



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 1, Part 2

1998, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [1998] 1 F.C., 245-488

Renvoi [1998] 1 C.F., 245-488

Published by

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

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

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

Publié par

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

Bureau des arrêtistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjointes à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Digests	D-15
Appeals Noted	I
Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division v. Dean (C.A.)	433

Construction of statutes — Canada Labour Code, s. 240(1)(a), permitting any person completing 12 consecutive months of continuous employment to make unjust dismissal complaint — Appellants employed 10 to 12 weeks per year for more than 10 years when dismissed — Motions Judge holding s. 240(1)(a) requiring 12 consecutive months of continuous work based on use of verb “travailler” in French version — Applying shared meaning rule, holding French text should prevail as English version uncertain — Not discussing Parliament’s intention in enacting unjust dismissal provisions — Where one language version capable of broader meaning, issue which meaning best according with Parliament’s intention in enacting both versions — Objective of unjust dismissal provisions to afford non-unionized workers within federal jurisdiction protection similar to that enjoyed by unionized workers under collective agreements — Court ought to resolve in favour of complainants any variance between English, French texts respecting qualifying conditions for such protection — S. 240(1)(a) not intended as onerous exclusionary provision excluding from Code’s protection all seasonal employees — If employment, work interpreted as synonymous, all seasonal employees excluded from Code’s protection because any period not working for salary rupturing employment relationship — Parliament intending s. 240(1)(a) to avoid potential for overload of applications — Employment relationship, not active work, important — French version originally identical to English — Changed under authority of Statute Revision Act — Statute Revision Commission exceeding powers in changing substance of legislation — Amendment to Canada Labour Standard Regulations, s. 29 (deeming absence from employment as result of lay-off not interruption of continuity of employment), after these complaints filed, reflecting state of

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-17
Appels notés	I
Beothuk Data Systems Ltd., Division Seawatch c. Dean (C.A.)	433

Interprétation des lois — L’art. 240(1)a) du Code canadien du travail permet à toute personne ayant complété 12 mois consécutifs d’emploi continu de déposer une plainte pour congédiement injustifié — Les appelants avaient travaillé pendant 10 à 12 semaines par année pendant plus de 10 ans au moment de leur congédiement — Se fondant sur l’utilisation du verbe «travailler» dans la version française, le juge des requêtes a conclu que l’art. 240(1)a) exige 12 mois consécutifs de travail continu — En appliquant le principe du sens commun, il a conclu que la version française devait prévaloir étant donné que la version anglaise était ambiguë — Il n’a pas discuté de ce qu’était l’intention du législateur au moment où il a adopté les dispositions concernant le congédiement injuste — Lorsqu’une version peut avoir un sens plus large que l’autre, la question à trancher est de savoir quel est le sens qui correspond le mieux à l’intention qu’avait le législateur en adoptant les deux versions — L’objectif des dispositions concernant le congédiement injuste était d’offrir aux travailleurs non syndiqués relevant des autorités fédérales une protection semblable à celle dont bénéficiaient les travailleurs syndiqués régis par des conventions collectives — La Cour doit interpréter en faveur des plaignants toute disparité entre les versions anglaise et française concernant les conditions d’admissibilité à une telle protection — L’art. 240(1)a) n’a pas été conçu comme une disposition d’exclusion onéreuse qui prive des protections assurées par le Code tous les employés saisonniers — Si emploi et travail sont interprétés comme étant synonymes, tous les employés saisonniers sont exclus des protections offertes par le Code, parce que toute période au cours de laquelle l’employé ne travaille pas en contrepartie d’un salaire interrompt la relation d’emploi — En adoptant l’art. 240(1)a), le législateur avait l’intention d’éviter la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

law at time of enactment — Interpretation Act, s. 45 providing amendment not deemed to involve declaration law changed or any declaration as to previous state of law.

Labour relations — Appellants working 10 to 12 weeks per year for more than 10 years as river guardians — Initially employed by Department of Fisheries and Oceans, then by Beothuk, successful contractor, on call-back basis — Since 1988 Department exercising option to renew contract — Canada Labour Code, s. 240(1)(a) permitting any person completing 12 consecutive months of continuous employment to file complaint of unjust dismissal — Requiring continuous employment relationship, not continuous work — Question of fact whether employment relationship surviving annual lay-off — Application of s. 240(1)(a) to facts within Adjudicator's expertise — Motions Judge ought to have accorded deference to Adjudicator's finding on evidence appellants permanent seasonal employees whose employment relationship not interrupted by annual lay-off.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether issue of jurisdiction could be raised on judicial review of Adjudicator's decision appellants unjustly dismissed — Canada Labour Code, s. 243 providing every order of Adjudicator appointed under s. 242 final — Interpretation by Adjudicator of statutory conditions precedent to complaints validly filed under Canada Labour Code, s. 240(1) subject to review on correctness standard — Jurisdictional issues always alive, may be raised at any point in proceedings.

Canada v. Fingold (C.A.) 406

Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from T.C.C. decision setting aside Minister's assessment of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

possibilité qu'un trop grand nombre de demandes soient présentées — C'est la relation d'emploi et non la période de travail actif qui compte — La version française était originellement identique à la version anglaise — Sa modification a été effectuée sous l'autorité de la Loi sur la révision des lois — La Commission de révision des lois a excédé ses pouvoirs en changeant le fond de la disposition — La modification de l'art. 29 du Règlement du Canada sur les normes du travail (qui présume que l'absence de l'emploi par suite d'une mise à pied n'a pas pour effet d'interrompre la continuité de la relation d'emploi), après le dépôt des plaintes, reflétait l'état du droit au moment de son adoption — L'art. 45 de la Loi d'interprétation prévoit que la modification d'un texte ne constitue pas une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes ni une déclaration sur l'état antérieur du droit.

Relations du travail — Les appelants avaient travaillé de 10 à 12 semaines par année pendant plus de 10 ans comme gardes-pêche — Initialement employés du ministère des Pêches et des Océans, puis de Beothuk, entrepreneur dont la soumission avait été retenue, sur une base de rappel — Depuis 1988, le Ministère a exercé son option de renouveler le contrat — L'art. 240(1)(a) du Code canadien du travail permet à toute personne ayant complété 12 mois consécutifs d'emploi continu de déposer une plainte pour congédiement injustifié — Exigence d'une relation d'emploi continue, non un travail continu — La question de savoir si la relation d'emploi a survécu à la mise à pied annuelle est une question de fait — L'application de l'art. 240(1)(a) aux faits relève des compétences spécialisées de l'arbitre — Le juge des requêtes aurait dû faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion de l'arbitre établissant que les appelants étaient des employés saisonniers permanents et que leur relation d'emploi n'était pas interrompue par leur mise à pied annuelle.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La question de la compétence pouvait-elle être soulevée au cours de la procédure de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle les appelants avaient été injustement congédiés? — L'art. 243 du Code canadien du travail prévoit que toute décision d'un arbitre nommé en vertu de l'art. 242 est définitive — L'interprétation donnée par un arbitre des conditions préalables, énoncées dans la loi, concernant la régularité du dépôt d'une plainte aux termes de l'art. 240(1) est assujettie à la norme de la justesse de la décision — Les questions de compétence peuvent être soulevées en tout temps et à toutes les étapes de l'instance.

Canada c. Fingold (C.A.) 406

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision de la C.C.I. qui a annulé la cotisation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

income — Taxpayer's company purchasing, renovating luxurious 5-bedroom penthouse apartment in Florida for \$4 million — Condo used for business entertaining 26, 45 times in 2 taxation years at issue — In same building as mother's apartment where taxpayer traditionally holidayed in winter — Income Tax Act, s. 15 deeming amount of benefit conferred on shareholder to be dividend — Whether equity rate of return (interest on amount spent on acquisition, renovation of condominium), or fair market rental value, proper method for assessing shareholder benefits — Existence of business purpose in acquisition, use of property not necessarily determining nature of benefit conferred on shareholder — Trial Judge failed to consider facts leading to conclusion selection, character of apartment primarily for personal accommodation of taxpayer, essentially for his benefit — Respondent would have had to pay equity rate of return to get same benefit from company of which not shareholder.

Evidence — Letters from realtors to Revenue Canada as to fair market rental value of luxury condo apartment provided to shareholder not evidence — Not sworn opinions subject to cross-examination — Not admissions against interest by MNR who produced them because happened to be in files.

Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner) (T.D.) 337

Access to information — Act provisions precluding disclosure of information gathered in course of investigation applicable to preclude disclosure in judicial review proceedings initiated to review decision of Information Commissioner as result of investigation.

Practice — Discovery — Production of documents — Act provisions precluding disclosure of information gathered in course of investigation applicable to preclude disclosure in judicial review proceedings initiated to review decision of Information Commissioner as result of investigation — Therefore, Commissioner's objection under R. 1613(2) to production of documents sought under R. 1612, upheld.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

établie par le ministre — Achat et rénovation par la société du contribuable d'un appartement luxueux de type penthouse de cinq chambres, en Floride, au coût de 4 millions de dollars — Condominium utilisé à des fins de représentation à 26 et 45 reprises respectivement au cours des deux années d'imposition en cause — Situé dans le même édifice que l'appartement de la mère du contribuable où celui-ci avait l'habitude de passer ses vacances d'hiver — L'art. 15 de la Loi de l'impôt sur le revenu présume que l'avantage conféré à un actionnaire constitue un dividende — Laquelle de la méthode du rendement du capital investi (les intérêts qu'auraient produits les sommes consacrées à l'acquisition et à la rénovation de l'appartement) ou de la méthode de la juste valeur locative doit être retenue pour calculer l'avantage conféré à un actionnaire? — Le fait que le bien a été acquis et utilisé à une fin commerciale n'est pas nécessairement déterminant quant à la nature de l'avantage conféré à l'actionnaire — Le juge de première instance n'a pas tenu compte de faits menant à la conclusion que le choix et la nature de cet appartement visaient d'abord et avant tout à accommoder personnellement le contribuable et étaient essentiellement à son avantage — L'intimé aurait dû verser une somme égale au rendement du capital investi pour obtenir le même avantage d'une société dont il n'était pas actionnaire.

Preuve — Des lettres de courtiers immobiliers à Revenu Canada quant à la juste valeur locative d'un appartement de luxe ne constituent pas des éléments de preuve favorables à l'actionnaire — Ce ne sont pas des opinions données sous serment et assujetties à un contre-interrogatoire — Ce ne sont pas des aveux contre les intérêts du MRN qui les a produites parce qu'elles étaient dans les dossiers.

Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information) (1^{re} inst.) 337

Accès à l'information — Les dispositions de la Loi empêchant la divulgation de renseignements recueillis en cours d'enquête s'appliquent pour empêcher la divulgation de ce type de renseignements dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision que le Commissaire à l'information a prise par suite d'une enquête.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Les dispositions de la Loi empêchant la divulgation de renseignements recueillis en cours d'enquête s'appliquent pour empêcher la divulgation de ce type de renseignements dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision que le Commissaire à l'information a prise par suite d'une enquête — Par conséquent, l'opposition du commissaire, en vertu de la Règle 1613(2), à la production de documents demandés aux termes de la Règle 1612 est maintenue.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — Pleadings — Motion to strike — Within Court's inherent jurisdiction to strike motion, but discretion to do so should be exercised only where clear no basis for proceeding by originating motion — Motion to strike allowed: by Minister's decision not to implement Information Commissioner's recommendation, issue raised by application for judicial review became moot — Furthermore, where recommendation not clearly unreasonable in light of evidence and materials before Commissioner, and minimal standards of fairness applicable met, Court may not intervene — Discretion Commissioner's alone, not Court's — No ground upon which Court might intervene here established, even on *prima facie* basis, by application and supporting affidavits.

Practice — Parties — Standing — Information Commissioner properly excluded as respondent if matter were to proceed to hearing — Proper standing that of intervenor with full party status to make submissions on issues other than merits of his decision.

Practice — Costs — Special reasons to award costs on solicitor-client basis payable by applicants to individual in access to information case incurred after order of Motions Judge denying injunctive relief on basis that no serious issue — Should have been clear to applicants' counsel hopeless to pursue claim for costs, illicit purpose allegations against individual respondent.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to strike originating notice of motion — Within Court's inherent jurisdiction to strike, but discretion exercised only where clear no basis for proceeding by originating motion.

Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (T.D.) 420

Security intelligence — Application for warrants under Canadian Security Intelligence Service Act, s. 21 — CSIS seeking inclusion of provisions in warrants, including "visitors clause", to enable Service to investigate threat to security of Canada — "Visitors clause" unlawful delegation to Service employee of functions of judge under Act, s. 21 — Purpose of s. 21 to ensure objective, detached analysis of facts asserted in warrant application — Judge initially

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — La Cour est investie d'une compétence pour accorder ce genre de réparation, mais elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en ce sens uniquement lorsqu'il est évident que la requête introductive d'instance n'est aucunement fondée — La requête en radiation est accordée: en raison de la décision du ministre de ne pas donner suite à la recommandation du Commissaire à l'information, la question soulevée par la demande de contrôle judiciaire est devenue théorique — De plus, lorsque la recommandation n'est pas manifestement déraisonnable, compte tenu de la preuve dont le commissaire à l'information est saisi, et qu'il a respecté la norme d'équité minimale applicable, la Cour ne peut pas intervenir — Cela relève seulement du pouvoir discrétionnaire du commissaire, non de celui de la Cour — Aucun élément de preuve qui permette à la Cour d'intervenir en l'espèce n'a été établi, même à première vue, dans la demande ou les affidavits déposés au soutien de celle-ci.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Si l'affaire devait être entendue, il y aurait lieu d'exclure le Commissaire à l'information comme partie intimée — Il demeurerait habilité à agir comme intervenant et à formuler des observations au sujet de points autres que le bien-fondé de sa décision.

Pratique — Frais et dépens — Raisons spéciales justifiant d'accorder des frais payables à l'intimé Drapeau par les requérants sur la base procureur-client à l'égard des procédures d'accès à l'information engagées après l'ordonnance par laquelle le juge des requêtes a refusé l'injonction pour le motif qu'il n'y avait pas de question sérieuse — Il aurait dû apparaître clairement aux avocats des requérants qu'il était vain de continuer de réclamer des frais, et de soutenir que l'intimé Drapeau poursuivait des fins illicites.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation d'un avis de requête introductive d'instance — La Cour est investie d'une compétence pour accorder ce genre de réparation, mais elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en ce sens uniquement lorsqu'il est évident que la requête introductive d'instance n'est aucunement fondée.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (1^{re} inst.) 420

Renseignement de sécurité — Demande de mandats présentée en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — Le SCRS demandait l'inclusion dans les mandats de diverses dispositions, dont une clause des «visiteurs», pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces à la sécurité du Canada — La clause des «visiteurs» constitue une délégation illicite à un employé du Service des pouvoirs conférés à un juge en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

issuing edited reasons for order due to concerns for national security — Releasing unedited version after CSIS spokeswoman divulging to media information Judge had agreed to omit from reasons.

Constitutional law — Charter of Rights — Legal rights — Search or seizure — CSIS applying for warrants under Canadian Security Intelligence Service Act, s. 21 — Whether “visitors” clause unlawfully delegates to Service employee functions of judge under s. 21 — Issue related to s. 8 Charter right to be secure against unreasonable search, seizure — Prior authorization precondition for valid search, seizure, should not be delegated to investigatory body — Person authorizing search must be judge, person capable of acting judicially — Purpose of judicial control under Act, s. 21 to ensure objective, detached analysis of facts set out in warrant application to determine whether interests of state prevail over individual’s constitutional right to be secure from unreasonable search, seizure.

ExpressVu Inc. v. NII Norsat International Inc. (T.D.) 245

Broadcasting — Licensed Canadian-based direct broadcast satellite (DBS) service provider seeking damages, injunctive relief against defendants re importation and sale of receivers (small satellite dishes) and decoders for receiving DBS signals originating in U.S.A. from broadcasters not licensed to broadcast in Canada — Interpretation of Radiocommunication Act, ss. 9, 10 and 18 — Act, s. 9(1)(c) providing absolute prohibition against decoding of encrypted subscription program signals unless emanating from lawful distributor in Canada authorizing decoding — Plaintiffs having right of civil action under Act, s. 18 as have suffered loss or damages as result of conduct of defendant, Norsat, contrary to Act, s. 10(1)(b).

Construction of statutes — Licensed Canadian-based direct broadcast satellite (DBS) service provider seeking damages, injunctive relief against defendants re importation and sale of receivers (small satellite dishes) and decoders for receiving DBS signals originating in U.S.A. from broadcasters not licensed to broadcast in Canada — Radiocommunication Act, ss. 9, 10, 18 — Adoption of thorough, compelling

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

vertu de l’art. 21 de la Loi — L’art. 21 de la Loi a pour but de garantir une analyse objective et impartiale des faits allégués dans la demande de mandat — Le juge a d’abord rendu publics des motifs d’ordonnance révisés pour des raisons de sécurité nationale — Les motifs ont été rendus publics dans leur version primitive, non révisée, après que la porte-parole du SCRS eut divulgué aux médias l’information que le juge avait accepté d’occulter de ses motifs.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Fouille, perquisition ou saisie — Demande de mandats présentée par le SCRS en vertu de l’art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — La clause des «visiteurs» constitue-t-elle une délégation illicite à un employé du Service des pouvoirs conférés à un juge en vertu de l’art. 21 de la Loi? — Question liée à l’art. 8 de la Charte garantissant la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — L’autorisation préalable est une condition de la validité d’une fouille, perquisition ou saisie et le pouvoir de l’accorder ne doit pas être délégué à un organisme d’enquête — La personne autorisant la fouille doit être soit un juge soit une personne pouvant agir de façon judiciaire — L’art. 21 de la Loi a pour but de garantir une analyse objective et impartiale des faits allégués dans la demande de mandat pour qu’il puisse être déterminé si les intérêts de l’État doivent l’emporter sur le droit constitutionnel d’un particulier d’être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

ExpressVu Inc. c. NII Norsat International Inc. (1^{re} inst.) 245

Radiodiffusion — Fournisseur canadien licencié de services de satellite de radiodiffusion directe (SRD) réclamant des dommages-intérêts et une injonction contre les défenderesses au sujet de l’importation et de la vente de récepteurs (petites antennes paraboliques) et de décodeurs pour la réception de signaux de SRD émanant de diffuseurs aux États-Unis ne détenant pas de licence de diffusion au Canada — Interprétation des art. 9, 10 et 18 de la Loi sur la radiocommunication — L’art. 9(1)c de la Loi interdit de façon absolue de décoder un signal d’abonnement sans l’autorisation de son distributeur légitime au Canada autorisant le décodage — Les demanderesse peuvent former un recours civil en vertu de l’art. 18 de la Loi étant donné qu’elles ont subi une perte ou des dommages par suite de la contravention de la défenderesse Norsat à l’art. 10(1)b) de la Loi.

Interprétation des lois — Fournisseur canadien licencié de services de satellite de radiodiffusion directe (SRD) réclamant des dommages-intérêts et une injonction contre les défenderesses au sujet de l’importation et de la vente de récepteurs (petites antennes paraboliques) et de décodeurs pour la réception de signaux de SRD émanant de diffuseurs aux États-Unis ne détenant pas de licence de diffusion au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

analysis of interpretation of Act, s. 9(1)(c) by Provincial Court Judge in *R. v. Knibb*: applying modern purposive approach to statutory interpretation (establishing legislative purpose by relying on legislator's statements, commission reports, Hansard, academic texts, as well as words of legislation read in context), Act, s. 9(1)(c) providing absolute prohibition against decoding of encrypted subscription program signals unless emanating from lawful distributor in Canada authorizing decoding — Interpretation authorizing completely unregulated broadcasting in Canada not consistent with purpose, object of Broadcasting Act which must be considered when reading provisions of Radiocommunication Act — As Act, s. 9(1)(c) has not been directly challenged under Charter, s. 2(b) (freedom of expression), Charter cannot be used as interpretive tool to defeat purpose of legislation or to give it effect Parliament clearly intended it not to have.

Constitutional law — Charter of Rights — Charter as interpretive tool — Absent Charter challenge, Charter cannot be used as interpretive tool to defeat purpose of legislation or to give it effect Parliament clearly intended it not to have.

Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 274

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Application for permanent residence denied as applicant's dependent daughter medically inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) — Admission expected to cause excessive demands on health, social services — Visa officer's refusal letter based on medical officers' opinion — Valid medical opinion under s. 19(1)(a)(ii) binding on visa officer — Medical officers indicating criteria in medical narrative but failing to seek necessary information — Erred in applying statutory test under s. 19(1)(a)(ii).

