d'une part du TPA pour remplir les engagements du ministre envers les Premières Nations, au cours des saisons 2003 à 2006;
- iii) de l'appropriation par le ministre d'une part du TPA pour financer les opérations du MPO en 2004, 2005, et 2006.

[148] D'abord, puisque les demandeurs mettent une emphase aussi importante sur les parts de TPA allouées à tous et chacun pour conclure qu'on les a dépossédés ou qu'on leur a retiré un avantage financier, il n'est pas sans intérêt de comparer le tonnage métrique de crabe des neiges réservé aux demandeurs au cours des quatre années couvertes par la présente poursuite, par rapport aux quatre années précédentes (ces chiffres excluent la part allouée aux pêcheurs de la zone 18, mais incluent la part allouée aux Premières Nations lorsque la preuve documentaire ne permettait pas de l'exclure) :

- 1999 12 011 t.m. (pièce 273)
- 2000 12 315 t.m. (pièce 301)
- 2001 12 415 t.m. (incluant la part des Premières Nations) (pièce 323)
- 2002 19 819 t.m. (incluant la part des Premières Nations) (pièces 360 et 365)

- 2003 13,997 mt (including First Nations' share) (Exhibit 443)

- 2004 17,360 mt (Exhibit 498)

- 2005 21,600 mt (4.1% was subtracted from 22,558 to exclude Area 18) (Exhibit 561)

- 2006 16,814 mt (65% of the TAC) (Exhibit 581)

[149] This tells us that for the four years at issue (2003–2006), traditional fishers in Areas 12, 25 and 26 were allocated 69 771 mt of snow crab, whereas they were allocated 55 560 mt during the previous period (1999–2002).

[150] That said, in expropriation actions, the plaintiffs must show that the Crown unilaterally took their private property—usually but not always an interest in an immovable—for public purposes (R. Brown, “‘Takings’: Government Liability to Compensate for Forcibly Acquired Property” in K. Horsman and G. Morley, *Government Liability: Law and Practice*, loose-leaf. Toronto: Canada Law Book, 2013, page 4-1).

[151] The plaintiffs argue that their rights in the IQs assigned to them in 1990 are the private property that was taken from them. In support of that argument, they rely mainly on the Supreme Court of Canada's decisions in *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101 and *R. in right of the Province of British Columbia v. Tener et al.*, [1985] 1 S.C.R. 533, the British Columbia Court of Appeal's decision in *Rock Resources Inc. v. British Columbia*, 2003 BCCA 324, 229 D.L.R. (4th) 115 and the Quebec Court of Appeal's decision in *Beaurivage v. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 26320.

[152] According to the plaintiffs, the starting point of the analysis has to be *Manitoba Fisheries*, in which the Supreme Court held that the rules of expropriation applied even to intangible property. In that case, the appellant had been operating for many years a company that packaged and sold freshwater fish for delivery outside Manitoba and Canada. Following the passing of an Act of Parliament stipulating that, from then on, only

- 2003 13 997 t.m. (incluant la part des Premières Nations) (pièce 443)

- 2004 17 360 t.m. (pièce 498)

- 2005 21 600 t.m. (4.1% a été retranché de 22 558 pour exclure la zone 18) (pièce 561)

- 2006 16 814 t.m. (soit 65 % du TPA) (pièce 581)

[149] On retient de cet exercice, que pour la période 2003–2006 couverte par cette poursuite, les pêcheurs traditionnels des zones 12, 25 et 26 ont reçu 69 771 t.m. de crabe des neiges, alors qu'ils en avaient reçu 55 560 t.m. au cours de la période précédente (1999–2002).

[150] Ceci dit, le recours en expropriation requiert que les demandeurs démontrent que la Couronne s'est appropriée unilatéralement de leur propriété privée — normalement mais pas uniquement d'un intérêt dans un immeuble, à des fins publiques (R. Brown, « “Takings” : Government Liability to Compensate for Forcibly Acquired Property » dans K. Horsman et G. Morley, *Government Liability : Law and Practice*, feuilles mobiles. Toronto : Canada Law Book, 2013, page 4-1).

[151] Les demandeurs plaident que leurs droits dans les QI qui leur ont été attribués en 1990 représentent la propriété privée dont ils ont été privés. Pour en convaincre la Cour, ils se fondent principalement sur les arrêts de la Cour suprême du Canada dans *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101 et *R. du chef de la province de la Colombie-Britannique c. Tener et autre*, [1985] 1 R.C.S. 533, un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Rock Resources Inc. v. British Columbia*, 2003 BCCA 324, 229 D.L.R. (4th) 115 et un arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Beaurivage c. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 26320.

[152] Selon les demandeurs, le point de départ de l'analyse se doit d'être l'arrêt *Manitoba Fisheries*, dans lequel la Cour suprême confirme que les règles de l'expropriation s'appliquent même à un bien intangible. Dans cette affaire, l'appelante opérait depuis de nombreuses années une entreprise d'emballage et de vente de poisson d'eau douce à l'extérieur du Manitoba et du Canada. Suite à l'adoption par le Gouvernement

a newly created Crown corporation could sell Canadian freshwater fish for delivery in another province or outside Canada, the appellant sued the federal Crown for expropriating the goodwill that was acquired by the new Crown Corporation. The Supreme Court stated that the goodwill of a business was one of its most valuable assets, describing it as the whole advantage of the reputation and connection of the firm, which might have been built up by years of honest work or gained by lavish expenditure of money. The Supreme Court confirmed that while it was an intangible, it belonged to the business just as much as its tangible, personal or real property. The Supreme Court therefore relied on *De Keyser* to conclude that the new statute was not to be construed so as to take away the appellant's property, even intangible property, without compensation.

[153] With respect, I do not see the parallel that the plaintiffs are attempting to draw between the rights they claim to have in their IQs and the goodwill of a business. It seems to me that the plaintiffs are confusing the nature of property (the issue in *Manitoba Fisheries*) with the nature of a right in property (the issue regarding IQs). In *Manitoba Fisheries*, there was no doubt that goodwill was part of the appellant's assets. The plaintiffs, however, do not own the IQs that were assigned to them by a DFO policy. Even though the plaintiffs view their IQs as valuable assets capable of being the subject of a transaction, the fact remains that their rights in these IQs are precarious and that the value of their licences depends on the annual biomass, market price and the Minister's discretion whether or not to issue new licences or share the resource with other fishers. Moreover, it was not the policy establishing IQs that made it possible for the plaintiffs' licences to be sold or otherwise transferred. This was possible when it was still a competitive fishery, though it was probably harder to determine their value.

[154] That same reasoning allows me to distinguish the case before me from *Tener* and *Rock Resources*.

canadien d'une loi prévoyant que désormais, seule une nouvelle société d'État pouvait vendre le poisson pêché dans les eaux douces canadiennes, d'une province à l'autre et à l'extérieur du Canada, l'appelante a poursuivi la Couronne fédérale pour expropriation de l'achalandage dont la nouvelle société d'État s'était appropriée. La Cour confirme que l'achalandage d'une entreprise constitue l'un de ses actifs les plus précieux, soit un ensemble d'avantages tirés de la réputation et des relations que l'entreprise s'est forgées par des années de labeur et au prix de dépenses considérables. Elle confirme que bien qu'il s'agit d'un bien incorporel, il appartient à l'entreprise au même titre que ses biens corporels, mobiliers ou immobiliers. La Cour se fonde donc sur l'arrêt *De Keyser* pour conclure que la nouvelle loi ne pouvait être interprétée de manière à déposséder l'appelante de son bien, même intangible, sans indemnisation.

[153] Avec respect, je ne vois pas le parallèle que les demandeurs tentent de faire entre les droits qu'ils prétendent avoir dans les QI et l'achalandage d'une entreprise. Il me semble que les demandeurs confondent entre la nature d'un bien (la question qui se posait dans l'arrêt *Manitoba Fisheries*) et la nature d'un droit dans un bien (la question qui se pose à l'égard des QI). Dans l'arrêt *Manitoba Fisheries*, il ne faisait aucun doute que l'achalandage faisait partie des actifs de l'appelante. Les demandeurs, au contraire ne sont pas propriétaires des QI qui leur ont été attribués par une politique du MPO. Même si, dans les faits, les demandeurs considèrent leur QI comme des actifs de grande valeur, qui peuvent faire l'objet d'une transaction, il n'en demeure pas moins que leurs droits dans ces QI sont précaires et que la valeur de leurs permis est fonction de la biomasse annuelle, du prix du marché et de la discrétion du ministre d'émettre ou non de nouveaux permis ou de partager la ressource avec d'autres pêcheurs. Ce n'est d'ailleurs pas la politique instaurant des QI qui a fait en sorte que les permis des demandeurs pouvaient être vendus ou autrement cédés. Ils pouvaient l'être à l'époque de la pêche compétitive, bien qu'il était probablement plus difficile d'en fixer la valeur.

[154] Le même raisonnement me permet de distinguer la cause dont je suis saisie des affaires *Tener* et *Rock Resources*.

[155] In *Tener*, the respondents were the owners of mineral claims, granted by British Columbia, on provincial Crown lands for which they had paid \$100 000. Use of a right of way to the claims was conditional on the consent of the Minister of Lands. The Province subsequently created a park on the lands and, from that point on, denied the respondents access to them. The respondents brought an action against the Province, arguing that it could not expropriate their interest without compensation. The Province denied having any obligation to compensate, mainly because the respondents' use of a right of way had always been conditional on the consent of the Minister of Lands. The Supreme Court stated that the first order of business was to determine the nature of the respondents' interest. It found that what the respondents had was one integral interest in land in the nature of a *profit à prendre* comprising both the mineral claims and the surface rights necessary for their enjoyment. It is, in a way, a dismemberment of the right of ownership that is extinguished by unity of seisin.

[156] The situation was similar in *Rock Resources*, where the creation of parks in British Columbia resulted in permanently preventing the plaintiff from exploring for or developing minerals in its claims. The Minister argued that no expropriation had occurred, since the plaintiff's use of a right of way had always been conditional on his consent. At paragraph 48, the British Columbia Court of Appeal stated that whatever the nature and scope of the plaintiff's rights, those rights were recognized as having commercial value and could be expropriated. The plaintiffs in this case argue that this statement applies to their IQ licences. With respect, I believe that when the Court commented on the nature of the plaintiff's rights, it was referring to the fact that they were conditional, and it would not have made such a comment if the plaintiff had not had any property rights or real interest in the mineral claims in question. Moreover, the Court went on to thoroughly analyze the nature of the rights of the owners of mineral claims and the impact of an amendment made in 1977 to the *Mineral Act*, S.B.C. 1977, c. 54. Ultimately, it found that the interest of the owners of mineral claims was personal property.

[155] Dans l'arrêt *Tener*, les intimés étaient titulaires de claims miniers consentis par la Colombie-Britannique, sur des terres de la Couronne provinciale, pour lesquels ils avaient payé la somme de 100 000 \$. Le droit de passage accessoire à ces claims miniers était conditionnel à l'obtention d'une autorisation du ministre des Terres. La province a subséquemment créé un parc sur le bien-fonds et a refusé, pour l'avenir, d'y donner accès aux intimés. Les intimés ont intenté une action contre la province invoquant que cette dernière ne pouvait les exproprier sans indemnisation. La province niait toute obligation d'indemniser, principalement parce que le droit de passage des demandeurs avait toujours été conditionnel à l'obtention d'une autorisation du ministre des Terres. La Cour suprême énonce que la première partie de son analyse nécessite qu'elle détermine la nature même des droits des intimés. Elle conclut qu'un claim minier est un droit réel immobilier unique, de la nature d'un droit d'extraction, qui comprend à la fois le claim minier et le droit de superficie nécessaire à sa jouissance. Il s'agit en quelque sorte d'un démembrement du droit de propriété qui s'éteint par la confusion.

[156] Une situation similaire s'est présentée dans l'arrêt *Rock Resources*, lorsqu'à nouveau la création de parcs en Colombie-Britannique a eu pour effet d'empêcher définitivement les demandeurs d'explorer et de développer leurs claims miniers. Le ministre plaidait qu'il ne pouvait y avoir expropriation puisque le droit de passage des demandeurs avait toujours été conditionnel à l'autorisation du ministre. Au paragraphe 48, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique affirme que peu importe la nature et l'étendue des droits des demandeurs, ceux-ci sont reconnus comme ayant une valeur commerciale et peuvent faire l'objet d'une expropriation. Les demandeurs en l'instance plaident que l'on doit retenir de ce passage que le même commentaire s'appliquerait à leurs permis de pêche assortis de QI. Avec respect, je crois que lorsque la Cour parle de la nature des droits des demandeurs, elle parle du fait qu'ils soient conditionnels et elle n'aurait pas fait pareil commentaire si les demandeurs n'avaient pas eu de droits de propriété ou de réels intérêts dans les claims miniers en question. S'ensuit d'ailleurs une longue analyse sur la nature des droits des titulaires des claims miniers et sur l'impact d'un amendement apporté en 1977 à la *Mineral Act*,

[157] Those cases are distinguishable from the present case in several respects. To begin with, the owner of a mineral claim has an exclusive right, whether it is a personal or a property right, and it is generally registered in a registry. Furthermore, the property belongs to the Crown or an individual, not all Canadians. There are a number of federal and provincial statutes that confer on the owners of mineral claims personal or property rights over land owned by another. In this case, the *Fisheries Act* does not confer to the plaintiffs any property rights in their IQs, which are the result of a simple policy.

[158] I am also of the view that the Quebec Court of Appeal's decision in *Beaurivage* is of no assistance to the plaintiffs. In that case, the City of Québec had adopted an ordinance reducing from 30 to 16 the number of permits issued for the operation of calèches. Since the plaintiff held 27 of the 30 permits then existing, he sued the City for damages, demanding to be compensated for the value of the permits that had been taken from him. The Court reviewed the City's powers in this regard under the *Charter of Ville de Québec* [R.S.Q., c. C-11.5 (Charter)] and found that while the City had the power to limit the number of permits in circulation, it did not have the power to take away or refuse renewal of these permits without compensation. Moreover, current regulations state that renewal is automatic upon payment of fees on January 1 of each year and that the City cannot issue a new permit until a holder voluntarily withdraws. The Court therefore concluded that the City of Québec ordinance was *ultra vires* its enabling legislation.

[159] There is a huge difference between the City of Québec's powers under its Charter in relation to calèche permits and the Minister's broad discretion under the *Fisheries Act*, and, therefore, *Beaurivage* is simply inapplicable in this case.

S.B.C. 1977, ch. 54. À l'issue de cette analyse, la Cour conclut que le droit des titulaires de claims miniers est un droit personnel (*personal property*).

[157] Plusieurs distinctions s'imposent avec la présente affaire. D'abord, le titulaire d'un claim minier détient un droit exclusif, qu'il soit personnel ou réel, lequel fait généralement l'objet d'une inscription dans un registre destiné à cette fin. Par ailleurs, la Couronne ou un particulier, et non l'ensemble des Canadiens, est propriétaire du bien fonds. Il existe un certain nombre de lois fédérales et provinciales qui confèrent aux titulaires de claims miniers des droits réels ou personnels sur un fonds de terre qui appartient à un tiers. Ici, la *Loi sur les pêches* n'accorde aucun droit de propriété aux demandeurs dans les QI, lesquels sont le résultat d'une simple politique.

[158] Je suis également d'avis que l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Beaurivage* n'est d'aucune aide aux demandeurs. Dans cette affaire, la ville de Québec avait émis une ordonnance prévoyant que désormais, le nombre de permis de calèche qu'elle émettrait passerait de 30 à 16. Puisque le demandeur possédait 27 des 30 permis existants, il a poursuivi la ville en dommages demandant d'être indemnisé pour la valeur des permis qu'il se voyait retirer. La Cour analyse les pouvoirs que la *Charte de la Ville de Québec* [L.R.Q., ch. C-11.5] accorde à la ville en cette matière et conclut que bien que la ville ait le pouvoir de limiter le nombre de permis en circulation, ce pouvoir n'inclut pas le pouvoir de révoquer ou de refuser le renouvellement de ces permis sans compensation. La réglementation en vigueur prévoit d'ailleurs que le renouvellement est automatique sur paiement des frais au 1^{er} janvier de chaque année, et que la ville ne peut émettre un nouveau permis que si un détenteur se retire volontairement. La Cour conclut donc que l'ordonnance de la ville de Québec est *ultra vires* de sa loi habilitante.

[159] Il y a une différence majeure entre les pouvoirs que la *Charte de la Ville de Québec* accorde à la ville en matière de permis de calèche et le vaste pouvoir discrétionnaire accordé au ministre par la *Loi sur les pêches*, de sorte que l'arrêt *Beaurivage* est tout simplement inapplicable en l'espèce.

[160] In my view, the reasoning of the Nova Scotia Supreme Court in *Taylor v. Dairy Farmers of Nova Scotia*, 2010 NSSC 436, 298 N.S.R. (2d) 116 (affirmed by the Nova Scotia Court of Appeal in 2012 NSCA 1, 311 N.S.R. (2d) 300) is more applicable to this action. In that case, Nova Scotia dairy farmers claimed that new regulations that affected their milk quotas and created a capped price for the exchange of their quotas were causing them injury. At paragraph 45, the Court stated that for the applicants to succeed, they needed to establish that their quotas were their property and so capable of being expropriated. At paragraph 63, the Court expressed the view that this was not the case, adding that while quota presented a near-exclusive opportunity for profit in a market that would otherwise be open, and while it was capable of being used as security for borrowing purposes and for a transaction, it was not property capable of being subject to expropriation. It is a revocable licence that provides a conditioned entitlement to produce milk. Lastly, at paragraph 68, the Court reiterated that while quota was capable of being resold in the market, was valuable, and could be seen as property for certain statutory purposes, it was not property capable of being expropriated.