Sovereign Life Insurance Co. v. Canada (Minister of Finance) (T.D.) 299

Administrative law — Statutory appeals — Appeal from Minister of Finance's direction to Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — Insurance Companies Act, s. 680(2) permitting Minister to make such

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada — Interprétation des art. 9, 10 et 18 la Loi sur la radiocommunication — Adoption de l'analyse approfondie et convaincante de l'interprétation de l'art. 9(1)(c) de la Loi par un juge de la Cour provinciale dans *R. v. Knibb*: suivant la méthode téléologique moderne d'interprétation des lois (établissement de l'objectif législatif à partir des déclarations des législateurs, des rapports de commissions, du Hansard, des ouvrages de doctrine et du texte de la loi lu dans son contexte), l'art. 9(1)(c) de la Loi interdit de façon absolue le décodage de signaux d'abonnement encodés à moins que ceux-ci n'émanent d'un distributeur légitime situé au Canada autorisant le décodage — Une interprétation qui autoriserait une radiodiffusion nullement réglementée au Canada ne serait pas conforme au but ou à l'objectif de la Loi sur la radiodiffusion dont il faut tenir compte en lisant les dispositions de la Loi sur la radiocommunication — Étant donné que l'art. 9(1)(c) de la Loi n'est pas directement attaqué sous le régime de l'art. 2b) de la Charte (liberté d'expression), celle-ci ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur ne souhaitait pas de toute évidence.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Charte comme outil d'interprétation — En l'absence d'une contestation fondée sur la Charte, cette dernière ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur souhaitait de toute évidence qu'elle n'ait pas.

Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 274

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Demande de résidence permanente rejetée, l'un des enfants à charge du requérant étant non admissible pour raisons d'ordre médical, conformément à l'art. 19(1)(a)(ii) de la Loi sur l'immigration — Son admission entraînerait vraisemblablement un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé — Lettre de refus de l'agent des visas fondée sur l'avis des médecins agréés — L'avis médical valablement émis sous le régime de l'art. 19(1)(a)(ii) lie l'agent des visas — Les médecins agréés ont mentionné des critères dans la description de l'état de santé, mais ils n'ont pas cherché à obtenir l'information nécessaire — Ils ont commis une erreur en appliquant le critère prévu à l'art. 19(1)(a)(ii).

Sovereign Life Insurance Co. c. Canada (Ministre des Finances) (1^{re} inst.) 299

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel de l'ordre du ministre des Finances enjoignant au surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appellante — L'art. 680(2) de la Loi sur les sociétés d'assurance

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

direction where believing circumstances in s. 680(1)(b) existing — Superintendent making three recommendations, including direction herein — At Minister of Finance's request, Minister of State (Finance and Privatization) hearing appellant's representations — Appellant also making written submissions — Appellant not given opportunity to respond to either letter from private company expressing support for Superintendent's recommendations or Minister of State's report analyzing positions, drawing conclusions, making recommendations — Appeal dismissed — (1) Minister forming belief necessary as condition precedent to exercise of s. 680(2) authority — Not simply acting on Superintendent's recommendation — Adopting only two of three recommendations — (2) Minister not improperly delegating decision-making authority to Minister of State — "Reasonable opportunity to make representations" met by providing opportunity to make written representations — Provision of opportunity to make oral representations, designating Minister of State to preside at meeting, not delegation of authority since no obligation to provide oral hearing — Minister making decision of such wide, significant import entitled to seek advice — As not acting under delegation of authority, Minister of State not exceeding jurisdiction by making recommendations — (3) Ministerial decision based on public policy grounds affording little procedural protection, except as required on face of statute — Neither Minister of State's report nor private company's letter containing new facts — Failure to share either not grounds for appeal.

Insurance — Appeal from Minister of Finance's direction to Superintendent of Financial Institutions to take control of life insurance company — Insurance Companies Act, s. 680(2) permitting Minister of Finance to make such direction where believing circumstances in s. 680(1)(b) existing — Minister required to give company reasonable opportunity to make representations — After Superintendent recommending such action in report, appellant making oral representations to Minister of State appointed to assist Minister, submitting written representations — Not having opportunity to respond to Minister of State's report, letter from corporate administrator of industry's protection plan supporting Superintendent's recommendations — Minister not fettering discretion by simply acting on Superintendent's recommendations — Adopting only two of three — "Reasonable opportunity to make representations" satisfied by opportunity to provide written representations — Although s. 704 permitting delegation of powers to Minister of State appointed to assist Minister, entrusting Minister of State to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

permet au ministre de donner un tel ordre s'il estime qu'il s'agit d'un des cas énumérés à l'art. 680(1)(b) — Le surintendant a fait trois recommandations, dont l'ordre en litige — À la demande du ministre des Finances, le ministre d'État (aux Finances et à la Privatization) a entendu les observations de l'appelante — L'appelante a également présenté des observations écrites — L'appelante n'a pas eu la possibilité de répondre à une lettre d'une société privée appuyant les recommandations du surintendant ni au rapport du ministre d'État analysant les positions en présence, tirant des conclusions et formulant des recommandations — Appel rejeté — (1) Le Ministre s'est formé l'opinion requise préalable à l'exercice de sa compétence, conformément à l'art. 680(2) — Il ne s'est pas contenté d'agir suivant la recommandation du surintendant — Il n'a adopté que deux des trois recommandations — (2) Le ministre n'a pas délégué irrégulièrement son pouvoir de décision au ministre d'État — Il y a «possibilité de présenter des observations» lorsqu'est accordée la possibilité de présenter des observations écrites — En donnant la possibilité de présenter des observations orales et en confiant au ministre d'État la tâche de présider cette rencontre, le ministre ne déléguait aucun pouvoir, étant donné qu'il n'était pas tenu d'accorder une telle audience — Il était loisible au ministre chargé de prendre une décision aux répercussions aussi profondes et significatives de procéder à des consultations — Comme il n'agissait pas en vertu d'une délégation de pouvoirs, le ministre d'État n'a pas outrepassé sa compétence en faisant des recommandations — (3) Décision administrative fondée sur des motifs généraux d'ordre public et accordant peu de protection procédurale, sauf celle exigée au vu de la loi — Ni le rapport du ministre d'État ni la lettre de la société privée ne contenaient de faits nouveaux — L'omission de communiquer l'un ou l'autre de ces documents ne constitue pas un motif d'appel.

Assurance — Appel de l'ordre du ministre des Finances enjoignant au surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — L'art. 680(2) de la Loi sur les sociétés d'assurance permet au ministre de donner un tel ordre s'il estime qu'il s'agit d'un des cas énumérés à l'art. 680(1)(b) — Le ministre est tenu de donner à la société la possibilité de présenter des observations — Après que le surintendant eut recommandé cette mesure dans un rapport, l'appelante a présenté des observations orales au ministre d'État désigné, et a présenté des observations écrites — Elle n'a pas eu la possibilité de répondre au rapport du ministre d'État ni à la lettre de la société gestionnaire du régime de protection du secteur appuyant les recommandations du surintendant — Le ministre n'a pas entravé l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire en se contentant de donner suite aux recommandations du surintendant — Il n'a adopté que deux des trois recommandations — Il est satisfait à l'exigence de donner la «possibilité de présenter des observations» lorsqu'est accordée la possibilité de présenter

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

hear appellant's oral representations not delegation of powers as no obligation to provide such hearing — In making decision of such wide import, Minister of Finance entitled to seek advice — As not acting under delegation of powers, Minister of State not constrained in making recommendations — Ministerial decision based on policy grounds affording no procedural protection except that required by statute — Neither Minister of State's report nor letter from corporate administrator containing new information — Minister not required to share either with appellant.

VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) 376

Human rights — Judicial review of CHRT decision applicant discriminated against employee on basis of disability under CHRA, s. 7 — Employee working for VIA Rail as chef, cook, service attendant — Suffering from recurring back problems throughout employment exacerbated by heavy lifting, bending — Put on disability leave — Denied reinstatement although cleared for return to work by family doctor — Tribunal's appreciation of employee's disability in conformity with law — Conclusions in relation to medical evidence findings of fact, not erroneous — Tribunal failing to advert to distinction between direct, indirect discrimination — Defences, reasoning different for each type of discrimination — CHRT abdicating responsibility in failing to specify type of discrimination.

SOMMAIRE (Fin)

des observations écrites — Bien que l'art. 704 permette la délégation de pouvoirs au ministre d'État désigné, le fait de confier à ce dernier la tâche d'entendre les observations orales de l'appelante ne constituait pas une délégation de pouvoirs, étant donné l'absence d'obligation d'accorder une telle audience — En prenant une décision aux répercussions aussi profondes et significatives, le ministre des Finances pouvait procéder à des consultations — Comme il n'agissait pas en vertu d'une délégation de pouvoirs, le ministre d'État n'était nullement entravé dans l'élaboration de recommandations — Décision administrative fondée sur des motifs généraux d'ordre public et n'accordant aucune protection procédurale, sauf celle exigée par la loi — Ni le rapport du ministre d'État ni la lettre de la société gestionnaire ne contenaient de renseignements nouveaux — Le ministre n'était pas tenu de communiquer ces renseignements à l'appelante.

VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Commission des droits de la personne) (1^{re} inst.) 376

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision du TCDP selon laquelle la requérante a commis à l'endroit d'un employé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, contrairement à l'art. 7 de la LCDP — L'employé travaillait pour VIA Rail en tant que chef, cuisinier et préposé aux services — Il a souffert de maux de dos récidivants, pendant toute sa période d'emploi, et son état s'est aggravé du fait qu'il devait se pencher et soulever des charges lourdes — Il a reçu un congé d'invalidité — On a refusé de le réintégrer bien que son médecin de famille ait autorisé son retour au travail — La manière dont le Tribunal a apprécié son invalidité est conforme à la loi — Les conclusions touchant le constat médical sont des conclusions de fait et ne comportent aucune erreur — Le Tribunal ne s'est pas arrêté aux distinctions entre la discrimination directe et la discrimination indirecte — Les moyens de défense et d'analyse sont différents selon le type de discrimination — En omettant de préciser le type de discrimination, le TCDP a renoncé à sa responsabilité.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

ExpressVu Inc. v. NII Norsat International Inc., [1998] 1 F.C. 245 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-541-97), reasons for judgment handed down 20/11/97.

K.F. Evans Ltd. v. Canada (Minister of Foreign Affairs), [1997] 1 F.C. 405 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-924-96), reasons for judgment handed down 29/1/98.

Enterprise Rent-A-Car Co. v. Singer, [1996] 2 F.C. 694 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-240-96), reasons for judgment handed down 11/2/98.

SUPREME COURT OF CANADA

Canada v. Canderel Ltd., [1995] 2 F.C. 232 (C.A.), was reversed by a decision dated 12/2/98, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Toronto College Park Ltd. v. Canada, [1996] 3 F.C. 858 (C.A.), was reversed by a decision dated 12/2/98, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Ikea Ltd. v. Canada, A-4-94, Robertson J.A., judgment dated 19/9/96 (C.A.), was affirmed by a decision dated 12/2/98, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Athwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 F.C. 489 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/2/98.

Bradley v. Canada, A-162-96, Stone J.A., judgment dated 18/9/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 19/2/98.

Canada v. Fingold, [1998] 1 F.C. 406 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 26/2/98.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *ExpressVu Inc. c. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 C.F. 245 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-541-97), les motifs du jugement ayant été prononcés le 20-11-97.