[161] That said, there are a number of additional obstacles that prevent the plaintiffs from bringing an expropriation action in the present context. In order for an expropriation to entitle the plaintiff to compensation, the plaintiff needs to have been completely—not partially or temporarily—denied any use of the property (*Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, 2006 SCC 5, [2006] 1 S.C.R. 227; *A and L Investments Ltd. v. Ontario*, 1997 CanLII 3115, 36 O.R. (3d) 127 (C.A.); *Granite Power Corp. v. Ontario*, 2004 CanLII 44786, 72 O.R. (3d) 194 (C.A.); *Dennis v. Canada*, 2013 FC 1197 (affirmed by the Federal Court of Appeal 2014 FCA 232, leave to appeal to Supreme Court of Canada denied, [2015] 1 S.C.R. vi)). In this case, the plaintiffs were only partially—after 1995, not after 2003—denied use of the portion of the TAC set aside for them after 1990, and when one compares the quantities obtained (in tonnes) or the revenue generated by the snow crab fishery during the period at issue to the quantities

[160] À mon sens, le raisonnement suivi par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Taylor v. Dairy Farmers of Nova Scotia*, 2010 NSSC 436, 298 N.S.R. (2d) 116 (confirmée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans 2012 NSCA 1, 311 N.S.R. (2d) 300) est davantage applicable en l'espèce. Les producteurs laitiers de la Nouvelle-Écosse se plaignaient que la nouvelle réglementation affectant leurs quotas de lait et fixant un prix maximum pour la revente de leurs quotas leur causait un préjudice. Au paragraphe 45, la Cour explique que pour avoir un recours en expropriation, les demandeurs doivent démontrer qu'ils sont propriétaires de leurs quotas. Au paragraphe 63, la Cour se dit d'opinion qu'ils ne le sont pas. Elle ajoute que bien qu'un quota offre à son titulaire une opportunité quasi exclusive de profit dans un marché qui serait autrement ouvert, et bien qu'il puisse faire l'objet d'une transaction et servir de garantie dans le cadre d'un emprunt, il ne s'agit pas d'une propriété susceptible d'expropriation. Il s'agit d'un droit révocable qui confère un droit conditionnel de participer à la production laitière. Et au paragraphe 68, la Cour réitère que bien qu'un quota puisse être revendu sur le marché, qu'il ait une grande valeur, et bien qu'il puisse être considéré comme un bien à certaines fins législatives, il ne s'agit pas d'un bien susceptible d'expropriation.

[161] Ceci dit, il existe un certain nombre d'obstacles additionnels qui empêchent les demandeurs de faire valoir un recours en expropriation dans le présent contexte. Pour qu'il y ait expropriation donnant droit à indemnisation, le demandeur doit avoir été privé entièrement de tout usage de son bien, et non pas seulement partiellement ou temporairement (*Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, 2006 CSC 5, [2006] 1 R.C.S. 227; *A and L Investments Ltd. v. Ontario*, 1997 CanLII 3115, 36 O.R. (3d) 127 (C.A.); *Granite Power Corp. v. Ontario*, 2004 CanLII 44786, 72 O.R. (3d) 194 (C.A.); *Dennis c. Canada*, 2013 CF 1197 (confirmé par la Cour d'appel fédérale 2014 CAF 232 et permission de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada refusée [2015] 1 R.C.S. vi)). En l'espèce, non seulement les demandeurs n'ont-ils été privés que partiellement — à compter de 1995 et non à compter de 2003 — de la part du TPA qui leur était réservée depuis 1990, mais lorsque l'on fait l'exercice de comparer le

obtained (in tonnes) during the previous period, they were not deprived of any income.

[162] Lastly, regarding the specific issue of the Minister's power to reallocate a portion of the TAC to an IQ fishery, it is also appropriate to consider the decisions of this Court and of the Federal Court of Appeal in *Malcolm v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2013 FC 363 and 2014 FCA 130, 74 Admin. L.R. (5th) 179. In that case, the Minister had decided to reallocate three percent of the TAC to the recreational fishery sector, at the expense of the commercial sector. Commercial fishermen sought to have that decision set aside, but were unsuccessful. This Court dismissed the application for judicial review on the grounds that the Minister had the widest discretion to carry out such a reallocation and that, in exercising that discretion, he could have regard to social and economic considerations. The Minister may, at any time, favour one group of fishers over another, and he may also make changes to his own policies at any time. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal, reiterating that the Minister had wide and unfettered discretion to manage fisheries on behalf of all Canadians, taking into account the public interest. It also reiterated that the Minister was not bound by his past policies and could take another approach if, in his opinion, public interest considerations reasonably justified such a change of policy.

[163] I therefore find that the plaintiffs have failed to establish expropriation; consequently, I would dismiss their first cause of action.

D. *Second cause of action: Unjust enrichment*

(1) Applicable law

[164] The plaintiffs also argue that the facts in evidence show that the defendant unjustly enriched itself at their expense and that they are entitled to be indemnified

nombre de tonnes métriques obtenues, ou le revenu généré par la pêche au crabe des neiges, pendant la période couverte par la présente action, avec le nombre de tonnes métriques obtenues dans la période précédente, ils n'ont été privés d'aucun revenu.

[162] Finalement, en ce qui a trait à la question spécifique du pouvoir du ministre de transférer une part du TPA dans une pêche à QI, il faut également considérer les décisions de cette Cour et de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Malcolm c. Canada (Pêches et Océans)*, 2013 CF 363 et 2014 CAF 130. Dans cette affaire, le ministre avait décidé de transférer trois p. 100 du TPA en faveur de la pêche récréative, au détriment de la pêche commerciale. Les titulaires d'un permis de pêche commercial ont demandé, sans succès, de faire annuler cette décision. Cette Cour a rejeté la demande de contrôle judiciaire en précisant que le ministre avait la pleine discrétion pour procéder à un tel transfert et que dans l'exercice de cette discrétion, il pouvait prendre en considération des motifs socio-économiques. Le ministre peut en tout temps favoriser un groupe de pêcheurs au détriment d'un autre et il peut également en tout temps changer ses propres politiques. La Cour d'appel fédérale rejette le pourvoi et réitère que le ministre possède la discrétion absolue de gérer les pêches au nom de tous les Canadiens, dans la mesure où il tient compte de l'intérêt public. Elle réitère également que le ministre n'est pas lié par ses politiques antérieures et qu'il peut adopter une autre approche s'il estime qu'un tel changement est justifié par des considérations d'ordre public.

[163] Je conclus donc que les demandeurs n'ont pas démontré qu'ils avaient contre la défenderesse un recours en expropriation et en conséquence, je rejeterai leur première cause d'action.

D. *Deuxième cause d'action : L'enrichissement sans cause*

1) Le droit applicable

[164] Les demandeurs plaident également que les faits mis en preuve démontrent que la défenderesse s'est enrichie sans cause à leur détriment, et qu'ils sont en

for their correlative impoverishment. They submit that the defendant unjustly enriched itself by:

1. using the snow crab resource to fund DFO activities;
2. using snow crab to fund rationalization programs for the lobster and groundfish fisheries; and
3. using snow crab to enable DFO to fulfil its obligations involving giving First Nations access to the commercial snow crab fishery.

[165] In *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575, at paragraph 13, Justice Binnie provided a description of this cause of action and he established, to some extent, the parameters of his analysis:

The doctrine of unjust enrichment provides an equitable cause of action that retains a large measure of remedial flexibility to deal with different circumstances according to principles rooted in fairness and good conscience. This is not to say that it is a form of “‘palm tree’ justice” (*Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 802) that varies with the temperament of the sitting judges. On the contrary, as the Court recently reaffirmed in *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25, a court is to follow an established approach to unjust enrichment predicated on clearly defined principles. However, their application should not be mechanical. Iacobucci J. observed that “this is an equitable remedy that will necessarily involve discretion and questions of fairness” (para. 44).

[166] In *Garland*, by Binnie J., the Supreme Court of Canada had the opportunity to reiterate and refine the criteria that must be satisfied to establish this cause of action. The applicant must demonstrate:

1. an enrichment of the defendant;
2. a corresponding deprivation of the plaintiff; and

droit de demander d’être indemnisés à la hauteur de leur appauvrissement corrélatif. Ils soumettent que la défenderesse s’est injustement enrichie :

1. en utilisant la ressource du crabe des neiges pour financer les activités du MPO;
2. en utilisant le crabe des neiges pour financer les programmes de rationalisation de la pêche au homard et au poisson de fond; et
3. en utilisant le crabe des neiges pour rencontrer les obligations contractées par le MPO visant l’intégration des Premières Nations à la pêche commerciale au crabe des neiges.

[165] Dans l’affaire *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575, au paragraphe 13, le juge Binnie offre une description de cette cause d’action et il établit, en quelque sorte, les paramètres de son analyse :

L’enrichissement sans cause est une cause d’action en equity qui offre une grande souplesse dans les réparations susceptibles d’être accordées dans différentes circonstances selon des principes fondés sur l’équité et la bonne conscience. Il ne s’agit pas pour autant d’une forme de « justice au cas par cas » (*Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 802) dépendante de l’humeur des juges appelés à se prononcer. Au contraire, comme notre Cour l’a rappelé récemment dans *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25, en matière d’enrichissement sans cause, le tribunal doit suivre une méthode établie s’appuyant sur des principes clairs. Cependant, l’application de ces principes ne doit pas être machinale. Le juge Iacobucci a signalé qu’ « il s’agit d’un recours en equity qui fait nécessairement intervenir un pouvoir discrétionnaire et des questions d’équité » (par. 44).

[166] Dans l’arrêt *Garland*, cité par le juge Binnie, la Cour suprême du Canada a eu l’occasion de réitérer et de peaufiner les critères qui doivent être satisfaits pour établir cette cause d’action. Ainsi, le demandeur doit démontrer :

1. L’enrichissement du défendeur;
2. L’appauvrissement correspondant du demandeur; et

3. an absence of juristic reason for the enrichment.

(*Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at paragraph 30.)

[167] The analysis of this third criterion is split into two distinct steps:

- (a) The plaintiff must show that there is no juristic reason within the established categories that would deny it recovery. The established categories are the existence of a contract, disposition of law or any other valid common law, equitable or statutory obligation;
- (b) On proving that none of these reasons exist to deny recovery, the plaintiff will have made out a *prima facie* case of unjust enrichment and it will be up to the defendant to provide another reason to deny the recovery. At this stage, the courts will have regard to the reasonable expectations of the parties and public policy considerations.

(*Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575 [cited above], at paragraphs 23–25.)

[168] With regard to the first element, it seems that if the plaintiff's loss is passed on to others, there can be no unjust enrichment (see Justice La Forest's analysis of tax paid under an *ultra vires* statute in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161). However, as regards the second element, if the defendant's enrichment has benefited third parties, there could exist unjust enrichment and it is in analyzing the third element that the court will decide, by scrutinizing the whole of the parties conduct (see the analysis of a penalty paid and subsequently claimed, contrary to the provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] in *Garland*).

[169] That said, the first two elements involve a straightforward economic approach and the analysis of the third element is often the most important; "It is at

3. L'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement.

(*Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, au paragraphe 30.)

[167] L'analyse de ce troisième critère se scinde en deux étapes distinctes :

- a) Il appartient au demandeur de démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie de refuser le recouvrement. Dans les catégories établies, l'on retrouve le contrat, la disposition légale ou toute autre obligation valide en common law, en equity ou en application de la loi;
- b) Si le demandeur démontre qu'il n'existe aucun motif établi de refuser le recouvrement, il a offert une preuve *prima facie* de l'enrichissement sans cause et il appartiendra au défendeur de démontrer un autre motif pour refuser le recouvrement. À cette étape, les tribunaux tiendront compte des attentes raisonnables des parties et des considérations d'ordre public.

(*Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575 [précité], aux paragraphes 23 à 25.)

[168] À l'égard du premier critère, il semble que si la perte du demandeur est reportée sur autrui, il ne peut y avoir d'enrichissement sans cause (voir l'analyse du juge La Forest à l'égard d'une taxe payée en vertu d'une loi *ultra vires* dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161). Toutefois, à l'égard du second critère, si c'est l'enrichissement du défendeur qui a bénéficié à des tiers, il pourrait néanmoins y avoir enrichissement sans cause et c'est dans le cadre de l'analyse du troisième critère que le tribunal tranchera, en examinant l'ensemble de la conduite des parties (voir l'analyse d'une pénalité payée et subséquentement déclarée contraire aux dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] dans l'arrêt *Garland*).

[169] Ceci dit, les deux premiers critères impliquent une simple analyse économique et c'est l'analyse du troisième critère qui, parfois, s'avère le plus important;

this stage that the court must consider whether the enrichment and detriment, morally neutral in themselves, are ‘unjust’” (*Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at page 990).

(2) Enrichment of DFO

(a) *Financing its research and management activities*

[170] The plaintiffs argue that DFO enriched itself by using snow crab to fund its activities. It used 1 880 mt of snow crab to generate revenues of nearly \$4.9 million (less the amount outstanding from AGFA in 2005) from 2004 to 2006.

[171] Through a straightforward economic approach, I arrived at the same conclusion as the plaintiffs. As stated by the Federal Court of Appeal in *Larocque v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 237, 270 D.L.R. (4th) 552, at paragraph 13, regarding a similar agreement entered into in 2003 (which is not the issue before me):

.... [Fishery resources] do not belong to the Minister, any more than does their sale price. Also, when the Minister decided to pay a contracting party with the proceeds of sale of the snow crab, he was paying with assets that did not belong to him. Paying with the assets of a third party is, to say the very least, an extraordinary act that the Administration could not perform unless so authorized by an act or by duly enacted regulations. Such an act, on its very face, is like an expropriation of fishery resources or a tax on them for the purposes of funding the Crown’s undertakings.

[172] Justice Martineau of this Court came to the same conclusion regarding the agreement entered into between DFO and AGFA in 2005 (*Association des crabiers Acadiens v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1241, 301 F.T.R. 297), as did Justice Harrington regarding the agreement signed in 2006 between AGFA and DFO (*Chiasson v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 616, 295 D.L.R. (4th) 744). In *Chiasson*, this Court also found that the Minister illegally held the balance of the amount paid by AGFA to DFO, at the time when the Federal Court of Appeal rendered its decision in *Larocque*. Only the second declaration was at issue in

« [c]’est à cette étape que le tribunal doit vérifier si l’enrichissement et le désavantage, moralement neutres en soi, sont “injustes” » (*Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, à la page 990).

2) L’enrichissement du MPO

a) *Financement de ses activités de recherche et de gestion*

[170] Les demandeurs plaident que le MPO s’est enrichi en utilisant le crabe des neiges pour financer ses activités. Il a utilisé 1 880 t.m. de crabe des neiges pour générer près de 4,9 millions de dollars de revenu (moins la somme impayée par l’APPFA en 2005) au cours des années 2004 à 2006.

[171] Par une simple analyse économique, j’arrive à la même conclusion que les demandeurs. Comme l’a indiqué la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Larocque c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, 2006 CAF 237, au paragraphe 13, à l’égard d’une entente similaire conclue en 2003 (qui n’est pas en cause devant moi) :

[...] [La ressource halieutique n’appartient] pas au Ministre, pas plus que leur prix de vente. Aussi, quand le Ministre a décidé de payer un contractant avec le produit de la vente de crabes des neiges, il payait avec des biens qui ne lui appartenaient pas. Payer à même le bien d’autrui est un acte à tout le moins extraordinaire que l’Administration ne saurait poser à moins d’y être autorisée par une loi ou par un règlement dûment adopté. Un tel geste, à sa face même, se rapproche d’une expropriation des ressources halieutiques ou d’une taxe sur celles-ci aux fins de financer les engagements de l’État.

[172] Le juge Martineau de cette Cour est arrivé à la même conclusion à l’égard de l’entente intervenue entre le MPO et l’APPFA en 2005 (*Association des crabiers acadiens c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1241), tout comme le juge Harrington à l’égard de l’entente intervenue en 2006 entre l’APPFA et le MPO (*Chiasson c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 616). Dans la décision *Chiasson*, cette Cour a également conclu que le MPO détenait illégalement le solde du montant versé par l’APPFA au MPO, au moment où la Cour d’appel fédérale a rendu sa décision dans l’affaire *Larocque*. Seule cette deuxième conclusion était en cause dans

the appeal filed by the Attorney General of Canada in *Canada (Attorney General) v. Chiasson*, 2009 FCA 299, 314 D.L.R. (4th) 512 (*Chiasson F.C.A.*). It will be interesting to apply Justice Nadon's reasons when analyzing the plaintiffs' alleged deprivation.

[173] Based on the Supreme Court of Canada decision in *Peel (Regional Municipality) v. Canada*; *Peel (Regional Municipality) v. Ontario*, [1992] 3 S.C.R. 762, the defendant argues that DFO was not required to undertake management and research activities covered under the agreements signed with MFU and AGFA from 2004 to 2006. As proof, DFO did not conduct a trawl survey in 1996 and there was no improved soft-shell crab protocol in 2003.

[174] I am not convinced by this argument. In *Peel*, the Municipality tried to recover an amount from the federal and provincial governments, which it paid to place young offenders. However, neither the federal nor provincial government was under a constitutional obligation to assume these costs. Here, DFO voluntarily used the resource to fund its management activities, which it did at every opportunity that arose. These activities were, in effect, assumed year after year by DFO through AFAP and, aside from the rare exceptions mentioned above, even through other available budgets.

(b) *Use of snow crab to fund rationalization programs for other fisheries*

[175] Here the plaintiffs refer to DFO's use of the resource when its permanent snow crab sharing policy was adopted in 2003, in Areas 12, 18, 25 and 26. The plaintiffs clearly pointed out the fact that DFO, in a more or less strict fashion, matched the allocations it assigned to different fisher associations on the condition that they provide a rationalization plan for other fisheries.

[176] I see no enrichment of DFO here. Rather, I see a reallocation of the resource for socio-economic purposes, which is not contrary to public policy, and which

l'appel logé par le procureur général du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Chiasson*, 2009 CAF 299 (*Chiasson C.A.F.*). Les motifs du juge Nadon seront d'intérêt dans l'analyse de l'appauvrissement allégué des demandeurs.

[173] Se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*; *Peel (Municipalité régionale) c. Ontario*, [1992] 3 R.C.S. 762, la défenderesse plaide que le MPO n'était pas tenu d'entreprendre les activités de gestion et de recherche couvertes par les ententes conclues avec L'UPM et l'APPFA au cours des années 2004 à 2006. Pour preuve, le MPO n'a pas fait de relevé au chalut en 1996 et il n'y a pas eu de protocole de crabes blancs amélioré en 2003.

[174] Cet argument ne me convainc pas. Dans l'arrêt *Peel*, la municipalité tentait de recouvrer des gouvernements fédéral et provincial un montant payé par elle pour le placement des jeunes contrevenants. Or, ni le fédéral ni la province n'avait d'obligation constitutionnelle d'assumer ces frais. Ici, le MPO a volontairement utilisé la ressource pour financer ses activités de gestion et il l'a fait à chaque occasion qui s'est présentée à lui. Ces activités ont dans les faits été assumées année après année par le MPO par le biais du PAPA et, à part les rares exceptions mentionnées plus haut, à même d'autres budgets disponibles.

b) *Utilisation du crabe des neiges pour financer les programmes de rationalisation d'autres pêcheries*

[175] Les demandeurs font ici référence à l'utilisation que le MPO a faite de la ressource lors de l'adoption, en 2003, de sa politique de partage permanent du crabe des neiges, dans les zones 12, 18, 25, et 26. Les demandeurs font grand état du fait que le MPO a, d'une façon plus ou moins stricte, assorti les allocations qu'il attribuait aux différentes associations de pêcheurs de la condition qu'elles fournissent un plan de rationalisation des autres pêcheries.

[176] Je ne vois ici aucun enrichissement du MPO. J'y vois plutôt une réallocation de la ressource à des fins socio-économiques, laquelle n'est pas contraire à l'ordre

falls under the vast discretion accorded the Minister under the *Fisheries Act*.

[177] I believe that this conclusion is obvious even though DFO was unable to issue fishing licences and conditions not set out in the regulations—that is, rationalization (*Cheticamp Fisheries Co-Operative Ltd. v. Canada* (1994), 118 D.L.R. (4th) 428, [1994] N.S.J. No. 356 (S.C.) (QL), at paragraph 26, and *Aucoin v. The Queen*, [2001] FCT 800, 208 F.T.R. 178), and even if in some respects the use of the amounts collected by associations is not closely linked to fisheries, for example, ecotourism development.

(c) *DFO use of snow crab to meet its First Nations obligations*

[178] In my view, the same reasoning as that which applies to permanent sharing applies to the reallocation of a share of the resource to First Nations, in order to comply with the Supreme Court of Canada decision in *Marshall*. DFO had several options: it could have simply issued new licences or transferred a sufficient part of the TAC to meet contractual commitments with the bands involved. It did not have to implement a licence buy-back program, just as it did not have to compensate traditional fishers for the portion of the IQs they lost in 2006 (*Arsenault*, above, at paragraph 57). It did so in order to promote the successful integration of First Nations into a certain number of commercial fisheries.

[179] In so doing, the DFO did not enrich itself in any way, it merely managed the resource.

(3) Impoverishment of plaintiffs

[180] I am of the opinion that this element was not satisfied for any of the above-described situations.

[181] For there to be impoverishment giving rise to this cause of action, there has to be more than a straightforward economic approach; there must be a real transfer of wealth from the plaintiffs to the defendant

public et laquelle s'inscrit dans le cadre de la vaste discrétion que la *Loi sur les pêches* accorde au ministre.

[177] Je crois que cette conclusion s'impose même si le MPO ne pouvait assortir les permis de pêche de conditions qui n'étaient pas prévues par règlement — soit la rationalisation (*Cheticamp Fisheries Co-Operative Ltd. v. Canada* (1994), 118 D.L.R. (4th) 428, [1994] N.S.J. n° 356 (S.C.) (QL), au paragraphe 26 et *Aucoin c. La Reine*, 2001 CFPI 800), et même si à certains égards l'utilisation faite des sommes perçues par les associations est bien peu liée à la pêche — par exemple le développement d'écotourisme.

c) *Utilisation du crabe des neiges pour rencontrer les obligations du MPO face aux Premières Nations*

[178] À mon sens, le même raisonnement que celui qui s'applique au partage permanent s'applique à la réallocation d'une partie de la ressource aux Premières Nations, afin de se conformer à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Marshall*. Plusieurs options se présentaient au MPO : il aurait pu simplement émettre de nouveaux permis ou transférer une part du TPA suffisante pour rencontrer les engagements contractés avec les bandes concernées. Il n'avait pas à mettre en place un programme de rachat de permis, tout comme il n'avait pas à indemniser les pêcheurs traditionnels pour la portion des QI qui leur a été retirée en 2006 (*Arsenault*, précitée, au paragraphe 57). Il l'a fait dans le but de favoriser une intégration harmonieuse des Premières Nations dans un certain nombre de pêches commerciales.

[179] Ce faisant, le MPO ne s'est aucunement enrichi, il n'a fait que gérer la ressource.

3) L'appauvrissement des demandeurs

[180] Je suis d'avis que ce critère n'est rencontré à l'égard d'aucune des situations décrites plus haut.

[181] Pour qu'il y ait appauvrissement donnant ouverture à cette cause d'action, il doit y avoir plus qu'une simple perte économique; il doit y avoir un réel transfert de richesse des demandeurs vers la défenderesse

(*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2012 SCC 71, [2012] 3 S.C.R. 660, at paragraphs 148–158). Since the plaintiffs are not entitled to a predetermined share of the TAC (*Comeau's Sea Foods* and *Chiasson F.C.A.*, above, at paragraphs 26 and 28), there can be no unjustified transfer. Therefore, the DFO did not take anything that belonged to the plaintiffs.

[182] I would add, as regards the use of the resource to fund DFO's management and research activities, that the plaintiffs suffered no deprivation as a result, rather, they were enriched.

[183] First, all of the plaintiffs' representatives who spoke on this issue admitted that the trawl survey and the improved soft-shell crab protocol benefited them considerably. This allowed them to maximize the TAC, know the locations of the biomass, anticipate the upcoming fishing seasons and, in the event of a resurgence of soft-shell crabs, to close smaller fishing areas.

[184] Moreover, to this end, DFO used 400 mt in 2004, 480 mt in 2005, and 1 000 mt in 2006. With regard to 2006, let us go back to Justice Nadon's statements in *Chiasson F.C.A.* (at paragraph 27):

Based on the evidence, there can be no doubt that the judge erred in this regard. One has only to recall that the TAC had to be set at 20 862 metric tons unless there were management activities, in which case the TAC was to be set at 25 869 tons. Consequently, had it not been for the agreement with the APPFA, the respondents' 65.182% share of the TAC would have resulted in one or more fishing licences for 13 598.3 metric tons. Moreover, because of the agreement with the APPFA, the respondents' 65.182% share of the TAC was calculated on a TAC of 25 869 tons less the 1000 tons allocated to the APPFA. As the Attorney General points out at paragraph 11 of his factum, [TRANSLATION] "Ironically, the respondents thus benefited from the 1000 ton licence being issued to the APPFA, since they were able to catch more crab and, as a result, make more money".

[185] This is precisely what the evidence before me disclosed.

(*Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, [2012] 3 R.C.S. 660, aux paragraphes 148 à 158). Puisque les demandeurs n'ont pas droit à une part prédéterminée du TPA (*Comeau's Sea Foods* et *Chiasson C.A.F.*, précitées, aux paragraphes 26 et 28), il ne peut y avoir de transfert injustifié. Le MPO n'a donc rien pris qui appartenait aux demandeurs.

[182] J'ajouterais à cela, en ce qui concerne l'utilisation de la ressource pour le financement des activités de gestion et de recherche du MPO, que les demandeurs n'ont pas été appauvris de ce fait, mais plutôt qu'ils ont été enrichis.

[183] D'abord, tous les représentants des demandeurs qui se sont exprimés sur cette question ont admis que le relevé au chalut et le protocole de crabes blancs amélioré leur étaient très favorables. Cela permet de maximiser le TPA, de connaître les endroits où se trouve la biomasse, d'anticiper les saisons de pêche à venir et, advenant une recrudescence de crabes blancs, de fermer de plus petites zones de pêche.

[184] Par ailleurs, le MPO a utilisé, à cette fin, 400 t.m. en 2004, 480 t.m. en 2005 et 1 000 t.m. en 2006. Revenons, à l'égard de l'année 2006, aux propos du juge Nadon dans l'arrêt *Chiasson C.A.F.* (au paragraphe 27) :

À la lumière de la preuve, il ne peut faire de doute que le juge a fait erreur à cet égard. Il suffit de se rappeler que le TAC devait être établi à 20 862 tonnes métriques à moins qu'il n'y ait des activités de gestion et, dans cette éventualité, le TAC serait fixé à 25 869 tonnes. Par conséquent, n'eût été de l'entente conclue avec l'APPFA, la part du TAC des intimés de 65,182 % aurait résulté en un ou plusieurs permis de pêche 13 598,3 tonnes métriques. Par ailleurs, vu l'entente conclue avec l'APPFA, la part du TAC des intimés de 65,182 % a été calculée sur un TAC de 25 869 tonnes moins les 1000 tonnes allouées à l'APPFA. Comme le Procureur général le signale au paragraphe 11 de son mémoire, « Ironiquement, les intimés ont ainsi été avantagés par l'émission du permis de 1000 tonnes à l'APPFA, puisqu'ils ont pu capturer plus de crabes, ils en ont eu, par conséquence, des revenus plus élevés ».

[185] C'est exactement ce que la preuve devant moi a révélé.

(4) The absence of juristic reason for the enrichment

[186] Since I am of the opinion that the criterion of the plaintiffs' deprivation was not met with regard to any of the situations submitted into evidence by the plaintiffs, there is no need to analyze the third element.

[187] In this respect, I will simply say that I share the defendant's opinion whereby section 7 of the *Fisheries Act* and the *Marshall* decision provide sufficient justification regarding use of the resource to establish a permanent sharing program and to promote integration of First Nations into the snow crab fishery. In other words, had there been enrichment as well as a corresponding deprivation here, in my view, they would not be unjust.

[188] However, these sources of law fail to justify the use of the resource to fund DFO's activities, since that approach was deemed, on numerous occasions, to fall outside the exercise of discretion accorded the Minister under the *Fisheries Act*.

E. Third cause of action: Misfeasance in public office

[189] Lastly, the plaintiffs argue that DFO committed the tort of misfeasance in public office:

- (i) by using snow crab to fund DFO's management and research activities from 2003 to 2006;
- (ii) by using snow crab to fund rationalization programs for other fisheries;
- (iii) by granting, beginning in 2003, a disproportionate share of the TAC to fishers in Area 18;
- (iv) by reducing the 2003 TAC by 4 000 mt, in an artificial and arbitrary manner, to force the plaintiffs

4) L'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement

[186] Puisque je suis d'avis que le critère de l'appauvrissement des demandeurs n'a pas été démontré à l'égard d'aucune des situations mises en preuve par les demandeurs, l'analyse du troisième critère n'est pas nécessaire.

[187] Je me contenterai, à cet égard, de dire que je partage l'opinion de la défenderesse à l'effet que l'article 7 de la *Loi sur les pêches* et l'arrêt *Marshall* sont une justification suffisante quant à l'utilisation de la ressource pour instaurer un programme de partage permanent et pour favoriser l'intégration des Premières Nations dans la pêche au crabe des neiges. En d'autres termes, s'il y avait ici un enrichissement ainsi qu'un appauvrissement correspondant, ceux-ci ne seraient pas, à mon sens, injustes.

[188] Toutefois, ces sources de droit ne parviennent pas à justifier l'utilisation de la ressource afin de financer les activités du Ministère puisque cette démarche a été jugée, à plusieurs reprises, comme ne s'inscrivant pas dans l'exercice de la discrétion que la *Loi sur les pêches* accorde au ministre.

E. Troisième cause d'action : La faute dans l'exercice d'une charge publique

[189] Les demandeurs plaident finalement que le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique :

- i) En utilisant du crabe des neiges pour financer les activités de gestion et de recherche du MPO pour les années 2003 à 2006;
- ii) En utilisant du crabe des neiges pour financer les programmes de rationalisation d'autres pêcheries;
- iii) En octroyant, à compter de 2003, une portion démesurée du TPA aux pêcheurs de la zone 18;
- iv) En réduisant le TPA de 2003 de 4 000 t.m., de manière artificielle et arbitraire et afin de forcer les

to pay it an amount of \$1.7 million to finance his research activities.

[190] Contrary to the two causes of action analyzed above, misfeasance in public office is a common law tort under which the plaintiffs do not have to demonstrate that they own the IQs associated with their licence conditions, nor that they hold any right or interest in a predetermined share of the TAC. As we will see, the plaintiffs must instead show that DFO's wrongful or criminal acts are the cause of their damages.

[191] Moreover, it is worth keeping in mind that "confusing review of the legality of a public body's decisions with the rules that determine that body's civil liability" should be avoided (*Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at paragraph 31). In his majority reasons in *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304, Justice Deschamps expressed it in no uncertain terms (at paragraph 15):

It is important not to confuse the rules of administrative law with the rules that govern the extra-contractual liability [or a civil tort under common law] of a public body. The rules of administrative law allow for an application to be made to the Superior Court [or the Federal Court] for judicial review of a public body's decision. The setting aside of such a decision will not necessarily lead to the municipality's being civilly liable.

[192] Similar reasoning was held by Justice Stratas, speaking for the majority of the Federal Court of Appeal in *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, at paragraph 142:

In public law, monetary relief has never been automatic upon a finding that governmental action is invalid or, using modern, post-*Dunsmuir* administrative law language, outside the range of acceptability or defensibility: *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at paragraph 9. "Invalidity is not the test of fault and it should not be the test of liability": Kenneth C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), Vol. 3 (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1958), at

demandeurs à lui verser une somme de 1,7 million de dollars pour financer ses activités de recherche.

[190] Contrairement aux deux causes d'action analysées précédemment, la faute dans l'exercice d'une charge publique est un délit de common law à l'égard duquel les demandeurs n'ont pas à démontrer qu'ils sont propriétaires des QI associés à leurs conditions de permis, ni qu'ils ont un quelconque droit ou intérêt dans une part prédéterminée du TPA. Comme nous le verrons, les demandeurs doivent plutôt démontrer que les actes fautifs ou délictuels du MPO, sont la cause des dommages qu'ils ont subis.

[191] Par ailleurs, il est utile de rappeler qu'il faut éviter de « confondre le contrôle de la légalité des décisions d'un organisme public et le régime de sa responsabilité civile » (*Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, au paragraphe 31). Dans ses motifs majoritaires dans l'affaire *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304, la juge Deschamps l'exprime on ne peut plus clairement (au paragraphe 15) :

Il importe de ne pas confondre les règles du droit administratif avec celles du droit de la responsabilité extracontractuelle [ou du délit civil en *common law*] d'un corps public. Les premières permettent de présenter à la Cour supérieure [ou à la Cour fédérale] une demande de révision judiciaire d'une décision d'un corps public. L'annulation d'une telle décision n'entraîne pas nécessairement la responsabilité civile de la municipalité.

[192] Un raisonnement similaire est retenu par le juge Stratas, s'exprimant pour la majorité de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, au paragraphe 142 :

En droit public, l'indemnisation pécuniaire n'a jamais été automatique s'il est conclu à l'invalidité de l'action gouvernementale ou, pour employer un langage juridique de droit administratif contemporain postérieur à la jurisprudence *Dunsmuir*, en dehors des issues possibles acceptables ou justifiables (*Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, au paragraphe 9). [TRADUCTION] « L'invalidité ne constitue pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la

page 487. There must be additional circumstances to support an exercise of discretion in favour of monetary relief.

[193] Consequently, decisions rendered by this Court and other tribunals regarding DFO's various actions or decisions attacked by the plaintiffs or other groups of fishers are of interest to determine the legality of these actions or decisions, but they are of less interest in determining whether these actions or decisions result in criminal responsibility by DFO.

[194] These rules are specific to the civil tort of misfeasance in public office, as developed by Canadian courts, which we must examine and apply to the facts submitted as evidence by the parties.

(1) Components of the tort

[195] Misfeasance in public office includes four distinguishing elements; the first two are specific to this civil tort and deliberate in nature, whereas the third and fourth are shared by all civil torts (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at paragraph 32). For a public body's liability to be retained, the plaintiff must demonstrate:

1. deliberate, unlawful conduct in the exercise of public functions;
2. awareness that the conduct is unlawful and likely to injure the plaintiff;
3. that the tortious conduct was the legal cause of the injuries; and
4. that the injuries or damages suffered are compensable in tort law.

[196] In *Odhavji Estate*, above, at paragraph 22, Justice Iacobucci, relying on the House of Lords decision in *Three Rivers District Council and Others v.*

responsabilité. » (Kenneth C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 3 (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1958), à la page 487). Il faut des circonstances additionnelles pour que soit exercé le pouvoir discrétionnaire et que soit accordée une sanction pécuniaire.