La décision *K.F. Evans Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [1997] 1 C.F. 405 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-924-96), les motifs du jugement ayant été prononcés le 29-1-98.

La décision *Enterprise Rent-A-Car Co. c. Singer*, [1996] 2 C.F. 694 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-240-96), les motifs du jugement ayant été prononcés le 11-2-98.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Canada c. Canderel Ltd., [1995] 2 C.F. 232 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 12-2-98, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Toronto College Park Ltd. c. Canada, [1996] 3 C.F. 858 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 12-2-98, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Ikea Ltd. c. Canada, A-4-94, le juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 19-9-96 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 12-2-98, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Athwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 C.F. 489 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-2-98.

Bradley c. Canada, A-162-96, le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 18-9-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-2-98.

Canada c. Fingold, [1998] 1 C.F. 406 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 26-2-98.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 1, Part 2

1998, Vol. 1, 2^e fascicule

T-1639-96

ExpressVu Inc., Allarcom Pay Television Limited, The Family Channel Inc., and TMN Networks Inc.
(*Plaintiffs*)

v.

NII Norsat International Inc. c.o.b. "Aurora Distributing", Price Costco Canada Inc., London Drugs Limited, A.C.E. Imports International Inc., The (Discount) Stereo Store Ltd. c.o.b. "Base Electronics", Base Electronics Corp., A. & B. Sound Ltd., Jerry's Radio & T.V. of Barrie Limited, Hi-Fi 2000 (Yorkdale) Ltd. (*Defendants*)

INDEXED AS: EXPRESSVU INC. v. NII NORSTAT INTERNATIONAL INC. (T.D.)

Trial Division, Gibson J.—Toronto, June 23; Ottawa, July 23, 1997.

Broadcasting — Licensed Canadian-based direct broadcast satellite (DBS) service provider seeking damages, injunctive relief against defendants re importation and sale of receivers (small satellite dishes) and decoders for receiving DBS signals originating in U.S.A. from broadcasters not licensed to broadcast in Canada — Interpretation of Radiocommunication Act, ss. 9, 10 and 18 — Act, s. 9(1)(c) providing absolute prohibition against decoding of encrypted subscription program signals unless emanating from lawful distributor in Canada authorizing decoding — Plaintiffs having right of civil action under Act, s. 18 as have suffered loss or damages as result of conduct of defendant, Norsat, contrary to Act, s. 10(1)(b).

Construction of statutes — Licensed Canadian-based direct broadcast satellite (DBS) service provider seeking damages, injunctive relief against defendants re importation and sale of receivers (small satellite dishes) and decoders for receiving DBS signals originating in U.S.A. from broadcasters not licensed to broadcast in Canada — Radiocommunication Act, ss. 9, 10, 18 — Adoption of thorough, compelling analysis of interpretation of Act, s. 9(1)(c) by Provincial Court Judge in R. v. Knibb: applying modern purposive approach to statutory interpretation (establishing legislative purpose by relying on legislator's statements, commission reports, Hansard, academic texts, as well as words of legislation read in context), Act, s. 9(1)(c) providing absolute prohibition against decoding of encrypted

T-1639-96

ExpressVu Inc., Allarcom Pay Television Limited, The Family Channel Inc., et TMN Networks Inc.
(*demandereses*)

c.

NII Norsat International Inc., faisant affaires sous le nom de «Aurora Distribution», Price Costco Canada Inc., London Drugs Limited, A.C.E. Imports International Inc., The (Discount) Stereo Store Ltd., faisant affaires sous le nom de «Base Electronics», Base Electronics Corp., A. & B. Sound Ltd., Jerry's Radio & T.V. of Barrie Limited, Hi-Fi 2000 (Yorkdale) Ltd. (*défenderesses*)

RÉPERTORIÉ: EXPRESSVU INC. c. NII NORSTAT INTERNATIONAL INC. (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Gibson—Toronto, 23 juin; Ottawa, 23 juillet 1997.

Radiodiffusion — Fournisseur canadien licencié de services de satellite de radiodiffusion directe (SRD) réclamant des dommages-intérêts et une injonction contre les défenderesses au sujet de l'importation et de la vente de récepteurs (petites antennes paraboliques) et de décodeurs pour la réception de signaux de SRD émanant de diffuseurs aux États-Unis ne détenant pas de licence de diffusion au Canada — Interprétation des art. 9, 10 et 18 de la Loi sur la radiocommunication — L'art. 9(1)c) de la Loi interdit de façon absolue de décoder un signal d'abonnement sans l'autorisation de son distributeur légitime au Canada autorisant le décodage — Les demandereses peuvent former un recours civil en vertu de l'art. 18 de la Loi étant donné qu'elles ont subi une perte ou des dommages par suite de la contravention de la défenderesse Norsat à l'art. 10(1)b) de la Loi.

Interprétation des lois — Fournisseur canadien licencié de services de satellite de radiodiffusion directe (SRD) réclamant des dommages-intérêts et une injonction contre les défenderesses au sujet de l'importation et de la vente de récepteurs (petites antennes paraboliques) et de décodeurs pour la réception de signaux de SRD émanant de diffuseurs aux États-Unis ne détenant pas de licence de diffusion au Canada — Interprétation des art. 9, 10 et 18 la Loi sur la radiocommunication — Adoption de l'analyse approfondie et convaincante de l'interprétation de l'art. 9(1)c) de la Loi par un juge de la Cour provinciale dans R. v. Knibb: suivant la méthode téléologique moderne d'interprétation des lois (établissement de l'objectif législatif à partir des déclarations des législateurs, des rapports de commissions,

subscription program signals unless emanating from lawful distributor in Canada authorizing decoding — Interpretation authorizing completely unregulated broadcasting in Canada not consistent with purpose, object of Broadcasting Act which must be considered when reading provisions of Radiocommunication Act — As Act, s. 9(1)(c) has not been directly challenged under Charter, s. 2(b) (freedom of expression), Charter cannot be used as interpretive tool to defeat purpose of legislation or to give it effect Parliament clearly intended it not to have.

Constitutional law — Charter of Rights — Charter as interpretive tool — Absent Charter challenge, Charter cannot be used as interpretive tool to defeat purpose of legislation or to give it effect Parliament clearly intended it not to have.

The plaintiff, ExpressVu, has been licensed by the CRTC to carry on a direct to home (DTH) satellite distribution undertaking in Canada. The other plaintiffs are owners and operators of television services in Canada which distribute television subscription programming for viewing in Canada upon payment of a fee. Plaintiffs' claim is for damages and injunctive relief against the defendants who were importing and selling at wholesale receivers (small satellite dishes) and decoders for receiving direct broadcast satellite (DBS) signals from service providers in the United States, apparently licensed to provide DTH satellite television services in the U.S.A. Defendant, Norsat, applied for summary judgment or to strike out the statement of claim, arguing that there was no genuine issue for trial; that the plaintiff, ExpressVu, which had no active business, and no contracts with any customers, had no legally recognized rights which have been harmed; that there was no valid claim against the defendants under the *Broadcasting Act* or sections 9 or 10 of the *Radiocommunication Act*; that the interpretation of the *Radiocommunication Act* proposed by the plaintiffs was incorrect, contrary to the legislative intention, and in conflict with the Charter; that the copyright/programming rights claim had no merit.

Held, the application should be dismissed.

Section 18 of the *Radiocommunication Act* provides that any person holding a licence to carry on a broadcasting undertaking issued by the CRTC under the *Broadcasting Act* or holding an interest in the content of a subscription programming signal by virtue of copyright ownership or a

du Hansard, des ouvrages de doctrine et du texte de la loi lu dans son contexte), l'art. 9(1)c) de la Loi interdit de façon absolue le décodage de signaux d'abonnement encodés à moins que ceux-ci n'émanent d'un distributeur légitime situé au Canada autorisant le décodage — Une interprétation qui autoriserait une radiodiffusion nullement réglementée au Canada ne serait pas conforme au but ou à l'objectif de la Loi sur la radiodiffusion dont il faut tenir compte en lisant les dispositions de la Loi sur la radiocommunication — Étant donné que l'art. 9(1)c) de la Loi n'est pas directement attaqué sous le régime de l'art. 2b) de la Charte (liberté d'expression), celle-ci ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur ne souhaitait pas de toute évidence.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Charte comme outil d'interprétation — En l'absence d'une contestation fondée sur la Charte, cette dernière ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur souhaitait de toute évidence qu'elle n'ait pas.

La demanderesse ExpressVu a obtenu du CRTC une licence de radiodiffusion pour exploiter au Canada une entreprise de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD). Les autres demandereses sont des propriétaires et exploitants de services canadiens de télévision qui diffusent un signal d'abonnement télévisuel destiné aux téléspectateurs du Canada moyennant paiement d'un prix d'abonnement. Les demandereses réclament des dommages-intérêts ainsi qu'une injonction contre les défenderesses qui importent et vendent en gros des récepteurs (petites antennes paraboliques) et des décodeurs pour la réception de signaux de SRD émanant de fournisseurs de services aux États-Unis, apparemment autorisés à offrir des services de radiodiffusion directe à domicile. La défenderesse Norsat a présenté une requête en jugement sommaire ou en radiation de la déclaration, faisant valoir qu'il n'y avait aucune question sérieuse à instruire; que la demanderesse ExpressVu n'exploitait pas une entreprise active et n'ayant conclu aucun contrat avec des consommateurs, il n'avait été porté atteinte à aucun droit légalement reconnu; qu'il n'existait aucune demande valide contre ces défenderesses en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* ou des articles 9 ou 10 de la *Loi sur la radiocommunication*; que l'interprétation de la *Loi sur la radiocommunication* que proposent les demandereses était inexacte, contraire à l'intention du législateur et incompatible avec la Charte; et que la demande relative aux droits d'auteur et aux droits de diffusion était sans fondement.

Jugement: la requête doit être rejetée.

L'article 18 de la *Loi sur la radiocommunication* dispose que quiconque est titulaire d'une licence attribuée, au titre de la *Loi sur la radiodiffusion*, par le CRTC et l'autorisant à exploiter une entreprise de radiodiffusion, ou détient, à titre du droit d'auteur ou d'une licence accordée par ce

licence granted by a copyright owner may sue for and recover damages from persons engaging in conduct contrary to paragraphs 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b) of the *Radiocommunication Act*. Subsection 9(1) provides that no person shall decode an encrypted subscription programming signal otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal.

For the plaintiffs' claim to succeed, in so far as it is based on section 18 of the *Radiocommunication Act*, the plaintiffs must establish (1) that they are persons described in one or more of paragraphs (a) to (d) of subsection 18(1); (2) that there has been conduct of the defendants contrary to any of paragraphs 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b) of the Act; and (3) that they have suffered loss or damage as a result of that conduct.