[193] En conséquence, les décisions rendues par cette Cour et d'autres tribunaux concernant diverses actions ou décisions du MPO attaquées par les demandeurs ou d'autres groupes de pêcheurs sont d'intérêt pour déterminer de la légalité de ces actions ou décisions, mais elles sont de moindre intérêt pour déterminer si ces actions ou décisions entraînent la responsabilité délictuelle du MPO.

[194] Ce sont les règles propres au délit civil de faute dans l'exercice d'une charge publique, telles que développées par les tribunaux canadiens, qu'il nous faut examiner et appliquer aux faits mis en preuve par les parties.

1) Les composantes du délit

[195] La faute dans l'exercice d'une charge publique comprend quatre éléments distincts; les deux premiers sont propres à ce délit civil et ont un caractère intentionnel, alors que le troisième et le quatrième sont communs à tous les délits civils (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, au paragraphe 32). Pour que la responsabilité d'un corps public soit retenue, le demandeur doit démontrer :

1. Une conduite illégitime et délibérée dans l'exercice d'une charge publique;
2. La connaissance du caractère illégitime de la conduite et de la probabilité de préjudice à l'égard du demandeur;
3. Que le préjudice subi a pour cause juridique la conduite délictuelle; et
4. Que le préjudice ou dommage est indemnisable suivant les règles de droit en matière délictuelle.

[196] Dans l'arrêt *Succession Odhavji*, précité, au paragraphe 22, le juge Iacobucci, se fondant sur l'arrêt de la Chambre des lords dans *Three Rivers District*

Government and Company of the Bank of England, [2000] UKHL 33 (BAILII), [2000] 3 All E.R. 1, explained that there are two ways in which to commit the tort of misfeasance in a public office or to prove the existence of the first two elements of the tort. Category A involves conduct by a public officer that is specifically intended to injure a person or class of persons. If this has been proven, then the first two above-listed criteria have automatically been met. Category B involves a public officer who acts with knowledge both that she or he has no power to do the act complained of and that the act is likely to injure the plaintiff.

[197] As the Court of Appeal for Ontario explained in *Foschia v. Conseil des Écoles Catholiques de Langue Française du Centre-Est*, 2009 ONCA 499, 266 O.A.C. 17, at paragraph 24, while the constituent elements of the tort do not change depending on the Category of misfeasance alleged, the way those elements are proven does. If the plaintiff proves that the public official acted for the purpose of deliberately causing harm to the plaintiff, this will be sufficient to prove both the first and second elements of the tort. If, on the other hand, the plaintiff is alleging misfeasance in the form of Category B, then it is necessary to individually prove both of these elements.

[198] The plaintiffs also cite the Supreme Court of Canada decisions in *Finney* and *Sibeca*, above, and argue that the bad faith must not only encompass acts committed with intent to harm, which corresponds to the classical concept of bad faith, but also acts that are so markedly inconsistent with the relevant legislative context that a court cannot reasonably conclude that they were performed in good faith. I agree, although not only are these decisions less relevant in that they apply Quebec civil law, that in my view it is not necessary to introduce in *common law* (the reverse is true as well), but as Justice Deschamps outlines well in *Sibeca*, above, at paragraph 26, “What appears to be an extension of bad faith is, in a way, no more than the admission in evidence of facts that amount to circumstantial evidence of bad faith where a victim is unable to present direct evidence of it.”

Council and Others v. Governor and Company of the Bank of England, [2000] UKHL 33 (BAILII), [2000] 3 All E.R. 1, explique qu’il y a deux façons de commettre le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique ou de démontrer que les deux premiers éléments du délit existent. Le délit de catégorie A implique que l’officier public ait eu une conduite qui vise précisément à causer un préjudice à une personne ou à un groupe de personnes. Si une telle preuve est faite, les deux premiers critères énumérés plus haut sont nécessairement satisfaits. Le délit de catégorie B vise plutôt l’officier public qui agit en sachant qu’il n’est pas habilité à exécuter l’acte qu’on lui reproche et en sachant que cet acte causera vraisemblablement préjudice au demandeur.

[197] Comme l’explique la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Foschia v. Conseil des Écoles Catholique de Langue Française du Centre-Est*, 2009 ONCA 499, 266 O.A.C. 17, au paragraphe 24, les éléments constitutifs du délit ne changent pas en fonction de la catégorie de délit dont il est question, mais la façon dont ces éléments sont mis en preuve, elle, change. Si le demandeur démontre que l’officier public a agi spécifiquement pour causer un préjudice au demandeur, cela sera suffisant pour rencontrer les premier et second éléments du délit. Si, toutefois, le demandeur allègue un délit de catégorie B, alors il sera nécessaire de présenter une preuve distincte de chacun de ces éléments.

[198] Les demandeurs citent également les décisions de la Cour suprême du Canada dans *Finney* et *Sibeca*, précitées, et plaident que la mauvaise foi doit non seulement s’entendre des actes accomplis dans l’intention de nuire, ce qui correspond à la notion classique de mauvaise foi, mais également ceux qui se démarquent tellement du contexte législatif dans lequel ils sont posés qu’un tribunal ne peut raisonnablement conclure qu’ils l’ont été de bonne foi. J’en conviens, mais non seulement ces décisions sont-elles moins pertinentes en ce qu’elles appliquent le droit civil québécois, qu’il n’est pas, à mon sens, nécessaire d’importer en *common law* (l’inverse est également vrai), mais comme le dit bien la juge Deschamps dans l’arrêt *Sibeca*, précité, au paragraphe 26, « [c]e qui paraît être une extension de la mauvaise foi n’est, en quelque sorte, que l’admission en preuve de faits qui correspondent à une preuve

[199] That said, when one applies the criteria specific to the tort of misfeasance in public office to the facts of the case, I am of the opinion that only the decision by Minister Thibault to reduce the TAC by some 4 000 mt, made in 2003 in order to force traditional crabbers to negotiate a joint project agreement, is likely to entail tort liability on the part of the Crown.

(2) Financing of DFO's activities from 2003 to 2006

[200] The question is a moot point; it has been established that through various agreements entered into in 2003, 2004, 2005 and 2006, to obtain financing for his management and research activities, DFO overstepped its management authority by illegally appropriating or selling fishery resources belonging to Canadians (*Larocque, Association des crabiers acadiens*, and *Arsenault*, above).

[201] I am also of the opinion that the evidence shows that DFO and its public officers were aware of the unlawful conduct of these agreements. For years they had known that they could not link management of the resource to joint project agreements that they negotiated with various groups of fishers. They have clearly expressed this to the plaintiffs since 1994, when they negotiated the 1995 Joint Project Agreement. They were formal; providing there were no amendments to the *Fisheries Act*, they could not limit the Minister exercising discretion based on co-management agreements they concluded with industry (Exhibit 162.1). This is also why the Minister refused to approve the 1996 agreement proposal; note that Bill C-62 had not been passed and that it died on the order paper the following year. It was finally for this reason that, in the 1997 Joint Project Agreement (Exhibit 241), concluded with the plaintiffs, the financing agreements for 2004 to 2006 (Exhibits 531.1, 560 and 590), which the plaintiffs challenge herein, contain two parts that DFO public officers want to be seen as very distinct: one part that contains the fisheries management plan or the granting of a quota or fishing licence, and one part that covers the DFO

circonstantielle de la mauvaise foi à défaut par la victime de pouvoir en présenter une preuve directe. »

[199] Ceci dit, lorsque l'on applique les critères propres au délit civil de faute dans l'exercice d'une charge publique aux faits de l'espèce, je suis d'avis que seule la décision du ministre Thibault de réduire le TPA de quelques 4 000 t.m., prise en 2003 dans le but de forcer les crabiers traditionnels à négocier une entente de projet conjoint, est de nature à entraîner la responsabilité délictuelle de l'État.

2) Financement des activités du MPO de 2003 à 2006

[200] La question ne se pose plus; il est acquis que par ces diverses ententes intervenues en 2003, 2004, 2005 et 2006, afin d'obtenir une contribution financière à ses activités de gestion et de recherche, le MPO a outrepassé son pouvoir de gestion en s'appropriant illégalement ou en vendant illégalement la ressource halieutique propriété des Canadiens (*Larocque, Association des crabiers acadiens*, et *Arsenault*, précitées).

[201] Je suis également d'avis que la preuve démontre que le MPO et ses fonctionnaires connaissaient le caractère illégitime de ces ententes. Ils savaient depuis des années qu'ils ne pouvaient pas associer la gestion de la ressource aux ententes de projet conjoint qu'ils négociaient avec les divers groupes de pêcheurs. Ils l'ont clairement exprimé aux demandeurs dès 1994, lorsqu'ils négociaient l'Entente de projet conjoint — 1995. Ils ont été formels; tant qu'il n'y aurait pas d'amendement à la *Loi sur les pêches*, ils ne pourraient limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre en fonction d'ententes de cogestion qu'ils concluent avec l'industrie (pièce 162.1). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le ministre refuse d'entériner le projet d'entente de 1996; rappelons que le projet de loi C-62 n'avait pas été adopté et qu'il est mort au feuillet l'année suivante. C'est finalement pour cette raison que dans l'Entente de projet conjoint — 1997 (pièce 241), conclue avec les demandeurs, que les ententes de financement pour les années 2004 à 2006 (pièces 531.1, 560 et 590), que les demandeurs remettent ici en cause, contiennent deux parties que les fonctionnaires du MPO veulent fort distinctes : une partie qui contient le plan de gestion de la pêche ou

activities that are funded by fishers' associations. With all due respect, I find that this manner of drafting the various agreements instead seems to be a decoy that deludes no one. The fact that various components of the agreements are in separate parts changes nothing about the synallagmatic nature of those agreements. Moreover, an analysis of calls for tenders prepared by DFO in anticipation of the 2004, 2005 and 2006 financing agreements (Exhibits 507, 553 and 586.1), shows that the notion of consideration is fully present. RPPIM and AGFA would have had no interest in financing DFO's activities had they not been granted a certain snow crab quota.

[202] As already indicated, establishing unlawful conduct of an act committed by a public officer in his or her duties, from an administrative point of view, is not equivalent to determining the unlawful and deliberate nature of that same act, for the purposes of analyzing the Crown's tort liability. The impugned actions in this case are not related to the acts alleged against the public officers in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, *Odhavji* and *Foschia*, above, which contained an element of malice, intent or bad faith. In the context under review, it is difficult to speak of malice or bad faith on the part of DFO officials, much less say that the acts committed were done for improper purposes. The management and research activities covered by the financing agreements fall perfectly under DFO's mission and they are, to some extent, virtuous and praised by all.

[203] Regardless, I also do not believe that DFO and its public officers were aware of the probabilities that the 2004 to 2006 financing agreements with RPPIM and AGFA caused injury to the plaintiffs, just as I do not believe, in effect, that they caused them any harm whatsoever. DFO's management and research activities were undertaken to the benefit of all snow crab fishers in Areas 12, 18, 25 and 26, including the plaintiffs. These activities made it possible to maximize the TAC for years during which the agreements were in effect, and to anticipate future biomass, in terms of quantity as well as movement or location. Furthermore, when we consider the TACs and the metric tonnage allotted to the

l'octroi d'un contingent ou d'un permis de pêche, et une partie qui couvre les activités du MPO qui sont financées par les associations de pêcheurs. Avec respect, cette façon de rédiger les diverses ententes me semble plutôt être un leurre qui ne leurre personne. Que les diverses composantes des ententes soient dans des parties distinctes ne change rien au caractère synallagmatique de ces ententes. D'ailleurs, lorsque l'on analyse les appels d'offres préparés par le MPO en prévision des ententes de financement de 2004, 2005 et 2006 (pièces 507, 553 et 586.1), la notion de contrepartie est tout à fait présente. Le RPPIM et l'APPFA n'auraient eu aucun intérêt à financer les activités du MPO si un certain contingent de crabe des neiges ne leur était pas octroyé.

[202] Tel qu'indiqué plus haut, conclure au caractère illégitime d'un acte commis par un officier public dans l'exercice de ses fonctions, du point de vue administratif, n'équivaut pas à conclure au caractère illégitime et délibéré du même acte, pour les fins de l'analyse de la responsabilité délictuelle de l'État. Les gestes ici reprochés ne s'apparentent pas aux gestes reprochés aux officiers publics dans les arrêts *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, *Odhavji* et *Foschia*, précités, lesquels comportaient un élément de malice, d'intention ou de mauvaise foi. Dans le contexte à l'étude, on peut difficilement parler de malice ou de mauvaise foi de la part des fonctionnaires du MPO, pas plus qu'on peut dire que les gestes posés l'aient été à des fins impropres. Les activités de gestion et de recherche visées par les ententes de financement s'inscrivent parfaitement dans la mission du MPO et elles sont, en quelques sortes, vertueuses et encensées de tous.

[203] Quoi qu'il en soit, je ne crois pas non plus que le MPO et ses fonctionnaires connaissaient les probabilités que les ententes de financement de 2004 à 2006 avec le RPPIM et l'APPFA causent un préjudice aux demandeurs, tout comme je ne crois pas que, dans les faits, elles leur ont causé quelque préjudice que ce soit. Les activités de gestion et de recherche du MPO ont été entreprises au bénéfice de tous les pêcheurs de crabe des neiges dans les zones 12, 18, 25 et 26, incluant les demandeurs. Ces activités ont permis de maximiser le TPA des années au cours desquelles les ententes étaient en vigueur, et d'anticiper la biomasse future, tant en termes de quantité que de déplacement ou d'emplacement.

plaintiffs during the years in question, it is difficult to be satisfied that the plaintiffs allegedly suffered injury due to the Minister's use of 1 880 mt of snow crab over three years. As shown in Nadon J.'s analysis in *Chiasson F.C.A.*, above, at paragraph 27, the use of 1 000 mt in 2006 enabled the Minister to increase the TAC by slightly more than 5 000 mt. As we will see in the analysis of the 2003 reduction in TAC of some 4 000 mt, there is no equivalence between the metric tonnage of crabs offered by DFO and the financing amount sought. Nor is there any clear logic that justifies this 5 000 mt difference in 2006, but one thing is certain—this increase benefitted the plaintiffs proportionately to their IQ.

[204] I therefore find that the unlawful nature of the financing agreements concluded between DFO, on the one part, and AGFA and MFU, on the other part, did not cause any harm to the plaintiffs, and that they did not demonstrate misfeasance in public office in this regard.

(3) Financing rationalization programs for other fisheries

[205] Once again, it has been established that the Minister could not link the issuing of fishing licences with preconditions or conditions whose sources are not derived from the *Fisheries Act* and regulations thereunder (*Cheticamp Fisheries* and *Aucoin*, above).

[206] Consequently, if indeed the permanent sharing of the resource for the years 2003 to 2006 was contingent on the recipients of these quotas rationalizing other fisheries, or using the funds generated to buy back licences issued to other fisheries, that condition would be unlawful.

[207] I also believe that the Minister's method of granting a quota to fishers' associations, instead of to fishers, is also problematic.

D'ailleurs, lorsque l'on considère les TPA et le tonnage métrique alloué aux demandeurs au cours des années en question, il est difficile de se convaincre que les demandeurs auraient subi un préjudice du fait de l'utilisation, par le ministre, de 1 880 t.m. de crabe des neiges sur trois ans. Comme le démontre l'analyse du juge Nadon dans l'arrêt *Chiasson C.A.F.*, précité, au paragraphe 27, l'utilisation de 1 000 t.m. en 2006 a permis au ministre d'augmenter le TPA d'un peu plus de 5 000 t.m. Comme nous le verrons lors de l'analyse de la réduction du TPA de 2003 de quelques 4 000 t.m., il n'y a pas d'équivalence entre le tonnage métrique de crabes offerts par le MPO et le montant du financement recherché. Il n'y a pas non plus de logique évidente qui justifie cet écart de 5 000 t.m. en 2006, mais chose certaine cette augmentation a bénéficié aux demandeurs en proportion de leur QI.

[204] Je conclus donc que le caractère illégitime des ententes de financement conclues entre le MPO, d'une part, et l'APPFA et l'UPM, d'autre part, n'a causé aux demandeurs aucun dommage et qu'ils n'ont pas démontré une faute dans l'exercice d'une charge publique à cet égard.

3) Financement du programme de rationalisation d'autres pêcheries

[205] Encore une fois, il est acquis que le ministre ne pouvait pas associer l'émission de permis de pêche de conditions préalables ou de conditions qui ne trouvent pas leurs sources dans la *Loi sur les pêches* et la réglementation adoptée sous son empire (*Cheticamp Fisheries* et *Aucoin*, précitées).

[206] En conséquence, si tant est que le partage permanent de la ressource pour les années 2003 à 2006 était conditionnel à ce que les bénéficiaires de ces contingents rationalisent d'autres pêcheries ou se servent des fonds générés pour racheter des permis émis à l'égard d'autres pêcheries, cette condition serait illégale.

[207] Je crois également que la façon de procéder du ministre, soit par l'octroi de contingent à des associations de pêcheurs plutôt qu'à des pêcheurs, est également problématique.

[208] First, for the Minister, this is sub-delegation of his power to issue fishing licences; the associations raffled off the snow crab fishing licences, which the witnesses have described as the crab lottery, or the “buffet” where fishers took turns helping themselves.

[209] Second, the associations used the resulting revenues for different purposes; several were unrelated to DFO’s mission and objectives, and often to the benefit of the associations as opposed to the fishers.

[210] However, just as for the financing agreements concluded by DFO, I do not believe that the Minister’s method has the unlawful and deliberate character likely to engage the Crown’s tort liability.

[211] I also do not believe that this method caused any harm whatsoever to the plaintiffs since Minister Robert Thibault had made the decision to implement permanent sharing of the resource for which it would allot approximately 15 percent of the TAC each year and since it had not issued the licences to fishers’ associations, it had apparently issued them directly to fishers (testimony of February 3, 2016, pages 4 and 5). Minister Thibault also informed the plaintiffs, during a meeting held on April 8, 2003, that once the rationalization was completed, the 15 percent quota would be given directly to the fishers (Exhibit 434). And he had the discretion to do so. Having failed to go ahead as he did, that 15 percent share of the TAC was allegedly not returned to the plaintiffs.

[212] I therefore conclude that the questionable nature of the mechanism used by DFO to implement permanent sharing of the resource did not cause the plaintiffs any harm and that the plaintiffs did not show misfeasance in a public office in this respect.

- (4) Share of the TAC allotted to fishers in Area 18

[213] Although strongly opposed to this, the plaintiffs do not blame the Minister for his decision to integrate

[208] Premièrement, il s’agit pour le ministre d’une sous-délégation de son pouvoir d’émettre des permis de pêche; les associations tiraient au sort les permis de pêche de crabe des neiges, ce que les témoins ont décrit comme la loto-crabe ou comme le « buffet » où les pêcheurs se servaient tour à tour.

[209] Deuxièmement, les associations utilisaient les revenus ainsi générés à différentes fins, plusieurs non reliées à la mission et aux objectifs du MPO, et souvent à l’avantage des associations plutôt que des pêcheurs.

[210] Toutefois, tout comme pour les ententes de financement conclues par le MPO, je ne crois pas que la façon de procéder du ministre revêt un caractère illégitime et délibéré susceptible d’engager la responsabilité délictuelle de l’État.

[211] Je ne crois pas non plus que cette façon de procéder ait causé quelques dommages que ce soit aux demandeurs puisque le ministre Robert Thibault avait pris la décision d’instaurer un partage permanent de la ressource auquel il allouerait annuellement quelque 15 p. 100 du TPA et que s’il n’avait pas émis les permis aux associations de pêcheurs, il les aurait émis directement aux pêcheurs (témoignage du 3 février 2016, pages 4 et 5). Le ministre Thibault a d’ailleurs informé les demandeurs, lors d’une rencontre tenue le 8 avril 2003, qu’une fois la rationalisation complétée, ce contingent de 15 p. 100 serait remis directement aux pêcheurs (pièce 434). Et il avait la discrétion de le faire. À défaut d’avoir précédé comme il l’a fait, cette quote-part de 15 p. 100 du TPA ne serait pas revenue aux demandeurs.

[212] Je conclus donc que le caractère douteux du mécanisme utilisé par le MPO pour mettre en place le partage permanent de la ressource n’a causé aux demandeurs aucun dommage et que les demandeurs n’ont pas démontré une faute dans l’exercice d’une charge publique à cet égard.

- 4) Part du TPA allouée aux pêcheurs de la zone 18

[213] Bien qu’ils y fussent fortement opposés, les demandeurs ne reprochent pas au ministre sa décision

Area 18 with Areas 12, 25 and 26. They criticize it, but it is not the true source cited for the Minister's liability.

[214] The evidence shows that this decision was based on management and sharing of the resource, which the Minister had full authority to make; especially since it can be explained by the fact that DFO scientists were of the opinion that Area 18 belonged to the same biomass as Areas 12, 25 and 26. It is also explained by the fact that this area was too small for the number of fishers authorized to fish there and that it was home to a significant percentage of soft-shell crab that migrate to Area 12 as an adult (testimony of February 24, 2016, page 125).

[215] The plaintiffs mainly criticize the Minister for having granted too high of a share of the TAC to fishers in Area 18, with absolutely no rational basis.

[216] The plaintiffs criticize DFO for allowing fishers in Area 18 to overexploit the stock for several years and, once the stock was depleted, giving them too high of a share of the stock in Area 12.

[217] First, the evidence does not show any alleged overexploitation of stock in Area 18, but rather, that the commercial crab biomass there was low. The evidence effectively shows that, year after year, the exploitation rate in Area 18 was high, that is, the TAC was high compared to biomass. However, the evidence is clear on the fact that although the exploitation rate and, from this the TAC, were high, the catches themselves were not (examinations of January 21, 2016, pages 164, 166 and 167, and February 24, 2016, pages 119 and 120). Since the fishers in Area 18 were never able to catch their quota, the effective exploitation rate was far lower than anticipated. Consequently, we cannot rely on the exploitation rate to establish overexploitation.

[218] Moreover, the percentage of the TAC that the Minister decided to grant to fishers in Area 18, at the time of the integration, falls under his discretion.

d'intégrer la zone 18 aux zones 12, 25 et 26. Ils la critiquent, mais elle n'est pas réellement la source invoquée de responsabilité du ministre.

[214] À l'évidence, cette décision en est une de gestion et de partage de la ressource que le ministre avait l'entière discrétion de prendre. D'autant plus qu'elle s'explique par le fait que les scientifiques du MPO étaient d'avis que la zone 18 faisait partie de la même biomasse que les zones 12, 25 et 26. Elle s'explique également par le fait que cette zone était trop petite pour le nombre de pêcheurs autorisés à y pêcher et qu'elle abritait un pourcentage important de crabes mous, qui migraient vers la zone 12 à l'âge adulte (témoignage du 24 février 2016, page 125).

[215] Ce que les demandeurs reprochent surtout au ministre c'est d'avoir octroyé aux pêcheurs de la zone 18 une portion trop importante du TPA, ne reposant sur aucun fondement rationnel.

[216] Les demandeurs reprochent au MPO d'avoir laissé les pêcheurs de la zone 18 surexploiter le stock pendant de nombreuses années et, une fois le stock épuisé, leur avoir donné une part trop importante du stock de la zone 12.

[217] D'abord, la preuve ne démontre pas qu'il y aurait eu surexploitation du stock de la zone 18, mais plutôt que la biomasse de crabe commercial y était pauvre. La preuve démontre effectivement qu'année après année, le taux d'exploitation dans la zone 18 était élevé, c'est-à-dire que le TPA était élevé par rapport à la biomasse. Cependant, la preuve est claire à l'effet que bien que le taux d'exploitation et, partant, le TPA étaient élevés, les captures elles ne l'étaient pas (interrogatoires du 21 janvier 2016, pages 164, 166 et 167, et du 24 février 2016, pages 119 et 120). Puisque les pêcheurs de la zone 18 ne parvenaient jamais à capturer leur contingent, le taux d'exploitation effectif était beaucoup plus faible que prévu. En conséquence, on ne peut pas se fonder sur le taux d'exploitation pour conclure à surexploitation.

[218] Par ailleurs, le pourcentage du TPA que le ministre a décidé d'accorder aux pêcheurs de la zone 18, au moment de l'intégration, relève de sa discrétion.

[219] Exercising discretion clearly implies good faith and no legislative Act can permit arbitrary discretion, by relying on considerations that are irrelevant, capricious or foreign to the purpose of the statute (*Roncarelli*, above, at page 140).

[220] To determine the share of the TAC that it would allot to 30 fishers in Area 18, the Minister was guided by the share of TAC granted in 1997 to 30 fishers in Areas 25 and 26, when those areas were integrated into Area 12 (testimony of Pat Chamut, January 28, 2016, at pages 194–197). Fishers in Areas 25 and 26 were granted 5.32 percent of the TAC, while the Minister set the share allotted to fishers in Area 18 at 4.7081 percent.

[221] It may be that Areas 25 and 26 had contributed more to the total biomass of the combined areas than Area 18. It is also possible that the integration of Area 18 had a negative impact on the plaintiffs, an impact not felt by integration of Areas 25 and 26. However, one cannot say that the Minister exercised his discretion in a manner arbitrary, capricious or foreign to the purpose of the statute. From an objective point of view, he made a decision that, under the circumstances, can even be described as fair. He favoured fishers in Area 18 to the detriment of fishers in Areas 12, 25 and 26, by distributing the resource more fairly among them, a resource which, let us keep in mind, was part of one and the same biological unit. As Jim Jones explained, tracing an imaginary line between two areas does not ensure that the fishers have access to different crab stocks (transcripts from March 7, 2016, at page 108). That distribution did not entirely satisfy the fishers in Area 18, who claimed 5.32 percent of the TAC, like the fishers in Areas 25 and 26, with no buffer zone (testimony of Fred Kennedy, February 29, 2016, pages 40 and 41).

[222] The evidence also shows that the buffer zone was created at the boundary of Areas 18 and 19 to protect the large quantities of white crab in the area. That decision is therefore based on scientific considerations and conservation concerns, considerations that are far from foreign to the purposes under the *Fisheries Act*.

[219] Évidemment, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implique la bonne foi et aucune loi ne peut permettre d'exercer une discrétion de façon arbitraire, en se fondant sur des considérations non pertinentes, capricieuses ou étrangères à l'objet de la loi (*Roncarelli*, précité, page 140).

[220] Pour déterminer la part du TPA qu'il allouerait aux 30 pêcheurs de la zone 18, le ministre s'est inspiré de la part du TPA accordée en 1997 aux 30 pêcheurs des zones 25 et 26, lors de l'intégration de ces zones à la zone 12 (témoignage de Pat Chamut, 28 janvier 2016, pages 194 à 197). 5,32 p. 100 du TPA ont été accordés aux pêcheurs des zones 25 et 26, alors que le ministre a fixé à 4,7081 p. 100 la part allouée aux pêcheurs de la zone 18.

[221] Il est possible que les zones 25 et 26 aient contribué davantage à la biomasse totale des zones combinées que la zone 18. Il est également possible que l'intégration de la zone 18 ait eu un impact négatif sur les demandeurs, impact que l'intégration des zones 25 et 26 n'a pas eu. On ne peut toutefois pas dire que le ministre a exercé sa discrétion de façon arbitraire, capricieuse ou étrangère à la loi. D'un point de vue objectif, il a pris une décision qui peut même être qualifiée d'équitable dans les circonstances. Il a favorisé les pêcheurs de la zone 18 au détriment des pêcheurs des zones 12, 25 et 26, en répartissant plus équitablement la ressource entre eux, ressource qui, rappelons-le, faisait partie d'une seule et même unité biologique. Comme l'explique Jim Jones, le fait de tracer une ligne imaginaire entre deux zones ne fait pas en sorte que les pêcheurs aient accès à des stocks de crabes différents (transcription 7 mars 2016, page 108). Cette répartition n'a pas complètement satisfait les pêcheurs de la zone 18 qui réclamaient 5,32 p. 100 du TPA, comme les pêcheurs des zones 25 et 26, sans zone tampon (témoignage de Fred Kennedy, 29 février 2016, pages 40 et 41).

[222] Par ailleurs, la preuve démontre que la création de la zone tampon à la limite des zones 18 et 19 vise à protéger le crabe blanc qui s'y trouve en grande quantité. Cette décision est donc basée sur des considérations scientifiques et des préoccupations de conservation, considérations qui sont loin d'être étrangères aux objectifs visés par la *Loi sur les pêches*.

[223] Lastly, the defendant demonstrated that, in reality, the fishers in Area 18 did not receive 4.7081 percent of the TAC, but actually 3.37 percent in 2003 (Exhibit 443), 3.52 percent in 2004 (Exhibit 498), 3.52 percent in 2005 (Exhibit 561) and 4.002 percent in 2006 (Exhibits 581 and 587). These reduced percentages can be explained by the fact that the Minister chose option 2 introduced in the note to the Minister dated April 30, 2003 (Exhibits 440 and 441), that is, to deduct the share attributed to new access and to First Nations, before granting the share that would allegedly be returned to fishers in the new area that combined 12, 18, 25 and 26 (“*from the top*”). The evidence also showed that, in fact, the fishers in Area 18 continued to fish right next to the two sole grids where they had traditionally done their catches (now included in the buffer zone) and that they did not venture very far into Area 12.

[224] I therefore find that the Minister did not commit the tort of misfeasance in public office in his method of integrating Area 18 into Areas 12, 25 and 26. The Minister had the authority to decide as he did and to choose among a certain number of proposed formulae in the 2003 decision note. His decision was motivated by social or economic considerations and he acted within the parameters of his mandate.

(5) 4 000 mt reduction in TAC in 2003

[225] It is well established that the Minister holds full discretion to set the annual TAC. However, he cannot do so arbitrarily or reduce the TAC for the sole purpose of forcing a group of fishers to negotiate a joint project agreement or to participate in financing DFO’s activities. In my view, the evidence shows that this is what Minister Thibault did in 2003. He was also sufficiently candid so as not to deny this evidence.

[226] The defendant argued that, contrary to the Minister’s decisions to use the resource to fund DFO’s activities, his decision to reduce the TAC by 20 000 mt or 21 000 mt to 17 148 mt in 2003 was never declared unlawful by the courts. Consequently, it argues, I must

[223] Finalement, la défenderesse a fait la démonstration que dans les faits, ce n’est pas 4,7081 p. 100 du TPA que les pêcheurs de la zone 18 ont reçu, mais bien 3,37 p. 100 en 2003 (pièce 443), 3,52 p. 100 en 2004 (pièce 498), 3,52 p. 100 en 2005 (pièce 561) et 4,002 p. 100 en 2006 (pièces 581 et 587). Ces pourcentages réduits s’expliquent par le fait que le ministre a choisi l’option 2 mise de l’avant dans la note au ministre du 30 avril 2003 (pièces 440 et 441), soit de retrancher la part attribuée au nouvel accès et aux Premières Nations, avant d’octroyer la part qui reviendrait aux pêcheurs de la nouvelle zone combinée 12, 18, 25 et 26 («*from the top*»). La preuve a également démontré que dans les faits, les pêcheurs de la zone 18 ont continué à pêcher tout près des deux seuls quadrilatères où ils ont traditionnellement fait leurs captures (désormais inclus dans la zone tampon) et qu’ils ne se sont pas aventurés très loin dans la zone 12.

[224] Je conclus donc que le ministre n’a pas commis une faute dans l’exercice d’une charge publique dans la façon avec laquelle il a procédé à l’intégration de la zone 18 aux zones 12, 25 et 26. Le ministre avait le pouvoir de trancher comme il l’a fait et de choisir parmi un certain nombre de formules proposées dans la note décisionnelle de 2003. Sa décision était motivée par des considérations sociales ou économiques et il a agi à l’intérieur des limites de son mandat.

5) Réduction du TPA de 4 000 t.m. en 2003

[225] Il est bien établi que le ministre a la pleine discrétion pour fixer le TPA annuel. Cependant, il ne peut le faire arbitrairement ou réduire le TPA dans le seul but de forcer un groupe de pêcheurs à négocier une entente de projet conjoint ou à participer au financement des activités du MPO. À mon sens, la preuve démontre que c’est ce que le ministre Thibault a fait en 2003. Il a d’ailleurs été suffisamment candide pour ne pas nier cette évidence.

[226] La défenderesse plaide que contrairement aux décisions du ministre d’utiliser la ressource pour financer les activités du MPO, sa décision de réduire le TPA de 20 000 t.m. ou 21 000 t.m. à 17 148 t.m. en 2003 n’a jamais été déclarée illégale par les tribunaux. En

declare it unlawful before establishing misfeasance in public office. With respect, I believe that the question is actually whether the Minister, in so doing, used his discretion in an arbitrary and capricious manner, without regard to the purpose of the statute, or whether he acted in bad faith by using a share of the TAC as a bargaining chip to force the plaintiffs to negotiate. In other words, I do not need to rule on the legality of his decision on an administrative level, but I must determine whether it is a source of liability for the Crown.

[227] Although the defendant tried to justify, in many ways, setting the TAC at 17 148 mt, the fact remains that there is no documentary evidence justifying that decision, which apparently predates the release of the 2003 fishing plan.

[228] As in all years, the process of setting the 2003 TAC began by estimating the commercial biomass based on the results of the trawl survey conducted at the end of the 2002 fishing season. Once that exercise was completed by DFO's Science Division, a "Peer Review" meeting was scheduled, attended by scientists and representatives from DFO and industry. The purpose of that meeting was to question and, if applicable, challenge the findings of the Science Division in order to ensure accuracy of those results, and to come to a common consensus.

[229] The meeting was held from February 11 to 13, 2003. Several findings emerged from the Minutes of the Peer Review meetings (Exhibit 410). First, the participants agreed that an exploitation rate of 62 percent in 2002 was too high. They also noted an increase in pre-recruits, which seemed to indicate an increase in biomass up until 2005. The 2003 biomass was estimated at 41 554 mt +/- 5 942 mt, i.e. an increase compared to the 2002 biomass, which was 36 100 mt. However, although certain factors were very encouraging, other factors argued in favour of a cautionary approach for 2003 and a recommendation was made to set a conservative TAC not exceeding 20 000 mt for Area 12, i.e. an exploitation rate of 48.13 percent.

conséquence, plaide-t-elle, je dois la déclarer illégale avant de conclure à une faute dans l'exercice d'une charge publique. Avec respect, je crois que la question est plutôt de savoir si, ce faisant, le ministre utilisait sa discrétion de façon arbitraire et capricieuse, sans égard à l'objet de la loi, ou s'il a fait preuve de mauvaise foi en utilisant une partie du TPA comme monnaie d'échange pour forcer les demandeurs à négocier. En d'autres termes, je n'ai pas à trancher de la légalité de sa décision sur le plan administratif, mais je dois déterminer si elle est source de responsabilité pour l'État.

[227] Bien que la défenderesse ait tenté de justifier, de diverses façons, la fixation du TPA à 17 148 t.m., il n'en demeure pas moins qu'il n'existe aucune preuve documentaire justifiant cette décision, qui serait antérieure à l'émission du plan de pêche de 2003.