(1) That ExpressVu held a licence to carry on a broadcasting undertaking issued by the CRTC under the *Broadcasting Act* and therefore was a person described in paragraph 18(1)(c) was clearly established. The fact that it did not yet operate a DBS service was irrelevant. The other plaintiffs each held an interest in the content of a subscription programming signal by virtue of licences granted by copyright owners and were thus persons described in paragraph 18(1)(a).

(2) Norsat's activities gave rise to a reasonable inference that the equipment had been used, or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9. Norsat proposed an interpretation of subsection 9(1) such that where there is no lawful distributor in Canada, paragraph 9(1)(c) should be interpreted so as not to constitute it an offence to decode a DTH signal emanating from a DBS service provider outside of Canada where the authorization of the service provider has been obtained. Rather, Norsat submits that 9(1)(c) should be interpreted so as to create an offence where an encrypted subscription signal is decoded without the consent of the originator, wherever he might be, or as an "anti-piracy" provision.

The analysis and interpretation of Judge LeGrandeur in *R. v. Knibb*, using the modern purposive approach to statutory interpretation (establishing the legislative purpose by relying on legislators' statements, commission reports, Hansard, academic texts, as well as the words of the legislation read in context) should be adopted. Accordingly, paragraph 9(1)(c) of the Act should be interpreted as providing an absolute prohibition against the decoding of encrypted subscription program signals unless they emanated from a lawful distributor in Canada and that distributor authorizes their decoding. An interpretation that would allow unfettered access to encrypted signals from outside Canada would fly in the face of the broadcast regulatory policy that the Canadian system operates under. Such an interpretation would authorize completely unregulated broadcasting into

dernier, un droit dans le contenu d'un signal d'abonnement, peut former un recours civil à l'encontre des personnes qui contreviennent aux alinéas 9(1)c, d) ou e) ou 10(1)b) de la *Loi sur la radiocommunication* et obtenir d'elles des dommages-intérêts. Le paragraphe 9(1) dispose qu'il est interdit de décoder un signal d'abonnement sans l'autorisation de son distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci.

Pour avoir gain de cause, dans la mesure où elles se fondent sur l'article 18 de la *Loi sur la radiocommunication*, les demandresses doivent prouver (1) qu'elles sont des personnes visées par l'un ou plusieurs des alinéas a) à d) du paragraphe 18(1); (2) que les défenderesses ont contrevenu à l'un des alinéas 9(1)c, d) ou e) ou 10(1)b) de la Loi; et (3) qu'elles ont subi une perte ou des dommages par suite de cette contravention.

(1) Le fait que la demandresse ExpressVu détenait une licence d'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion délivrée par le CRTC conformément à la *Loi sur la radiodiffusion* et, par conséquent, qu'il s'agissait d'une personne visée par l'alinéa 18(1)c), a été clairement établi. Le fait qu'ExpressVu n'exploitait pas encore un service de SRD n'était pas pertinent. Les autres demandresses détenaient chacune un intérêt dans le contenu des signaux d'abonnement en vertu de licences octroyées par des titulaires de droit d'auteur, et étaient donc visées par l'alinéa 18(1)a).

(2) Les activités de Norsat donnaient à penser que le matériel avait été utilisé en vue d'enfreindre à l'article 9, ou était destiné à l'être. Norsat a proposé d'interpréter le paragraphe 9(1) de manière à ce que, en l'absence de distributeur légitime au Canada, l'alinéa 9(1)c) soit interprété comme si le fait de décoder le signal émanant d'un fournisseur de services de SRD à l'extérieur du Canada avec l'autorisation de ce fournisseur, ne constituait pas une infraction. Norsat soutient que l'alinéa 9(1)c) devrait plutôt être interprété comme créant une infraction lorsque le signal d'abonnement encodé est décodé sans le consentement de l'émetteur, peu importe l'endroit où se trouve celui-ci, ou comme une disposition «antipiratage».

Il convient d'adopter l'analyse et l'interprétation du juge LeGrandeur dans *R. v. Knibb*, où il utilise la méthode téléologique moderne d'interprétation des lois (établissement de l'objectif législatif à partir des déclarations des législateurs, des rapports de commissions, du Hansard, des ouvrages de doctrine et du texte de la loi lu dans son contexte). Il convient donc d'interpréter l'alinéa 9(1)c) de la Loi comme prévoyant une interdiction absolue contre le décodage de signaux d'abonnement encodés à moins qu'ils n'émanent d'un distributeur légitime situé au Canada et que ce distributeur en autorise le décodage. Une interprétation qui permettrait l'accès illimité à des signaux encodés provenant de l'extérieur du Canada contredirait la politique réglementaire de radiodiffusion sous-tendant le système canadien. Une telle interprétation autoriserait une radiodiffu-

Canada by DBS service providers in the United States and perhaps elsewhere that are completely beyond the reach of Canadian government policy and regulation. This would be inconsistent with the purpose or object of the *Broadcasting Act*, which purpose must be considered when reading the provisions of the *Radiocommunication Act* which is part of the regulatory scheme of broadcasting in Canada.

The defendant did not seek to strike paragraph 9(1)(c) as being contrary to the freedom of expression provisions of the Charter, paragraph 2(b); rather, it argued that it is a principle of statutory interpretation that the Court should interpret legislation so as to comply with entrenched constitutional values. However, as was stated by the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, absent a Charter challenge, the Charter cannot be used as an interpretive tool to defeat the purpose of legislation or to give legislation an effect Parliament clearly intended it not to have.

On that interpretation, Norsat's conduct was contrary to paragraph 10(1)(b) of the *Radiocommunication Act* in that it gave rise to a compelling inference that the equipment was intended to be used for the purpose of contravening section 9 through the decoding of encrypted subscription programming signals without authorization from a person who had the lawful right in Canada to transmit those signals.

(3) ExpressVu has suffered loss or damage and will continue to do so unless present practices are dramatically altered. Even though ExpressVu has not yet commenced to offer a DBS service, there was no doubt that the activities of Norsat, the retailers to whom it sells, the purchasers from those retailers and those who facilitate those purchasers in activating their decoders continue to occupy an increasing share of the Canadian market for DBS services. And the evidence showed that the other plaintiffs have suffered some loss or damage by reason of the fact that programming to which they have exclusive rights in all or part of Canada by virtue of licences from copyright holders is being received and viewed in Canada without their authorization.

sion tout à fait déréglementée à destination du Canada par les fournisseurs de services de SRD situés aux États-Unis et peut-être ailleurs qui échappent complètement à la politique et à la réglementation du gouvernement canadien. Cela ne serait pas conforme au but ou à l'objectif de la *Loi sur la radiodiffusion* dont il faut tenir compte en lisant les dispositions de la *Loi sur la radiocommunication* qui fait partie du régime réglementaire de radiodiffusion au Canada.

La partie défenderesse ne cherche pas à faire radier l'alinéa 9(1)c) parce que contraire aux dispositions de la Charte relatives à la liberté d'expression, soit l'alinéa 2b); elle prétend plutôt qu'il existe un principe d'interprétation des lois selon lequel les tribunaux doivent interpréter la loi de manière à respecter les valeurs constitutionnelles protégées. Toutefois, comme l'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, s'il n'y a pas de contestation fondée sur la Charte, cette dernière ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrer son objet ou à lui donner un effet que le législateur ne souhaitait pas de toute évidence.

D'après cette interprétation, les activités de Norsat constituaient une contravention à l'alinéa 10(1)b) de la *Loi sur la radiocommunication*, en ce qu'elles donnaient à conclure que le matériel était destiné à être utilisé dans le but d'enfreindre l'article 9 par le décodage de signaux d'abonnement encodés sans l'autorisation d'une personne qui a le droit légitime au Canada de transmettre ces signaux.

(3) ExpressVu a subi une perte ou des dommages et continuera à le faire tant que les pratiques actuelles ne seront pas radicalement modifiées. Bien qu'elle n'ait pas encore commencé à offrir des services de SRD, il n'y avait aucun doute que les activités de Norsat, les détaillants à qui elle vend des marchandises, les personnes qui achètent auprès de ces détaillants et celles qui aident ces acheteurs à activer leurs décodeurs continuent à occuper une part croissante du marché canadien des services de SRD. Et la preuve indique que les autres demanderessees ont subi certaines pertes ou certains dommages du fait que les émissions sur lesquelles elles disposent de droits exclusifs dans la totalité ou une partie du Canada, en vertu de licences obtenues auprès de titulaires de droit d'auteur, sont reçues et regardées au Canada sans leur autorisation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 3(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 432.1 (as enacted by SOR/94-41, s. 5), 432.2 (as enacted *idem*), 432.3 (as enacted *idem*), 432.4 (as enacted *idem*), 432.5 (as enacted *idem*), 432.6 (as enacted *idem*), 432.7 (as enacted *idem*).
Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), ss. 2 (as am. by S.C. 1991,

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), art. 2 (mod. par L.C. 1991, ch. 11, art. 81) «encodage», «distributeur légitime», «signal d'abonnement», 9(1) (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1991, ch. 11, art. 83), 10(1)b) (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 6), (2.5) (mod., *idem*; 1991, ch. 11, art. 84), 18 (édicte, *idem*, art. 85).

c. 11, s. 81) "encrypted", "lawful distributor", "subscription programming signal", 9(1) (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1991, c. 11, s. 83), 10(1)(b) (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 6), (2.5) (as am. *idem*; 1991, c. 11, s. 84), 18 (as enacted *idem*, s. 85).

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, s. 3(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 432.1 (éditée par DORS/94-41, art. 5), 432.2 (éditée, *idem*), 432.3 (éditée, *idem*), 432.4 (éditée, *idem*), 432.5 (éditée, *idem*), 432.6 (éditée, *idem*), 432.7 (éditée, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Knibb, [1997] A.J. No. 513 (Prov. Ct.) (QL).

NOT FOLLOWED:

R. v. Ereiser (1997), 156 Sask. R. 71 (Q.B.).

REFERRED TO:

Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.

MOTION by defendants for summary judgment or to strike statement of claim in an action for an injunction to restrain the sale of equipment for decoding encrypted television signals not broadcast by a lawful distributor in Canada. Motion dismissed.

COUNSEL:

K. William McKenzie, Karen L. Wilford and Patrick J. Lassaline for plaintiff.

J. L. McDougall, Q.C. and Craig R. Vander Zee for defendant A.C.E. Imports.

Andrew J. Roman and Derek J. Ferris for defendant NII Norsat International.

Ian MacPhee for defendant Price Costco.

SOLICITORS:

Crawford, McKenzie, McLean & Wilford, Orillia, Ontario, for plaintiff.

Fraser & Beatty, Toronto, for defendant A.C.E. Imports.

Miller Thomson, Toronto, for defendant NII Norsat International.

Lapointe Rosenstein, Montréal, for defendant Price Costco.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. v. Knibb, [1997] A.J. n° 513 (C.P.) (QL).

DÉCISION NON SUIVIE:

R. v. Ereiser (1997), 156 Sask. R. 71 (B.R.).

DÉCISION CITÉE:

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.

REQUÊTE des défenderesses en jugement sommaire ou en radiation de la déclaration dans une action en vue d'obtenir une injonction restreignant la vente de matériel de décodage de signaux d'abonnement non diffusés par un distributeur légitime au Canada. Requête rejetée.

AVOCATS:

K. William McKenzie, Karen L. Wilford et Patrick J. Lassaline pour la demanderesse.

J. L. McDougall, c.r. et Craig R. Vander Zee pour la défenderesse A.C.E. Imports.

Andrew J. Roman et Derek J. Ferris pour la défenderesse NII Norsat International.

Ian MacPhee pour la défenderesse Price Costco.

PROCUREURS:

Crawford, McKenzie, McLean & Wilford, Orillia (Ontario), pour la demanderesse.

Fraser & Beatty, Toronto, pour la défenderesse A.C.E. Imports.

Miller Thomson, Toronto, pour la défenderesse NII Norsat International.

Lapointe Rosenstein, Montréal, pour la défenderesse Price Costco.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] By notice of motion filed the 13th of November, 1996, the defendant NII Norsat International Inc. c.o.b. "Aurora Distributing" (Norsat) and two other defendants applied for summary judgment, or, alternatively to strike out the statement of claim in its entirety, or, in the further alternative, to strike out "such claims and pleadings in the statement of claim as the Court considers just." By order of the Associate Chief Justice dated the 5th of December, 1996, Norsat's motion together with other motions were set down for hearing at Toronto commencing the 23rd of June, 1997. By further order of the Associate Chief Justice dated the 20th of May, 1997, the participation of two other defendants with Norsat in its motion for summary judgment was withdrawn. In the result, Norsat's motion for summary judgment proceeded before me commencing the 24th of June and continuing on the 25th of June with Norsat as the only applicant. Motions of A.C.E. Imports International Inc. and of the plaintiffs, also for summary judgment, were scheduled to be heard before me in the same week of June 1997.

[2] The bases for Norsat's motion for summary judgment were stated in the following terms:

- 1) There are no genuine issue for trial, the only issues being questions of law . . . ;
- 2) The Federal Court has no jurisdiction over claims based on the *Ontario Business Practices Act* or the *Criminal Code of Canada* . . . ;
- 3) The plaintiff ExpressVu has no active business, and no contracts with any consumers, hence no legally recognized rights which have been harmed . . . ;
- 4) The action is premature, and the claims made are hypothetical and speculative as there is no Canadian direct broadcast satellite ("DBS") service currently operating . . . ;

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Par avis de requête déposé le 13 novembre 1996, la défenderesse NII Norsat International Inc., qui fait affaires sous le nom de «Aurora Distributing» (Norsat), et deux autres défenderesses ont présenté une requête en jugement sommaire ou, subsidiairement, en radiation de la totalité de la déclaration ou encore, en radiation [TRADUCTION] «des prétentions et arguments contenus dans la déclaration que la Cour estime juste de radier». Par ordonnance du juge en chef adjoint datée du 5 décembre 1996, il a été prévu que la requête de Norsat et d'autres requêtes seraient entendues à Toronto à compter du 23 juin 1997. Par une autre ordonnance du juge en chef adjoint datée du 20 mai 1997, deux autres codéfenderesses de Norsat se sont désistées de la requête en jugement sommaire, présentée conjointement avec Norsat. En conséquence, j'ai entendu la requête en jugement sommaire de Norsat les 24 et 25 juin, Norsat étant la seule requérante. Je devais entendre les autres requêtes en jugement sommaire d'A.C.E. Imports International Inc. et des demanderesses au cours de la même semaine en juin 1997.

[2] Les fondements de la requête en jugement sommaire de Norsat sont énoncés comme suit:

[TRADUCTION]

- 1) Il n'y a aucune question sérieuse à instruire, les seules questions soulevées étant des questions de droit . . . ;
- 2) La Cour fédérale n'a pas compétence pour entendre les demandes fondées sur la *Loi sur les pratiques de commerce* de l'Ontario ou le *Code criminel* du Canada . . . ;
- 3) La demanderesse ExpressVu n'exploite pas une entreprise active et n'a conclu aucun contrat avec des consommateurs, et, en conséquence, il n'a été porté atteinte à aucun droit légalement reconnu . . . ;
- 4) L'action est prématurée et les demandes présentées sont hypothétiques et conjecturales car, à l'heure actuelle, aucun service canadien de satellite de radiodiffusion directe par satellite («SRD») n'est en exploitation . . . ;

- | | |
|---|--|
| <p>5) The plaintiffs have not given any undertaking to compensate the defendant if their action for an injunction fails at trial ;</p> <p>6) There is no valid claim against these defendants [now Norsat] under the <i>Broadcasting Act</i> as neither they nor the U.S. DBS service providers are broadcasting anything in Canada . . . ;</p> <p>7) There is no valid claim against these defendants [now Norsat] under sections 9 or 10 of the <i>Radiocommunication Act</i> as these sections do not make it an offence for a Canadian consumer to subscribe, by whatever means, to a U.S. DBS service . . . ;</p> <p>8) The interpretation of the <i>Radiocommunication Act</i> proposed by the plaintiffs is incorrect, contrary to the legislative intention, and in conflict with the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>;</p> <p>9) The copyright/programming rights claim has no merit, and no relevance to these defendants because:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) they are not copying or broadcasting anything; ii) the claim is premature/speculative/hypothetical until ExpressVu is in operation; iii) the alleged rights, even if they exist, are not being violated by the actions of these defendants; iv) the signals being broadcast by the U.S. DBS service providers are not the same as the programs/signals for which the plaintiffs are the authorized distributors; v) the plaintiffs' programming rights are non-existent, or not exclusive, for DBS services; and vi) the claim is unenforceable given U.S. DBS systems whose spillover into Canada is inevitable | <p>5) Les demanderessees ne se sont pas engagées à indemniser la défenderesse si leur requête en injonction est rejetée ;</p> <p>6) Il n'existe aucune demande valide contre ces défenderesses [maintenant Norsat] en vertu de la <i>Loi sur la radiodiffusion</i> car ni les défenderesses ni les fournisseurs américains de SRD ne diffusent quoi que ce soit au Canada . . . ;</p> <p>7) Il n'existe aucune demande valide contre ces défenderesses [maintenant Norsat] en vertu des articles 9 ou 10 de la <i>Loi sur la radiocommunication</i> car ces dispositions ne prévoient pas que le fait qu'un consommateur canadien s'abonne, de quelque manière que ce soit, à un service américain de SRD constitue une infraction . . . ;</p> <p>8) L'interprétation de la <i>Loi sur la radiocommunication</i> que proposent les demanderessees est inexacte, contraire à l'intention du législateur et incompatible avec la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>;</p> <p>9) La demande relative aux droits d'auteur et aux droits de diffusion est sans fondement et ne s'applique aucunement à ces défenderesses pour les raisons suivantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) elles ne copient pas ni ne diffusent quoi que ce soit; ii) la demande est prématurée, conjecturale et hypothétique tant qu'ExpressVu n'est pas en exploitation; iii) les actions de ces défenderesses ne portent pas atteinte aux droits allégués, s'ils existent; iv) les signaux diffusés par les fournisseurs américains de services de SRD ne sont pas les mêmes que les émissions et signaux dont les demanderessees sont les distributeurs autorisés; v) les droits de diffusion des demanderessees quant aux services de SRD sont inexistantes ou non exclusifs; vi) la demande est inexécutable car le débordement au Canada des systèmes américains de SRD est inévitable |
|---|--|

[3] The initials "DBS" used throughout these reasons stand for "direct broadcast satellite".

[3] Dans les présents motifs, le sigle «SRD» signifie «satellite de radiodiffusion directe».

[4] This action revolves around the operations of DBS service providers in the United States, apparently licensed to provide direct to home (DTH) satellite television services to homes and other establishments in the United States. The signals of these DBS service providers have a "footprint" that encompasses not only all of the United States but also most, if not all, of Canada, and Mexico and parts of the Caribbean. While DBS service providers have been licensed by the appropriate authorities in Canada, to this point in

[4] La présente requête porte sur les activités des fournisseurs de SRD aux États-Unis qui sont apparemment autorisés à offrir des services de radiodiffusion directe à domicile à des foyers et à d'autres établissements situés aux États-Unis. Les signaux de ces fournisseurs de services de SRD ont une «empreinte» qui englobe non seulement la totalité des États-Unis mais aussi la majeure partie, sinon la totalité du Canada, du Mexique et de certaines régions des Antilles. Même si des fournisseurs de services de SRD

time, neither of the Canadian-based DBS service providers is in full operation.

[5] The claims of the plaintiffs, as set forth in their statement of claim filed the 10th of July, 1996 are in the following terms:

- a. For an interim and permanent injunction prohibiting the Defendants, their agents, servants, representatives, or anyone on their behalf from directly or indirectly manufacturing, importing, distributing, leasing, selling, offering for sale, installing, modifying, operating or possessing equipment or devices of any kind whatsoever (or any component thereof) that is designed to be used or can be modified to be used to directly or indirectly decode encrypted subscription programming signals that are not transmitted or broadcast by a lawful distributor in Canada including but not limited to, encrypted signals broadcast or transmitted by any party in the United States of America.
- b. For an accounting of all monies earned or received by the defendants with respect to any of the actions set out in the previous clause.
- c. For an accounting of all monies earned or received by the defendants or any of them as compensation for services rendered, directly or indirectly, that have as their object assisting, aiding, abetting or enabling any party to subscribe to, receive, or decode any encrypted subscription programming signal.
- d. For an interim and permanent injunction prohibiting the defendants, or any of them, their servants, agents, representatives, or anyone on their behalf from advising or offering advice or information to any person that would directly or indirectly encourage, assist, aid or abet any person in Canada to decode an encrypted subscription programming signal the contents of which are in whole or in part made up of programming for which one or more of the plaintiffs, or one or more of them, have the exclusive distribution rights in Canada, without the written authorization of the respective plaintiff or plaintiffs.
- e. Without limiting the generality of the foregoing, for an interim and permanent injunction prohibiting the defendants, their servants, agents, representatives, or anyone on their behalf from directly or indirectly providing information or advice to any person describ-

ont obtenu une licence auprès des autorités compétentes au Canada, à l'heure actuelle aucun des fournisseurs établis au Canada n'est pleinement en exploitation.