[228] Comme à toutes les années, le processus de fixation du TPA de 2003 a débuté par une estimation de la biomasse commerciale basée sur les résultats du relevé au chalut fait à la fin de la saison de pêche 2002. Une fois cet exercice complété par la division des sciences du MPO, on fixe une rencontre appelée « examen par les pairs », à laquelle participent scientifiques et représentants du MPO et de l'industrie. Cette rencontre a pour but de questionner et, le cas échéant, de défier les résultats de la division des sciences dans le but de s'assurer de l'exactitude de ces résultats et dans le but qu'un consensus se dégage autour d'eux.

[229] Cette rencontre a eu lieu du 11 au 13 février 2003. Plusieurs constats se dégagent du procès-verbal des séances d'examen par les pairs (pièce 410). D'abord, les participants ont convenu qu'un taux d'exploitation de 62 p. 100 en 2002 était trop élevé. Ils ont également constaté une hausse des pré-recrues, ce qui laissait envisager une hausse de la biomasse jusqu'en 2005. On estime la biomasse de 2003 à 41 554 t.m. +/- 5 942 t.m., soit une augmentation par rapport à la biomasse de 2002 qui était de 36 100 t.m. Cependant, bien que certains facteurs fussent très encourageants, d'autres facteurs militaient en faveur d'une approche prudente pour l'année 2003 et une recommandation est faite à l'effet de fixer un TPA conservateur ne dépassant pas 20 000 t.m. pour la zone 12, soit un taux d'exploitation de 48,13 p. 100.

[230] As regards Area 18 (which was not yet amalgamated with Area 12), a 323 percent increase in biomass was noted compared to 2002 and there was also a significant presence of pre-recruits, suggesting a high biomass for the next two or three years.

[231] Once their results were tested among scientists and other stakeholders, DFO's Science Division prepared its "Stock Status Report", which it issued in March 2003 (Exhibit 418). That report essentially mirrored the findings made during the peer review and concluded that it would be [TRANSLATION] "prudent to ensure that the 2003 quota not exceed 20,000 [mt]", for Area 12 alone.

[232] Neither the peer meeting minutes nor the Stock Status Report mentioned the fact that this TAC would only be conservative or prudent if an improved soft-shell crab protocol had been in place for the 2003 fishing season.

[233] The same consensus emerged during the advisory committee meeting held on March 14, 2003. The majority of members were inclined to follow the scientists' recommendation which, in their opinion, is based on an improved soft-shell crab monitoring protocol. DFO asked members whether the same recommendation would be made without this protocol; there was no response based on the summary of that meeting (Exhibit 493.1). It was simply concluded that [TRANSLATION] "without those resources, it would have to be managed differently".

[234] Note that parallel to that exercise, intense negotiations took place between DFO and traditional crabbers regarding a long-term management plan. Although several points were discussed, the Minister was unyielding to the majority of them, particularly regarding permanent access and integration of Area 18. What DFO tried to achieve through those negotiations, with no genuine compromising on his part, was a multiyear joint project agreement for financing DFO's scientific activities, specifically, the improved soft-shell crab protocol and the trawl survey.

[230] En ce qui concerne la zone 18 (qui n'est pas encore amalgamée à la zone 12), on constate une augmentation de la biomasse de 323 p. 100 par rapport à 2002 et également une importante présence de pré-recrues qui laisse présager une biomasse élevée pour les deux ou trois prochaines années.

[231] Une fois ses résultats testés auprès des scientifiques et autres intervenants, la division des sciences du MPO a préparé son rapport de l'état des stocks (« Stock Status Report ») qu'elle a émis en mars 2003 (pièce 418). On y reprend essentiellement les constats faits lors de l'examen par les pairs et on conclut qu'il serait « prudent de faire en sorte que le quota de 2003 ne dépasse pas 20 000 [t.m.] », pour la seule zone 12.

[232] Ni le procès-verbal de la réunion avec les pairs ni le rapport sur l'état des stocks ne fait état du fait que ce TPA ne serait conservateur ou prudent que s'il y avait un protocole de crabe blanc amélioré en place pour la saison de pêche 2003.

[233] Le même consensus se dégage lors de la réunion du comité consultatif tenue le 14 mars 2003. La majorité des membres est d'avis de suivre la recommandation des scientifiques qui, à leur avis, est fonction d'un protocole amélioré de suivi du crabe blanc. Le MPO demande aux membres si la même recommandation serait faite sans ce protocole; aucune réponse n'apparaît du sommaire de cette rencontre (pièce 493.1). On conclut simplement que « sans ces ressources, il faudrait gérer différemment ».

[234] Rappelons que parallèlement à cet exercice, des négociations intenses ont lieu entre le MPO et les crabiers traditionnels relativement à un plan de gestion à long terme. Bien que plusieurs points sont discutés, le ministre se montre intransigeant à l'égard de la majorité d'entre eux, particulièrement à l'égard de l'accès permanent et de l'intégration de la zone 18. Ce que le MPO tente d'obtenir de ces négociations, sans réelle concession de sa part, c'est une entente de projet conjoint pluriannuelle visant le financement des activités scientifiques du MPO, particulièrement le protocole amélioré de crabe blanc et le relevé au chalut.

[235] Even before those negotiations failed, DFO had already considered certain “creative” options in the event that no joint project agreement were reached with traditional crabbers. According to Pat Chamut, these options included an increase in licence fees, setting aside a certain quota (as was done from 2004 to 2006) and securing additional internal financing (testimony of January 28, 2016, pages 185 to 191, and Exhibit 422). Pat Chamut doubted the legality of the second option, while Réal Vienneau and Monique Baker doubted whether the third option was realistic; officials in the Gulf Region were apparently told in 2001: [TRANSLATION] “Do not come back and see us again” (testimony of February 9, 2016, pages 110 and 111).

[236] One thing is certain, that as of March 25, 2003, the date of the last negotiation meeting, DFO officials were aware that there would be no joint project agreement or financing from industry for the 2003 season. They therefore began to prepare the decision note to send to the Minister to issue the 2003 fishing plan. Discussions took place between the Fisheries Management Division and the Science Division. Since the decision to integrate Area 18 into Area 12 was made after the peer review meeting and after the Stock Status Report was prepared, Monique Baker asked Mikio Moriyasu to estimate the biomass and maximum TAC for the amalgamated areas. In an email dated April 14, 2003 (Exhibit 434), Mikio Moriyasu confirmed a biomass of 44 923 mt +/- 16 percent and, applying the same conservative exploitation rate of 48.13 percent recommended by the Science Division and validated by peers, a maximum TAC of 21 621 mt.

[237] For reasons unknown, the decision note dated April 30 to the Minister (Exhibit 440) makes no mention of the maximum conservative TAC of 21 621 mt for combined Areas 12 and 18 (21 437 mt if we deduct the buffer zone), but only mentions the TAC of 20 000 mt recommended by scientists for Area 12 alone. Without any other explanation, the decision note recommends applying the average exploitation rate for the years 1991 to 2001, i.e. 38.5 percent to the combined biomass (44 540 mt if we deduct the buffer zone) and to set the TAC at 17 148 mt.

[235] Avant même l’échec de ces négociations, le MPO envisageait déjà certaines options « créatives » à défaut d’une entente de projet conjoint avec les crabiers traditionnels. Selon Pat Chamut, ces options incluaient une augmentation des frais de permis, la mise de côté d’un certain quota (comme cela a été fait de 2004 à 2006) et l’obtention d’un financement additionnel à l’interne (témoignage du 28 janvier 2016, pages 185 à 191 et pièce 422). Pat Chamut doutait de la légalité de la seconde option alors que Réal Vienneau et Monique Baker doutaient du réalisme de la troisième option; les fonctionnaires de la région du golfe se seraient fait dire en 2001 : « Venez pas nous voir de nouveau » (témoignage du 9 février 2016, pages 110 et 111).

[236] Chose certaine à compter du 25 mars 2003, date de la dernière réunion de négociation, les fonctionnaires du MPO savent qu’il n’y aura pas d’entente de projet conjoint et de financement de l’industrie pour la saison 2003. Ils commencent donc la préparation de la note décisionnelle à transmettre au ministre en vue de l’émission du plan de pêche 2003. Des discussions ont lieu entre la division de gestion de la pêche et la division des sciences. Comme la décision d’intégrer la zone 18 à la zone 12 a été prise après la rencontre d’examen par les pairs et après la rédaction du rapport sur l’état des stocks, Monique Baker demande à Mikio Moriyasu d’estimer la biomasse et le TPA maximum pour les zones amalgamées. Dans un courriel du 14 avril 2003 (pièce 434), Mikio Moriyasu confirme une biomasse de 44 923 t.m. +/- 16 p. 100 et, en appliquant le même taux d’exploitation conservateur de 48,13 p. 100 recommandé par la division des sciences et validé par les pairs, un TPA maximum de 21 621 t.m.

[237] Pour une raison inexplicée, la note décisionnelle du 30 avril au ministre (pièce 440) ne fait aucunement état de ce TPA conservateur maximum de 21 621 t.m. pour les zones 12 et 18 combinées (21 437 t.m. si l’on retranche la zone tampon), mais ne parle que du TPA de 20 000 t.m. recommandé par les scientifiques pour la seule zone 12. Sans qu’il n’y ait plus d’explication, la note décisionnelle recommande d’appliquer le taux d’exploitation moyen des années 1991 à 2001, soit 38,5 p. 100 à la biomasse combinée (44 540 t.m. si on retranche la zone tampon) et de fixer le TPA à 17 148 t.m.

[238] In so doing, DFO set a TAC of 4 289 mt (21 437 minus 17 148) less than the maximum TAC recommended and validated by scientists, and around which a broad consensus developed as part of the TAC-setting process.

[239] The 38.5 percent exploitation rate is not explained by any document prior to the decision note, and when questioned previously about this matter, in the presence of Monique Baker, Jim Jones said he had no idea where it came from. Counsel for the defendant first objected to an engagement request based on relevance, but he eventually agreed to have his client verify who suggested that exploitation rate and whether the suggestion was based on a Science Advisory Report (SAR). However, in a letter from counsel for the defendant dated June 28, 2011 (Exhibit 683), he replied that [TRANSLATION] “following our research and in spite of our efforts, we were unable to find that information”.

[240] It is important to understand that the 4 289 mt reduction in TAC in 2003 was highly significant in the context of which the Minister had decided, for his first year at the helm of DFO, to settle in one fell swoop a certain number of recurring problems that had persisted in the crab fishery and to adopt measures he knew were very unpopular among traditional crabbers. The Minister also knew that these measures that he was preparing to adopt were all going to have a negative impact on traditional crabbers. The Minister knew that removing an additional 4 289 mt under the circumstances would have a direct impact on traditional crabbers and he wanted that impact to be sufficient for him to use as a bargaining tool to force traditional crabbers to enter into a joint project agreement and to agree to contribute up to \$1.7 million to fund DFO’s activities.

[241] The reactions were immediate. The fishing plan was distributed on Friday, May 2, and violent protests erupted during the weekend that followed.

[242] As of Monday, May 5, the Minister made several media releases during which he repeated that the traditional crabbers had known for some time that they would receive an additional 4 000 mt if they agreed to

[238] Ce faisant, le MPO fixe un TPA de 4 289 t.m. (21 437 moins 17 148) de moins que le TPA maximum recommandé et validé par les scientifiques et autour duquel un large consensus s’est développé dans le cadre du processus de fixation du TPA.

[239] Ce taux d’exploitation à 38,5 p. 100 n’est expliqué par aucun document antérieur à la note décisionnelle et lorsqu’interrogé au préalable à ce sujet, en présence de Monique Baker, Jim Jones dit ignorer d’où il vient. Le procureur de la défenderesse s’est d’abord objecté à une demande d’engagement sur la base de la pertinence, mais il a finalement accepté que sa cliente vérifie qui a suggéré ce taux d’exploitation et si cette suggestion était fondée sur un avis scientifique. Or, dans une lettre du procureur de la défenderesse en date du 28 juin 2011 (pièce 683), il répond que « suite à nos recherches et malgré nos efforts, nous n’avons pas réussi à trouver cette information ».

[240] Il faut comprendre que cette réduction de 4 289 t.m. du TPA en 2003 était un peu plus significative dans le contexte où le ministre avait décidé, pour sa première année à la tête du MPO, de régler d’un coup un certain nombre de problèmes récurrents qui persistaient dans la pêche au crabe et d’adopter des mesures qu’il savait très impopulaires au sein des crabiers traditionnels. Le ministre savait également que ces mesures qu’il s’apprêtait à adopter allaient toutes avoir un impact négatif sur les crabiers traditionnels. Le ministre savait que le retrait de 4 289 t.m. additionnelles, dans les circonstances, aurait un impact direct sur les crabiers traditionnels et il souhaitait que cet impact soit suffisant pour lui servir d’outil de négociation pour forcer les crabiers traditionnels à conclure une entente de projet conjoint et à accepter de contribuer à hauteur de 1.7 million de dollars au financement des activités du MPO.

[241] Les réactions ont d’ailleurs été immédiates. Le plan de pêche a été communiqué le vendredi 2 mai et des manifestations avec saccage ont éclaté durant la fin de semaine qui a suivi.

[242] À compter du lundi 5 mai, le ministre fait plusieurs sorties médiatiques au cours desquelles il répète que les crabiers traditionnels savent depuis un certain temps qu’il y a un 4 000 t.m. de plus pour eux s’ils

enter into a joint project agreement with DFO (Exhibits 445, 446 and 449).

[243] But the storm did not seem to be letting up. The journalists were unrelenting and wanted an explanation for the reduction in TAC. It was not until May 8, 2003, that Mikio Moriyasu responded to Monique Baker's request to justify the 38.5 percent exploitation rate as a conservative approach and to justify the 3 000 to 4 000 mt reduction through the proposed mortality rate of soft-shell crab. Mikio Moriyasu offered the following response (Exhibit 460):

[TRANSLATION] The quota level of 17,143 t instead of 20,000 t suggested in the stock status document is justifiable, assuming that the ability to protect the soft-shell crab is considerably reduced (without a co-management agreement). A conservative approach that we took during the last decade, i.e. 38.5%, corresponds to 17,000 t. In his scientific document, Marcel Hébert wrote that soft-shell crab mortality through handling with 100% death rates, after discards during the 2002 fishing season were allegedly approximately 1,600 t. This was with a full protocol. It is therefore not too unreasonable to conceive that the loss would be twice as high, i.e. about 3,200 t. The two approaches—the first is more scientific than the last—reach the same conclusion. For this reason, I am comfortable supporting both scenarios. Perhaps you should use both explanatory methods at once?

[244] With respect, it seems quite clear that an attempt was made to provide an explanation in hindsight to a decision made without justification. Not only is the tone of that note not very convincing, but the explanations provided are not very scientific. No one explained why it was necessary to change from an exploitation rate of 62 percent in 2002 (year voluntarily excluded from calculating the mean), to an exploitation rate of 38.5 percent in 2003, while everyone had actually agreed on an exploitation rate of 48.13 percent.

[245] Moreover, we understand M. Moriyasu's hesitation around a 100 percent mortality rate to explain a difference of 3 000 to 4 000 mt. He admitted on cross-examination that the DFO scientists used the results of a study identifying that the mortality rate of white crab discarded at sea was actually 14.3 percent (Exhibits 647

acceptent de conclure une entente de projet conjoint avec le MPO (pièces 445, 446 et 449).

[243] Mais la tempête ne semble pas se calmer. Les journalistes sont insistants et veulent une explication sur la réduction du TPA. Ce n'est que le 8 mai 2003 que Mikio Moriyasu répond à la demande de Monique Baker de justifier le 38,5 p. 100 de taux d'exploitation comme une approche conservatrice et de justifier la réduction de 3 000 à 4 000 t.m. par le taux de mortalité envisagé du crabe à carapace molle. Voici la réponse offerte par M. Moriyasu (pièce 460) :

Le niveau de quota 17 143 t au lieu de 20 000 t suggéré dans le document de statut de stock est justifiable en assumant que la capacité de protéger le crabe mou est considérablement réduite (sans entente de co-gestion). Une approche conservatrice que nous avons pris durant la dernière décennie soit 38.5% correspond au niveau de 17,000 t. Marcel Hébert a écrit dans son document scientifique que la mortalité du crabe mou par manipulation avec taux de décès de 100% après avoir rejeté durant la pêche de 2002 aurait été d'environ 1,600 t. Ceci est avec un plein protocole. Il n'est donc pas trop irraisonnable de penser que la perte serait de deux fois plus soit environ 3,200 t. Les deux approches la première est plus scientifique que la dernière arrivent à la même conclusion. C'est la raison pour laquelle je suis confortable de soutenir les deux scénarios. Peut-être vous devez utiliser les deux façons d'explications à la fois?

[244] Avec respect, il semble assez évident que l'on tente de fournir une explication après coup à une décision prise sans justification. Non seulement le ton de cette note n'est-il pas très convaincant, mais les explications fournies ne sont pas très scientifiques. Personne n'explique pourquoi il était nécessaire de passer d'un taux d'exploitation de 62 p. 100 en 2002 (année volontairement exclue du calcul de la moyenne), à un taux d'exploitation de 38,5 p. 100 en 2003, alors que tous s'entendaient plutôt sur un taux d'exploitation de 48,13 p. 100.

[245] Par ailleurs, on comprend l'hésitation de M. Moriyasu à l'égard d'un taux de mortalité de 100 p. 100 pour expliquer un écart de 3 000 à 4 000 t.m. Il a reconnu en contre-interrogatoire que les scientifiques du MPO utilisent les résultats d'une étude prévoyant que le taux de mortalité du crabe blanc rejeté en mer est

at point 3.2; 648 at point 3.2; and 649 at point 2.2, and testimony dated February 24, 2016, page 145).