[5] Dans leur déclaration déposée le 10 juillet 1996, les demandereses réclament ce qui suit:

[TRADUCTION]

- a. Une injonction provisoire et permanente interdisant aux défenderesses et à leurs mandataires, préposés ou représentants, ou à toute personne pour le compte de celles-ci, directement ou indirectement, de fabriquer, d'importer, de distribuer, de louer, de vendre, de mettre en vente, d'installer, de modifier, d'exploiter ou de posséder tout matériel ou dispositif (ou composante de ceux-ci) conçus pour être utilisés ou qui peuvent être modifiés pour être utilisés pour décoder, directement ou indirectement, des signaux d'abonnement qui ne sont pas transmis ou diffusés par un distributeur légitime au Canada, y compris, notamment, des signaux encodés diffusés ou transmis par une partie aux États-Unis d'Amérique.
- b. Une reddition de comptes de tout l'argent gagné ou reçu par les défenderesses relativement à l'une des actions mentionnées dans le paragraphe qui précède.
- c. Une reddition de comptes de tout l'argent gagné ou reçu par les défenderesses, ou par l'une d'entre elles, à titre de rémunération pour services rendus, directement ou indirectement, qui ont pour objet d'aider ou d'encourager une partie à s'abonner, à recevoir ou à décoder tout signal d'abonnement encodé ou de lui permettre de le faire.
- d. Une injonction provisoire et permanente interdisant aux défenderesses, ou à l'une d'entre elles, et à leurs préposés, mandataires ou représentants, ou à toute personne pour le compte de celles-ci, de conseiller une personne ou de lui offrir des conseils ou des renseignements qui auraient pour effet, directement ou indirectement, d'encourager ou d'aider une personne au Canada à décoder un signal d'abonnement encodé dont le contenu consiste en totalité ou en partie en des émissions pour lesquelles une ou plusieurs des demandereses, ou l'une ou plusieurs d'entre elles, disposent des droits de distribution exclusifs au Canada, sans l'autorisation écrite de la demanderesse ou des demandereses respectives.
- e. Sans restreindre la portée générale de ce qui précède, une injonction provisoire et permanente interdisant aux défenderesses et à leurs préposés, mandataires ou représentants, ou à toute personne pour le compte de celles-ci, directement ou indirectement, de fournir des

ing one or more methods whereby any person can subscribe for, receive or decode encrypted subscription programming signals that originate in the United States of America;

- f. For damages in the amount of \$50,000,000.00;
- g. For punitive, aggravated and exemplary damages in the amount of \$5,000,000.00;
- h. For pre and post judgment interest;
- i. For solicitor and client costs;
- j. For such further and other relief as counsel may advise and this Honourable Court permit;

[6] It is against all of these claims for relief that Norsat seeks summary judgment.

THE PARTIES

[7] The plaintiff ExpressVu Inc. is a Canadian corporation having its head office at Mississauga, Ontario. On the 20th of December, 1995, it was granted a broadcasting licence by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (the CRTC) to carry on a new, national, DTH satellite distribution undertaking in Canada. In the result, ExpressVu has the lawful right in Canada to transmit encrypted subscription programming signals by satellite and authorize their decoding by subscribers who have paid for the right to do so.

[8] The plaintiffs Allarcom Pay Television Limited (Allarcom), The Family Channel Inc. (Family Channel) and TMN Networks Inc. (TMN) are owners and operators of television services in Canada which distribute television subscription programming for viewing by television viewers throughout Canada for a fee. Each of them holds a licence issued by the CRTC to carry on a programming or broadcasting undertaking in Canada. Each of them holds an interest in the content of a subscription programming signal by virtue of a licence granted by a copyright owner.

[9] The defendant Norsat is a corporation, the shares of which are publicly traded, with a diversified

renseignements à une personne ou de la conseiller en décrivant une ou plusieurs méthodes par laquelle elle peut s'abonner à des signaux d'abonnement encodés qui émanent des États-Unis d'Amérique, les recevoir ou les décodé;

- f. Des dommages-intérêts de 50 000 000 \$;
- g. Des dommages-intérêts punitifs, majorés et exemplaires de 5 000 000 \$;
- h. Les intérêts avant et après jugement;
- i. Les dépens sur une base procureur-client;
- j. Les autres mesures de redressement que les avocats peuvent proposer et que la Cour peut autoriser.

[6] C'est à l'encontre de la totalité de ces demandes de redressement que Norsat sollicite un jugement sommaire.

LES PARTIES

[7] La demanderesse ExpressVu Inc. est une société canadienne dont le siège social est situé à Mississauga (Ontario). Le 20 décembre 1995, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) lui a octroyé une licence de radiodiffusion pour exploiter au Canada une nouvelle entreprise de distribution par SRD. ExpressVu a donc le droit légitime de transmettre par satellite au Canada des signaux d'abonnement encodés et d'autoriser des abonnés à le décodé moyennant paiement d'un prix d'abonnement.

[8] Les demanderesses Allarcom Pay Television Limited (Allarcom), The Family Channel Inc. (Family Channel) et TMN Networks Inc. (TMN) sont des propriétaires et exploitants de services canadiens de télévision qui diffusent un signal d'abonnement télévisuel destiné aux téléspectateurs du Canada entier moyennant paiement d'un prix d'abonnement. Chacune d'elles détient une licence délivrée par le CRTC pour exploiter une entreprise de programmation ou de radiodiffusion au Canada. Chacune d'elles possède un intérêt dans le contenu d'un signal d'abonnement en vertu d'une licence octroyée par un titulaire de droit d'auteur.

[9] La défenderesse Norsat est une société dont les actions sont négociées à la bourse et qui exerce des

business both within and outside Canada. Its business includes the importation and sale at wholesale of receivers (small satellite dishes) and decoders for receiving DBS signals originating in the United States.

[10] The defendant A.C.E. Imports International Inc. (A.C.E.), which has filed a separate motion for summary judgment against the plaintiffs and which was the only other defendant to take an active part in the hearing before me, is a British Columbia corporation engaged, like Norsat, among other things, in the sale at wholesale of small satellite dishes and decoders for receiving DBS signals originating in the United States.

SUMMARY JUDGMENT RULES

[11] *Federal Court Rules* 432.1 to 432.7 [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/94-41, s. 5)] govern the practice on applications for summary judgment before this Court. Subsection 432.1(2) provides as follows:

Rule 432.1 . . .

(2) A defendant may, after filing and serving a defence and at any time prior to the fixing of the time and date for trial, make a motion to a judge, with supporting affidavit material or other evidence, for summary judgment dismissing all or part of the claim in the statement of claim.

Subsection 432.3(3) provides as follows:

Rule 432.3 . . .

(3) Where a judge is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the judge may determine the question and grant summary judgment accordingly.

Counsel before me were in agreement that the only genuine issue for trial in this matter, in so far as the claim of the plaintiffs is based on section 18 of the *Radiocommunication Act*,¹ is a question of law. I am in agreement with counsel on this conclusion.

activités diversifiées tant au Canada qu'à l'étranger. Ses activités comprennent l'importation et la vente en gros de récepteurs (petites antennes paraboliques) et de décodeurs pour la réception de signaux de SRD émanant des États-Unis.

[10] La défenderesse A.C.E. Imports International Inc. (A.C.E.), qui a déposé une requête en jugement sommaire distincte contre les demanderesse et qui a été la seule autre défenderesse à prendre part à l'audition de la présente requête, est une société de la Colombie-Britannique, qui, comme Norsat, exerce ses activités, notamment, dans le domaine de la vente en gros de petites antennes paraboliques et de décodeurs pour la réception de signaux de SRD émanant des États-Unis.

RÈGLES RELATIVES AUX JUGEMENTS SOMMAIRES

[11] Les Règles 432.1 à 432.7 de la Cour fédérale [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditées par DORS/94-41, art. 5)] régissent la pratique relative aux requêtes en jugement sommaire présentées devant la Cour. Le paragraphe 432.1(2) dispose:

Règle 432.1 . . .

(2) Le défendeur peut, après avoir déposé et signifié une défense, et à tout moment avant que l'heure et la date de l'instruction soient fixées, présenter au juge une requête, appuyée d'un affidavit ou d'un autre élément de preuve, en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant tout ou partie de la réclamation contenue dans la déclaration comportant allégués.

Le paragraphe 432.3(3) dispose:

Règle 432.3 . . .

(3) Lorsque le juge est convaincu que la seule question sérieuse en est une de droit, il peut statuer sur celle-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence.

Les avocats qui ont plaidé devant moi ont convenu qu'en l'espèce, la seule question sérieuse à instruire, dans la mesure où les demanderesse fondent leur demande sur l'article 18 de la *Loi sur la radiocommunication*¹, est une question de droit. Je souscris à cet argument des avocats.

SUMMARY OF RELEVANT FACTS

[12] The relevant facts underlying the question of law were presented to me by counsel for Norsat in essentially the following terms:

First, Norsat Imports DBS equipment from the United States and sells it at wholesale to retailers in Canada who in turn sell it to consumers or "viewers"; second, the DBS equipment imported and sold by Norsat at wholesale is capable of use for only one purpose, that being to receive and decode certain encrypted DBS signals originating in the United States; third, the broadcasters who broadcast these signals in the United States are not licensed broadcasters in Canada; fourth, the U.S. DBS broadcasters have a practice of not accepting subscriptions for their services from within Canada, that is to say, they will not activate a customer service where the billing address provided is outside of the United States; fifth, a number of persons in Canada and in the U.S. provide U.S. billing addresses to Canadians who do not themselves have a convenient U.S. billing address. In fact, Norsat itself provides such a service which some of its retailers and their customers make use of; sixth, U.S. based DBS providers seem to be aware of the existence of those who facilitate Canadians in receiving the U.S. D.B.S. signals in a decoded form and at least tacitly encourage their operations; seventh, unless U.S. based DBS providers are paid for their services they will normally deactivate or cut off the non-paying customer; and finally, piracy or theft of the signals of U.S. based DBS providers through the use of counterfeit chips or cards designed to permit a user to receive the signals in decoded form without payment for the services is not at issue in this law suit.