[246] A few days later, at the request of Nathalie Girouard, Associate Advisor, Atlantic Resource Management, Mikio Moriyasu also came back to the position adopted before the fishing plan was issued and confirmed that he felt that a hypothetical TAC of 21 437 mt for combined Areas 12 and 18 (with a buffer zone) was reasonable (Exhibit 471).

[247] The defendant argues that the 4 289 mt reduction in TAC was justified by the lack of a joint project agreement for 2003.

[248] It is not disputed that the lack of a trawl survey, which was done after the 2003 fishing season, had no impact on setting the 2003 TAC, but it may have influenced the TAC in subsequent years (see specifically Exhibit 682, page 2654). At any rate, the evidence shows that at the end of the 2003 season, DFO used 50 mt of snow crab as well as the unfished TAC to prepare a call for tenders to issue a scientific licence. Therefore, the lack of a trawl survey cannot justify any TAC reduction in 2003 by the Minister.

[249] As regards the fact that there was allegedly no improved snow crab protocol, the evidence shows that all of DFO's activities were funded by industry during the following years, following DFO's calls for tenders. As already indicated, there seems to be no rational link between the allotted tonnage and the financing amount sought. In 2004, RPPIM obtained a quota of 400 mt in consideration of \$1.5 million in financing; in 2005, AGFA obtained a quota of 480 mt in consideration of \$1.9 million in financing, whereas in 2006, it obtained a quota of 1000 mt in consideration of \$1.5 million in financing. In any case, everyone agreed that the value of the tonnage thus allotted is far higher than the financing amount, hence the incentive to participate in the call for tenders.

plutôt de 14,3 p. 100 (pièces 647 au point 3.2, 648 au point 3.2 et 649 au point 2.2, et témoignage 24 février 2016, page 145).

[246] Quelques jours plus tard, à la demande de Nathalie Girouard, conseillère associée, gestion des ressources de l'Atlantique, Mikio Moriyasu revient d'ailleurs à la position adoptée avant l'émission du plan de pêche et confirme qu'il estime qu'un TPA hypothétique de 21 437 t.m. pour les zones 12 et 18 combinées (avec une zone tampon) était raisonnable (pièce 471).

[247] La défenderesse plaide que cette réduction de 4 289 t.m. du TPA était justifiée par l'absence d'une entente de projet conjoint pour l'année 2003.

[248] Il n'est pas contesté que l'absence d'un relevé au chalut, qui serait fait après la saison de pêche 2003, n'a aucune incidence sur la fixation du TPA de 2003 mais que cela pourrait influencer le TPA des années subséquentes (voir notamment la pièce 682, page 2654). De toute façon, la preuve démontre qu'à la fin de la saison 2003, le MPO a utilisé 50 t.m. de crabe des neiges à même le TPA non pêché pour faire un appel de propositions pour l'émission d'un permis scientifique. L'absence d'un relevé au chalut ne peut donc pas justifier une quelconque réduction du TPA de 2003 par le ministre.

[249] En ce qui concerne le fait qu'il n'y aurait pas de protocole de crabe blanc amélioré, la preuve démontre que l'ensemble des activités du MPO ont été financées par l'industrie au cours des années suivantes, suite aux appels de propositions du MPO. Tel qu'indiqué préalablement, il ne semble pas y avoir de lien rationnel entre le tonnage alloué et le montant du financement recherché. En 2004, le RPPIM a obtenu un contingent de 400 t.m. en contrepartie d'un financement de 1.5 million de dollars; en 2005, l'APPFA a obtenu un contingent de 480 t.m. en contrepartie d'un financement de 1.9 million de dollars, alors qu'en 2006 elle a obtenu un contingent de 1 000 t.m. en contrepartie d'un financement de 1.5 million de dollars. À tout événement, il est convenu par tous que la valeur du tonnage ainsi allouée est de beaucoup supérieure au montant du financement, d'où l'incitatif à participer à l'appel de propositions.

[250] That exercise is only necessary to demonstrate that, although the Minister was right to reduce the TAC to take into account the lack of an improved soft-shell crab protocol, which the evidenced failed to show, that reduction should have apparently been much smaller. I have no evidence of the precise costs associated with the improved soft-shell crab protocol, but they are not that significant and, alone, would certainly not justify reducing a conservative TAC validated by scientists. The Minister could have done what he did for the 2003 trawl survey and for all scientific activities during subsequent years. He chose not to do so in his fishing plan.

[251] Lastly, there is nothing in the evidence regarding steps that DFO could have taken to find an alternate financing method for the improved soft-shell crab protocol for 2003.

[252] The reduction without justification, these attempts to find an explanation *ex post facto*, and the Minister's reaction regarding questions he was asked by journalists after the 2003 fishing plan was released have satisfied me that the only reason the Minister reduced the TAC by 4 289 mt in 2003 was to force traditional crabbers to resume negotiations that could lead to a joint project agreement. I am of the opinion that, in so doing, the Minister acted in bad faith, particularly in the context of all of the changes he chose to make to DFO policies that same year. He exercised his discretion by relying on considerations that are irrelevant, capricious or foreign to the purpose of the statute.

[253] I therefore conclude that the Minister committed a Category A tort, which caused the plaintiffs harm compensable in law, namely the missing 4 289 mt share that the 2003 fishing plan allotted them, based on their respective IQ.

(6) Release signed in 2006

[254] Given that I found that the integration of First Nations into the commercial snow crab fishery did not result in expropriation of the plaintiffs' IQs, and that it did not constitute an unjust enrichment of DFO, I do not

[250] Cet exercice n'est nécessaire que pour démontrer que même si le ministre avait eu raison de réduire le TPA afin de tenir compte de l'absence d'un protocole de crabe blanc amélioré, ce qui n'a pas été démontré par la preuve, cette réduction aurait dû être de bien moindre importance. Je n'ai pas la preuve des coûts exacts associés au protocole de crabe blanc amélioré, mais ils ne sont pas si importants et ne justifieraient certainement pas, à eux seuls, de réduire un TPA conservateur et validé par les scientifiques. Le ministre aurait pu faire ce qu'il a fait pour le relevé au chalut de 2003 et ce qu'il a fait pour l'ensemble des activités scientifiques au cours des années subséquentes. Il a choisi de ne pas le faire dans son plan de pêche.

[251] Finalement, la preuve est silencieuse quant aux démarches que le MPO aurait pu faire afin de trouver un mode alternatif de financement du protocole de crabe blanc amélioré pour l'année 2003.

[252] Cette réduction sans justification, ces tentatives de trouver une explication *ex post facto* et la réaction du ministre face aux questions que lui ont posées les journalistes après l'émission du plan de pêche 2003 me convainquent que la seule raison pour laquelle le ministre a réduit le TPA de 4 289 t.m. en 2003, était pour forcer les crabiers traditionnels à reprendre les négociations devant mener à une entente de projet conjoint. Je suis d'avis que ce faisant, le ministre agissait de mauvaise foi, particulièrement dans le contexte de l'ensemble des changements qu'il a choisi d'apporter aux politiques du MPO cette même année. Sa discrétion a été exercée en se fondant sur des considérations non pertinentes, capricieuses et étrangères à l'objet de la loi.

[253] J'en conclus que le ministre a commis un délit de catégorie A, lequel a causé aux demandeurs des dommages compensables en droit, soit la quote-part du 4 289 t.m. manquant que le plan de pêche de 2003 leur allouait, en fonction de leur QI respectif.

6) La quittance signée en 2006

[254] Puisque je conclus que l'intégration des Premières Nations à la pêche commerciale au crabe des neiges n'a pas résulté en une expropriation des QI des demandeurs et qu'elle ne constitue pas un enrichissement

need to rule on the releases signed by the plaintiffs in 2006.

[255] I will simply say that I share the plaintiffs' opinion to the effect that these releases apply only to the future. Note that DFO assessed that \$37.4 million was needed to acquire the share of TAC from traditional fishers that it was missing to fulfill the agreements to integrate the First Nations into the crab fishery. DFO used the \$37.4 million amount, distributed provincially, prorated for each fisher's IQ. The release was integrated into the financial aid agreement signed by the plaintiffs (see, for example, Exhibit 606). This was clearly a buyback of part of each fisher's IQ, and the fishers were giving up this part in future.

[256] Had I concluded that integration of the First Nations into the crab fishery gave rise to an expropriation claim or unjust enrichment, which is not the case, then the release signed by the plaintiffs would not defeat those claims.

F. Conclusion

[257] For the reasons set out herein, I am of the opinion to allow the plaintiffs' action in part and to state that DFO committed the tort of misfeasance in public office, for which the defendant is liable, by reducing the TAC from 21 437 mt to 17 148 mt in 2003, thereby causing injury to the plaintiffs for which they are entitled to compensation. The other causes of action, as well as the action based on misfeasance in public office with respect to the other misfeasance alleged by the plaintiffs, are dismissed.

[258] At the parties' suggestion, they have 30 days from the date hereof to agree on the costs to be awarded regarding the first component of the hearing or, failing consensus, to serve and file to the Registry of the Court their written submissions, not exceeding 10 pages, and addressing the criteria set out in subsection 400(3) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

sans cause du MPO, il n'est pas nécessaire pour moi de me prononcer sur les quittances signées en 2006 par les demandeurs.

[255] Je me contenterai de dire que je partage l'avis des demandeurs à l'effet que ces quittances ne valent que pour l'avenir. Rappelons que le MPO a évalué qu'une somme de 37,4 millions de dollars était nécessaire pour acquérir des pêcheurs traditionnels la part du TPA qui lui manquait pour satisfaire les ententes visant à intégrer les Premières Nations à la pêche au crabe. Le MPO a utilisé la somme de 37,4 millions de dollars, répartie sur une base provinciale, au prorata du QI de chaque pêcheur. La quittance est intégrée dans l'entente d'aide financière signée par les demandeurs (voir par exemple la pièce 606). Il s'agit clairement du rachat d'une partie du QI de chaque pêcheur qui y renonce pour l'avenir.

[256] Si j'avais conclu que l'intégration des Premières Nations dans la pêche au crabe donnait ouverture à une réclamation en expropriation ou en enrichissement sans cause, ce qui n'est pas le cas, la quittance signée par les demandeurs ne ferait donc pas échec à ces réclamations.

F. Conclusion

[257] Pour les motifs exposés aux présentes, je suis d'avis d'accueillir partiellement l'action des demandeurs et de déclarer que le MPO a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique, pour laquelle la défenderesse est responsable, en réduisant de 21 437 t.m. à 17 148 t.m. le TPA de 2003, causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils sont en droit d'être indemnisés. Les autres causes d'action, ainsi que l'action fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique à l'égard des autres fautes alléguées par les demandeurs, sont rejetées.

[258] À la suggestion des parties, celles-ci disposent d'un délai de 30 jours des présentes pour s'entendre sur les dépens à accorder à l'égard de ce premier volet de l'audition ou, à défaut, pour signifier et produire au greffe de la Cour leurs représentations écrites ne dépassant pas 10 pages et traitant des critères énoncés au paragraphe 400(3) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

JUDGMENT

FOR THESE REASONS, the Court:

1. Allows in part the plaintiffs' action;
2. Declares that the Minister of Fisheries and Oceans and the Department of Fisheries and Oceans officials committed the tort of misfeasance in public office, for which the defendant is liable, by reducing the TAC from 21 437 mt to 17 148 mt in 2003, thereby causing injury to the plaintiffs for which they are entitled to compensation;
3. Dismisses the other causes of action, as well as the action based on misfeasance in public office with respect to the other torts alleged by the plaintiffs;
4. If the parties are unable to agree on the costs, they must serve and file, within 30 days from the date hereof, their written submissions in this regard, which are not to exceed 10 pages and must address the criteria set out in subsection 400(3) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

JUGEMENT

POUR CES MOTIFS, la Cour :

1. Accueille en partie l'action des demandeurs;
2. Déclare que le ministre des Pêches et Océans et les fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans ont commis une faute dans l'exercice d'une charge publique, pour laquelle la défenderesse est responsable, en réduisant de 21 437 t.m. à 17 148 t.m. le TPA de 2003, causant ainsi aux demandeurs un préjudice pour lequel ils sont en droit d'être indemnisés;
3. Rejette les autres causes d'action, ainsi que l'action fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique à l'égard des autres fautes alléguées par les demandeurs;
4. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les dépens, elles devront signifier et déposer, dans les 30 jours des présentes, leurs représentations écrites à cet égard, lesquelles ne doivent pas dépasser 10 pages et doivent traiter des critères énoncés au paragraphe 400(3) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

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. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

BROADCASTING

Consolidation of three statutory appeals under *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11 (Act), s. 31(2) seeking to quash two broadcasting regulatory policies issued by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission regarding simultaneous substitution in which Commission enacting regulations providing remedies in case of errors in simultaneous substitution — Commission also announcing intention to implement policy not to permit simultaneous substitution during broadcast of Super Bowl, for general broadcast of speciality channels as of 2017 — Simultaneous substitution process by which signal of distant (usually American) station being broadcast in Canada replaced by signal of local Canadian broadcaster that broadcasts comparable programming at same time — Substitution regime set out in *Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555; general rule set out at s. 7 stating that signal of programming service cannot be altered or deleted but exceptions existing — In 2013, Commission initiating broad public consultation on future of television system — In 2015, in *Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-25* (First Policy), Commission announcing in particular intention to continue to allow simultaneous substitution generally but would disallow use for speciality channels, Super Bowl — Appellants Bell Canada, Bell Media Inc. (Bell), National Football League (NFL) challenging First Policy on grounds, *inter alia*, of denial of procedural fairness, unlawful administrative law discrimination; unreasonableness; lack of jurisdiction — Later, Commission issuing documents providing further details about changes that Commission deciding to make to simultaneous substitution regime, requesting comments thereon — In *Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-513* (Second Policy) issued in November 2015, Commission announcing enactment, coming into force of regulations implementing regime to address substitution errors — Regarding Second Policy, Bell, NFL arguing in particular that decision to prohibit simultaneous substitution at Super Bowl by order beyond scope of Commission’s jurisdiction under Act, s. 9(1)(h) — Whether appeal of policy determination to eliminate simultaneous substitution for Super Bowl, speciality services premature; whether Commission lacking jurisdiction to enact remedial regime for simultaneous substitution errors — Pursuant to Act, s. 31(2), appeal lying only from “decision or order” of Commission — Court accepting respondent’s argument that two policies pertaining to disallowance of simultaneous substitution for Super Bowl, effective in 2017, in nature of statements of intent; not qualifying as decisions or orders within meaning of Act, s. 31(2) — Statement about how administrative decision maker intending to act in future having no legal effect; decisions, orders must be final in nature to be considered by courts of law — Also, several sound policy reasons why Court should not intervene at such early stage of process — Thus, appeal not lying pursuant to Act, s. 31(2) regarding what was at time of hearing anticipated proposed distribution order or regulation prohibiting simultaneous substitution for Super Bowl — Furthermore, Commission not breaching procedural fairness — Procedural fairness obligations minimal in circumstances of present case — “Decision” to be made by Commission in nature of policy “decision” calling for exercise of considerable discretion — Clear Bell given fair notice that entire practice of simultaneous substitution up for discussion, made aware of concerns raised during consultation process — Regarding Commission’s jurisdiction to enact remedial regime for simultaneous substitution errors, Commission contending remedial regime set out in substitution regulations not punitive but aiming to serve public interest, further policy objectives of Act — Nothing suggesting Commission trying to achieve through back door what could not do explicitly or more directly — Remedial regime put in place by Commission more properly characterized as necessary adjunct to broad powers bestowed thereupon to accomplish Parliament’s objectives — Careful reading of Act confirming broad scope, wide discretion of powers conferred on Commission to implement Canadian broadcasting policy — Act, s. 10, which grants Commission delegated authority to make regulations, examined — Act, s. 10(1)(c),(g) providing clear legal foundation for remedial regime implementing consequences for disruptive simultaneous substitution errors — Finally, scope of Commission’s regulatory powers expanded

BROADCASTING—Concluded

more broadly by Act, s. 10(1)(k) in which subjective language therein signalling Parliament’s intent to confer wide margin of appreciation, discretion on Commission in regulation-making function — Therefore, remedial regime set out in Second Policy validly adopted — Appeals dismissed.

BELL CANADA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-231-15, A-63-16, A-67-16, 2016 FCA 217, de Montigny J.A., judgment dated September 2, 2016, 29 pp.)

COPYRIGHT

INFRINGEMENT

Damages

Application pursuant to *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 34(4) requesting, *inter alia*, declaration that respondents infringed applicant’s copyright in nine computer programs; permanent injunction restraining respondents from infringing copyright; statutory, punitive damages for allegedly selling unlicensed copies of Microsoft programs in process known as “hard disk loading” — Respondent Andy Liu selling refurbished computer without appropriate program licenses to private investigator on October 24, 2013 — Investigator later obtaining second computer from respondent’s co-worker on February 3, 2015 — Co-worker installing unlicensed software from external hard drive handed to him by respondent — Whether respondent infringing applicant’s copyright in programs — Respondent clearly infringing applicant’s copyright in computer programs on October 24 — However, sale of unauthorized software on February 3 by co-worker not as straightforward — Nature, extent of relationship between respondent, co-worker not clear — Question whether respondent also violating applicant’s copyright on February 3 — Respondent, unlike co-worker, not actually engaging in infringing actions in February transaction — Merely providing equipment used to infringe copyright not engaging liability or responsibility for any subsequent violation of copyright that might occur when equipment used by someone else to infringe copyrighted work — External hard drive handed to co-worker by respondent on February 3 akin to self-service photocopiers made available to patrons of library in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 — Evidence such that respondent not authorizing or engaging in infringing activities on February 3 — Damages awarded to applicant for October 24 violation — Application allowed in part.

MICROSOFT CORPORATION V. LIU (T-797-15, 2016 FC 950, Boswell J., judgment dated August 19, 2016, 26 pp.)

PENITENTIARIES

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2015 FC 1093) finding use of assessment tools by Correctional Service of Canada (CSC) to assess risk of criminal recidivism, psychopathy contrary to *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 4(g), 24(1), violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 when used in respect of Aboriginal inmates — Respondent alleging, *inter alia*, assessment tools unreliable, generating false results, conclusions — Whether F.C. erring in finding appellant breached statutory obligation imposed by Act, s. 24(1), violated respondent’s Charter, s. 7 liberty and security interests — F.C. citing no authority for proposition that respondent not required “to establish definitively” that assessment tools biased — Respondent bearing burden of establishing these facts on balance of probabilities — F.C. erred in law when requiring that respondent establish only reasonable challenge to reliability of results, conclusions — In absence of evidence, respondent failing to establish that assessment tools generating false results, conclusions; that CSC breaching statutory duty — This conclusion consistent with F.C. reasons wherein F.C. expressing intent to issue final order enjoining use of assessment tools in respect of respondent, other Aboriginal inmates until, at minimum, appellant conducting study to confirm reliability of assessment tools — F.C. should have dismissed respondent’s action — Could not grant remedy it did on basis of an unequivocal evidentiary record — F.C. erred by failing to conclude that respondent failed to establish violation of s. 7 rights on balance of probabilities — Appeal allowed.

CANADA V. EWERT (A-421-15, 2016 FCA 203, Dawson J.A., reasons for judgment dated August 3, 2016, 15 pp.)

PRACTICE

LIMITATION OF ACTIONS

Appeal from Federal Court (F.C.) decision granting motion for summary judgment on basis appellant's claim statute barred — Appellant assaulted on July 20, 2011 while awaiting trial on murder charge — Subsequently convicted, sentenced — First consulting lawyer in September 2013 to act for him against Correctional Service of Canada (CSC) — Appellant's statement of claim filed on October 17, 2014 — Appellant claiming CSC breaching his rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 12 — Respondent arguing claim barred by *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266 (Act) — F.C. finding, *inter alia*, claim action for "damages in respect of injury to person" as provided in Act, s. 3(2)(a) — After applying criteria set out in *Ounjian v. St Paul's Hospital*, 2002 BCSC 104, for determining the commencement of the running of time against a plaintiff, F.C. finding reasonable person would have been able to bring action within limitation period — Whether F.C. erring: in determining that applicable limitation period herein falling under Act, s. 3(2)(a) rather than s. 3(5); in finding no genuine issue for trial with respect to issue of postponement or suspension of applicable limitation period — Case law supporting conclusions that (a) limitation periods applying to personal claims for Charter remedies, (b) s. 3(2)(a) applicable limitation period — Weight of authority supporting proposition that personal Charter remedies subject to provincial limitation statutes — Charter damages claims arising from bodily injury subject to limitation periods governing actions seeking private law remedies for bodily injury — Application of limitation period to action for Charter damages not precluding application of analytical framework described in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28 — Appropriate that Charter damages claim based on bodily injury be subject to same limitation period applying to tort claim arising out of same injury — Not desirable that claims for bodily injury should have different limitation periods depending upon identity of defendant — F.C. correct in concluding that appellant's claim for Charter damages subject to 2 year limitation in Act, s. 3(2)(a) — However, Court erring on issue of suspension of postponement of limitation period — There was a genuine issue for trial herein as to whether running of limitation period against appellant suspended by operation of Act, s. 6(4) — F.C. not giving sufficient weight to various factors following appellant's assault, e.g. post-traumatic stress disorder — Clear that February 2013 earliest time that appellant could have pursued his rights — Appellant's allegations sufficient to meet significant, serious, compelling threshold — F.C. erring in resolving question of credibility on summary judgement application — Appeal allowed.

NEWMAN V. CANADA (A-233-15, 2016 FCA 213, Pelletier J.A., reasons for judgment dated August 31, 2016, 21 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-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

DROIT D'AUTEUR

VIOLATION

Dommages-intérêts

Demande présentée en vertu de l'art. 34(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 afin de demander, entre autres, une déclaration portant que les défendeurs ont violé le droit d'auteur de la demanderesse à l'égard de neuf programmes informatiques; une injonction permanente empêchant les défendeurs de violer le droit d'auteur; des dommages-intérêts d'origine législative ainsi que des dommages-intérêts punitifs pour la vente alléguée de copies non enregistrées des programmes Microsoft dans le cadre d'un processus appelé « copie illégale sur disque dur » — Le défendeur Andy Liu a vendu un ordinateur remis à neuf sans détenir les licences de programme appropriées à un enquêteur privé le 24 octobre 2013 — L'enquêteur a par la suite obtenu un deuxième ordinateur d'un collègue du défendeur le 3 février 2015 — Le collègue a installé un logiciel non enregistré à partir d'un disque dur externe qui lui avait été donné par le défendeur — Il s'agissait de déterminer si le défendeur a violé le droit d'auteur de la demanderesse à l'égard des programmes — Le défendeur a manifestement violé le droit d'auteur de la demanderesse à l'égard des programmes informatiques le 24 octobre — Cependant, la vente d'un logiciel non autorisé le 3 février par le collègue n'est pas aussi évidente — La nature et l'étendue de la relation entre le défendeur et le collègue ne sont pas claires — Il s'agissait de savoir si le défendeur a également violé le droit d'auteur de la demanderesse le 3 février — Le défendeur, contrairement à son collègue, n'a pas réellement participé à la violation lors de la transaction du 3 février — Il a seulement fourni l'équipement utilisé pour violer le droit d'auteur, sans engager sa responsabilité pour toute violation subséquente du droit d'auteur pouvant découler de l'utilisation, par quelqu'un d'autre, de l'équipement pour violer un produit faisant l'objet d'un droit d'auteur — Le disque dur externe que le défendeur a remis à son collègue le 3 février s'apparente aux photocopieurs libre-service mis à la disposition des clients d'une bibliothèque dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 — Selon la preuve, le défendeur n'a pas autorisé les activités de contrefaçon et n'y a pas participé le 3 février — Des dommages-intérêts ont été accordés à la demanderesse pour la violation du 24 octobre — Demande accueillie en partie.

MICROSOFT CORPORATION C. LIU (T-797-15, 2016 CF 950, juge Boswell, jugement en date du 19 août 2016, 26 p.)

PÉNITENCIERS

Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) (2105 CF 1093) qui a conclu que l'utilisation par le Service correctionnel du Canada (SCC) de certains outils d'évaluation afin de mesurer le risque de récidive criminelle et d'évaluer la psychopathie chez les détenus autochtones était contraire aux art. 4g) et 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi), et qu'elle contrevenait également à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — L'intimé a fait valoir, entre autres, que les outils d'évaluation ne sont pas fiables et donnent lieu à des résultats et des conclusions erronés — Il s'agissait de savoir si la C.F. a commis une erreur en concluant que l'appelant avait contrevenu à l'obligation légale imposée par l'art. 24(1) de la Loi et en concluant que l'appelante avait violé les droits à la liberté et à la sécurité de l'intimé garantis par l'art. 7 de la Charte — La C.F. n'a invoqué aucune jurisprudence pour étayer l'affirmation selon laquelle il n'était pas nécessaire que l'intimé « établisse de façon définitive » que les outils d'évaluation comprenaient un biais — Il

PÉNITENCIERS—Fin

incombait à l'intimé d'établir ces faits selon la prépondérance des probabilités — La C.F. a commis une erreur de droit en exigeant seulement que l'intimé soulève un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats et des conclusions obtenus — En l'absence de preuve, l'intimé n'a pas réussi à établir que les outils d'évaluation produisent des résultats et des conclusions erronés, et il n'a pas réussi à établir un manquement à une obligation légale de la part du SCC — Cette conclusion est conforme aux motifs de la C.F., dans lesquels elle a exprimé son intention de rendre une ordonnance définitive interdisant l'utilisation des instruments d'évaluation à l'endroit de l'intimé et des autres détenus autochtones jusqu'à ce que, à tout le moins, l'appelante mène une étude qui confirme la fiabilité de ces instruments — La C.F. aurait dû rejeter l'action de l'intimé — La C.F. ne pouvait pas accorder le recours qu'elle a accordé sur la foi d'un dossier de preuve sans équivoque — La C.F. a commis une erreur en omettant de conclure que l'intimé n'avait pas réussi à démontrer une violation des droits garantis par l'art. 7 selon la prépondérance des probabilités — Appel accueilli.

CANADA C. EWERT (A-421-15, 2016 CAF 203, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 3 août 2016, 15 p.)

PRATIQUE**PRESCRIPTION**

Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) qui a accueilli la requête en jugement sommaire au motif que la demande de l'appelant était prescrite — L'appelant a été agressé le 20 juillet 2011 alors qu'il était en attente de la tenue d'un procès relativement à une accusation de meurtre — Par la suite, il a été déclaré coupable et condamné — Il a d'abord consulté un avocat en septembre 2013 pour le représenter contre le Service correctionnel du Canada (SCC) — La déclaration de l'appelant a été déposée le 17 octobre 2014 — L'appelant a fait valoir que le SCC a enfreint les droits qui lui sont garantis en vertu des art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — L'intimé a soutenu que la demande était prescrite en vertu de la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266 (la Loi) — La C.F. a conclu, entre autres, que la demande était une action en [TRADUCTION] « dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé à la personne », tel que le prévoit l'art. 3(2)a de la Loi — Après avoir appliqué le critère établi dans l'arrêt *Ounjian v. St-Paul's Hospital*, 2002 BCSC 104, afin de déterminer le point de départ à partir duquel commence à courir le délai de prescription contre un demandeur, la C.F. a conclu qu'une personne raisonnable aurait été en mesure d'intenter une action avant l'expiration du délai de prescription — Il s'agissait de savoir si la C.F. a commis une erreur en déterminant que le délai de prescription applicable en l'espèce relevait de l'application de l'art. 3(2)a de la Loi plutôt que de l'art. 3(5) et en concluant qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse quant au report ou à la suspension du délai de prescription applicable — Il ressort de la jurisprudence que a) les délais de prescription s'appliquent aux demandes de réparation personnelles fondées sur la Charte et b) le délai prévu à l'art. 3(2)a est le délai de prescription applicable — La jurisprudence tend à indiquer de façon prépondérante que les réparations personnelles fondées sur la Charte sont assujetties aux lois provinciales sur la prescription — Les demandes de réparation fondées sur la Charte qui découlent d'un préjudice corporel sont assujetties aux délais de prescription qui régissent les actions intentées dans le but d'obtenir une réparation en droit privé pour préjudice corporel — L'application d'un délai de prescription à une action en dommages-intérêts fondée sur la Charte n'empêche pas l'application du cadre d'analyse décrit dans l'arrêt *Ville de Vancouver c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28 — Il est indiqué d'assujettir les actions en dommages-intérêts pour préjudice corporel fondées sur la Charte au même délai de prescription que celui applicable à une réclamation en matière de délit civil découlant du même préjudice — Il n'est pas souhaitable que les demandes de réparation pour préjudice corporel soient assujetties à des délais de prescription différents selon l'identité du défendeur — La C.F. a, à bon droit, conclu que l'action en dommages-intérêts fondée sur la Charte intentée par l'appelant était assujettie au délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 3(2)a de la Loi — Cependant, la Cour a commis une erreur sur la question de la suspension ou du report du délai de prescription — Il existait bel et bien une véritable question litigieuse en l'espèce quant à savoir si le délai de prescription contre le plaignant a été suspendu par l'application de l'art. 6(4) de la Loi — La C.F. n'a pas accordé suffisamment d'importance à différents facteurs après l'agression subie par l'appelant, notamment, le trouble de stress post-traumatique dont il a été victime — Il était clair que ce n'est qu'en février 2013 que l'appelant pouvait faire valoir ses droits pour la première fois — Les allégations de l'appelant étaient suffisantes pour répondre au critère des circonstances importantes, graves et impératives — La C.F. a commis une erreur en décidant de résoudre la question de la crédibilité dans le cadre de la requête en jugement sommaire — Appel accueilli.

NEWMAN C. CANADA (A-233-15, 2016 CAF 213, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 31 août 2016, 21 p.)

RADIODIFFUSION

Réunion de trois appels interjetés en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11 (la Loi), art. 31(2), visant à infirmer deux politiques réglementaires de radiodiffusion publiées par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil) concernant la substitution simultanée dans le cadre desquelles le Conseil a édicté des règlements prévoyant des recours en cas d'erreurs durant la substitution simultanée — Le Conseil a également annoncé son intention de mettre en œuvre des politiques interdisant la substitution simultanée au cours de la diffusion du Super Bowl et aux fins de diffusion générale des chaînes spécialisées, à partir de 2017 — La substitution simultanée est un processus par lequel le signal d'une station éloignée (en général, une station américaine) diffusé au Canada est remplacé par le signal d'un radiodiffuseur canadien local qui diffuse des émissions comparables au même moment — Le régime de substitution est établi dans le *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555; la règle générale énoncée à l'art. 7 dispose que le signal d'un service de programmation ne peut être modifié ou retiré, mais il existe des exceptions — En 2013, le Conseil a lancé une vaste consultation publique sur l'avenir du système de télédiffusion — En 2015, dans sa *Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-25* (première politique), le Conseil a annoncé notamment son intention de continuer à permettre la substitution simultanée en général, mais qu'elle en interdirait l'utilisation par les chaînes spécialisées et pour le Super Bowl — Les appelants Bell Canada, Bell Media Inc. (Bell) et la Ligue nationale de football (la NFL) ont contesté la première politique pour des motifs, entre autres, de manquement à l'équité procédurale, de discrimination illégale de droit administratif, de caractère déraisonnable et de défaut de compétence — Plus tard, le Conseil a publié d'autres documents qui fournissaient de plus amples renseignements sur les modifications que le Conseil avait décidé d'apporter au régime de substitution simultanée, et a sollicité des commentaires à ce sujet — Dans sa *Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-513* (deuxième politique) publiée en novembre 2015, le Conseil a annoncé l'adoption et l'entrée en vigueur du règlement d'application du régime pour régler les erreurs de substitution — En ce qui concerne la deuxième politique, Bell et la NFL ont soutenu plus particulièrement que la décision d'interdire par ordonnance la substitution simultanée pendant le Super Bowl ne relevait pas de la compétence du Conseil en vertu de l'art. 9(1)h) de la Loi — Il s'agissait de savoir si un appel interjeté à l'encontre de la décision de politique pour éliminer la substitution simultanée pendant le Super Bowl et pour les services spécialisés était prématuré et si le Conseil était dépourvu de la compétence d'adopter un régime de réparation pour les erreurs de substitution simultanée — En vertu de l'art. 31(2) de la Loi, ce sont les « décisions et ordonnances » du Conseil qui sont susceptibles d'appel — La Cour a accepté l'argument de l'intimé selon lequel les deux politiques concernant l'interdiction de la substitution simultanée pour le Super Bowl, entrées en vigueur en 2017, relèvent de déclarations d'intention; elles ne constituent pas des décisions ou des ordonnances au sens de l'art 31(2) de la Loi — Une déclaration sur la façon dont un décideur administratif a l'intention d'agir à l'avenir n'a aucun effet juridique; les décisions et les ordonnances doivent être de nature définitive pour être examinées par les tribunaux — En outre, il y avait plusieurs considérations de principe valables qui expliquaient pourquoi la Cour ne devrait pas intervenir à ce stade précoce du processus — Par conséquent, un appel était irrecevable en vertu de l'art. 31(2) de la Loi en ce qui concerne ce qui constituait, au moment de l'audience, l'ordonnance de distribution proposée prévue ou le règlement interdisant la substitution simultanée pour le Super Bowl — De plus, le Conseil n'a pas manqué au principe d'équité procédurale — Les obligations d'équité procédurale étaient minimales dans les circonstances de l'espèce — La « décision » que devait prendre le Conseil relevait d'une « décision » de politique qui exigeait l'exercice d'un grand pouvoir discrétionnaire — Il est clair que Bell a reçu un avis équitable selon lequel l'ensemble de la pratique de substitution allait faire l'objet d'une discussion et elle a été informée des préoccupations soulevées au cours du processus de consultation — En ce qui concerne la compétence du Conseil à adopter un régime de réparation pour les erreurs de substitution simultanée, le Conseil prétendait que le régime de réparation établi dans le règlement sur la substitution n'est pas punitif mais vise plutôt à servir l'intérêt public et à poursuivre les objectifs visés par la Loi — Rien ne laissait entendre que le Conseil a tenté de réaliser, par des moyens détournés, ce qu'il ne pouvait pas faire explicitement ou plus directement — Le régime de réparation mis en place par le Conseil peut être plus justement qualifié de complément nécessaire aux larges pouvoirs qui lui sont accordés pour atteindre les objectifs du législateur — Une lecture attentive de la Loi confirme la large portée des pouvoirs discrétionnaires accordés au Conseil pour mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion — L'art. 10 de la Loi, qui accorde au Conseil le pouvoir de prendre des règlements, a été examiné — Les art. 10(1)c) et g) de la Loi établissent un fondement juridique clair permettant au régime de réparation de mettre en œuvre les conséquences découlant des erreurs de substitution simultanée perturbantes — Enfin, la portée des pouvoirs de réglementation du Conseil a été élargie davantage par l'art. 10(1)k) dont le libellé subjectif signale l'intention du législateur de conférer au Conseil une grande latitude et un large pouvoir discrétionnaire dans sa fonction de prendre des règlements — Par conséquent, le régime de réparation établi dans la deuxième politique a été valablement adopté — Appels rejetés.

BELL CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-231-15, A-63-16, A-67-16, 2016 CAF 217, juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 2 septembre 2016, 29 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3