THE RADIOCOMMUNICATION ACT

[13] The *Radiocommunication Act* was substantially amended by chapter 11 of the Statutes of Canada, 1991 which came into force on the 4th of June, 1991. A new section 18 was added to the Act. The relevant portions of that section for the purposes of this matter read as follows:

18. (1) Any person who

RÉSUMÉ DES FAITS PERTINENTS

[12] L'avocat de Norsat a résumé ainsi les faits pertinents sous-jacents à la question de droit:

[TRADUCTION] Premièrement, Norsat importe du matériel de SRD des États-Unis et le vend en gros à des détaillants au Canada qui, à leur tour, le vendent à des consommateurs ou à des «téléspectateurs»; deuxièmement, le matériel de SRD importé et vendu par Norsat en gros ne peut servir qu'à une seule fin, soit recevoir et décoder certains signaux encodés de SRD émanant des États-Unis; troisièmement, les radiodiffuseurs qui diffusent ces signaux aux États-Unis ne sont pas des radiodiffuseurs autorisés à émettre des signaux au Canada; quatrièmement, les radiodiffuseurs américains de SRD ont l'habitude de ne pas accepter les demandes d'abonnement à leurs services en provenance du Canada, c'est-à-dire qu'ils n'activeront pas un service pour un client lorsque l'adresse de facturation fournie se trouve à l'extérieur des États-Unis; cinquièmement, un certain nombre de personnes au Canada et aux États-Unis fournissent des adresses de facturation américaines à des Canadiens qui ne disposent pas eux-mêmes d'une adresse de facturation aux États-Unis. Dans les faits, Norsat fournit elle-même un tel service, dont se servent certains de ses détaillants et les clients de ceux-ci; sixièmement, les fournisseurs de SRD établis aux États-Unis semblent être au courant de l'existence d'entreprises qui aident les Canadiens à recevoir des signaux de SRD américains sous forme décodée et, du moins tacitement, encouragent leurs activités; septièmement, à moins que les fournisseurs de SRD établis aux États-Unis ne soient payés pour leurs services, ils désactiveront ou couperont les services aux clients qui ne paient pas; et, enfin, le piratage ou le vol de signaux des fournisseurs de SRD établis aux États-Unis par l'utilisation de puces ou de cartes contrefaites conçues pour permettre à un utilisateur de recevoir des signaux sous forme décodée sans payer les services n'est pas en cause dans le cadre de la présente instance.

LA LOI SUR LA RADIOCOMMUNICATION

[13] La *Loi sur la radiocommunication* a été en grande partie modifiée par le chapitre 11 des Lois du Canada de 1991 qui est entré en vigueur le 4 juin 1991. Un nouvel article 18 a été ajouté à la Loi. Voici les extraits pertinents de cette disposition aux fins de la présente instance:

18. (1) Peut former, devant tout tribunal compétent, un recours civil à l'encontre du contrevenant quiconque a subi une perte ou des dommages par suite d'une contravention aux alinéas 9(1)c), d) ou e) ou 10(1)b) et:

(a) holds an interest in the content of a subscription programming signal . . . by virtue of copyright ownership or a licence granted by a copyright owner,

(b) is authorized by the lawful distributor of a subscription programming signal . . . to communicate the signal . . . to the public,

(c) holds a licence to carry on a broadcasting undertaking issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*, or

...

may, where the person has suffered loss or damage as a result of conduct that is contrary to paragraph 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b), in any court of competent jurisdiction, sue for and recover damages from the person who engaged in the conduct, or obtain such other remedy, by way of injunction, accounting or otherwise, as the court considers appropriate.

...

(4) For the purposes of an action under subsection (1), the Federal Court is a court of competent jurisdiction.

The relevant portion of subsection 9(1) [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1991, c. 11, s. 83] reads as follows:

9. (1) No person shall

...

(c) decode an encrypted subscription programming signal . . . otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal

A related amendment added the following subsection to section 10 [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1991, c. 11, s. 84]:

10. . . .

(2.5) No person shall be convicted of an offence under paragraph 9(1)(c), (d) or (e) if the person exercised all due diligence to prevent the commission of the offence.

The following definitions were added in section 2 [as am. by S.C. 1991, c. 11, s. 81] of the Act:

2. . . .

“encrypted” means treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception;

a) soit détient, à titre de titulaire du droit d’auteur ou d’une licence accordée par ce dernier, un droit dans le contenu d’un signal d’abonnement ou d’une alimentation réseau;

b) soit est autorisé, par le distributeur légitime de celui-ci, à le communiquer au public;

c) soit est titulaire d’une licence attribuée, au titre de la *Loi sur la radiodiffusion*, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l’autorisant à exploiter une entreprise de radiodiffusion;

...

Cette personne est admise à exercer tous recours, notamment par voie de dommages-intérêts, d’injonction ou de reddition de compte, selon ce que le tribunal estime indiqué.

...

(4) La Cour fédérale est, pour l’application du paragraphe (1), un tribunal compétent.

Voici l’extrait pertinent du paragraphe 9(1) [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1991, ch. 11, art. 83]:

9. (1) Il est interdit:

...

c) de décoder, sans l’autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d’abonnement ou une alimentation réseau.

Une modification connexe a ajouté le paragraphe suivant à l’article 10 [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1991, ch. 11, art. 84]:

10. . . .

(2.5) Nul ne peut être déclaré coupable de l’infraction visée aux alinéas 9(1)c), d) ou e) s’il a pris les mesures nécessaires pour l’empêcher.

Les définitions suivantes ont été ajoutées à l’article 2 [mod. par L.C. 1991, ch. 11, art. 81] de la Loi:

2. . . .

«distributeur légitime» La personne légitimement autorisée, au Canada, à transmettre un signal d’abonnement ou une alimentation réseau, en situation d’encodage, et à en permettre le décodage.

“lawful distributor”, in relation to an encrypted subscription programming signal . . . means a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding;

...

“subscription programming signal” means radiocommunication that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge.

[14] The new offence created by paragraph 9(1)(c) of the Act interrelated with a pre-existing provision in section 10 in the following terms:

10. (1) Every person who

...

(b) without lawful excuse, manufactures, imports, distributes, leases, offers for sale, sells, installs, modifies, operates or possesses any equipment or device, or any component thereof, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the equipment, device or component has been used, or is or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9,

...

is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable, in the case of an individual, to a fine not exceeding five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both, or, in the case of a corporation, to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars.

[15] Reading the relevant portion of subsection 9(1) together with the relevant definitions quoted above, it would read as follows:

No person shall decode a radiocommunication that has been treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception and that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge . . . otherwise than under and in accordance with an authorization from a person who has the lawful right in Canada to transmit the signal . . . and authorize its decoding;

«encodage» Traitement électronique ou autre visant à empêcher la réception en clair.

...

«signal d'abonnement» Radiocommunication destinée à être reçue, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs moyennant paiement d'un prix d'abonnement ou de toute autre forme de redevance.

[14] La nouvelle infraction créée par l'alinéa 9(1)c) de la Loi est corrélative à une disposition préexistante de l'article 10 que voici:

10. (1) Commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, dans le cas d'une personne physique, une amende maximale de cinq mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines, ou, dans le cas d'une personne morale, une amende maximale de vingt-cinq mille dollars quiconque, selon le cas:

...

b) sans excuse légitime, fabrique, importe, distribue, loue, met en vente, vend, installe, modifie, exploite ou possède tout matériel ou dispositif, ou composante de celui-ci, dans des circonstances donnant à penser que l'un ou l'autre est utilisé en vue d'enfreindre l'article 9, l'a été ou est destiné à l'être;

...

[15] Si on le lit en y intégrant les définitions pertinentes susmentionnées, le paragraphe 9(1) disposerait:

Il est interdit de décoder une radiocommunication qui a été traitée électroniquement ou autrement en vue d'en empêcher la réception en clair et qui est destinée à être reçue, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs moyennant paiement d'un prix d'abonnement ou de toute autre forme de redevance . . . autrement qu'avec l'autorisation de la personne légitimement autorisée au Canada, à transmettre le signal . . . et à en permettre le décodage;

[16] The plaintiffs' claim, in so far as it is based on the *Radiocommunication Act*, derives from the statutory cause of civil action created by section 18 of that Act. In order to succeed on that basis, the plaintiffs must establish: first, that they are persons described in one or more of paragraphs (a) to (d) of subsection 18(1); second, that there has been conduct of the defendants contrary to any of paragraphs 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b) of the Act; and third, that they have suffered loss or damage as a result of that conduct.

[17] I return then to the facts set out above that are not in dispute. Norsat admits that it imports into Canada, distributes, offers for sale, sells and possesses equipment the sole end use of which is to receive and decode encrypted DBS signals originating in the United States. Put another way, and in the jargon of the *Radiocommunication Act*, the sole end use of such equipment is to receive and decode an encrypted subscription programming signal. Further, I take it to be acknowledged on behalf of all parties before me that the originators of such signals are not "lawful distributors" in that, in relation to the relevant encrypted subscription programming signal, they are not persons who have the lawful right in Canada to transmit those signals and authorize their decoding. The originators of the signals might well have such a lawful right in the United States and it is not of their volition that the encrypted signals that they originate and transmit to a stationary satellite over the equator return with a "footprint" that, by hazard, covers all or virtually all of Canada. But whether they have such a lawful right in the United States is not a relevant concern.

POSITIONS OF THE PARTIES

[18] The position taken on behalf of Norsat before me can be briefly stated as follows: the plaintiffs have no cause of action under section 18 of the *Radiocommunication Act* because, although Norsat acknowledges that ExpressVu is a person described in paragraph 18(1)(c) and the other plaintiffs are persons described in paragraph 18(1)(a), the facts of this matter disclose no conduct that is contrary to paragraph 9(1)(c), the only one of paragraphs 9(1)(c), (d)

[16] Dans la mesure où elle se fonde sur la *Loi sur la radiocommunication*, la demande des demanderesse découle de la cause d'action civile prévue par l'article 18 de cette Loi. Pour avoir gain de cause en s'appuyant sur cette disposition, les demanderesse doivent prouver ce qui suit: premièrement, qu'elles sont des personnes visées par l'un ou plusieurs des alinéas a) à d) du paragraphe 18(1); deuxièmement, que les défenderesses ont contrevenu à l'un des alinéas 9(1)c), d) ou e) ou 10(1)b) de la Loi; et, troisièmement, qu'elles ont subi des pertes ou des dommages par suite de cette contravention.

[17] Je reviens aux faits avérés susmentionnés. Norsat admet qu'elle importe au Canada, distribue, met en vente, vend et possède du matériel dont la seule utilisation finale est la réception et le décodage de signaux encodés de SRD émanant des États-Unis. Autrement dit, pour reprendre la terminologie de la *Loi sur la radiocommunication*, la seule utilisation ultime de ce matériel est de recevoir et de décoder un signal d'abonnement encodé. De plus, je considère que toutes les parties ont reconnu devant moi que les émetteurs de ces signaux ne sont pas des «distributeurs légitimes» en ce sens que, relativement au signal d'abonnement encodé pertinent, ils ne sont pas des personnes qui ont le droit légitime de transmettre au Canada ces signaux et d'en autoriser le décodage. Il se peut bien que les émetteurs des signaux disposent d'un tel droit légitime aux États-Unis et qu'ils ne veuillent pas que les signaux encodés qu'ils émettent et transmettent à un satellite géostationnaire situé au-dessus de l'équateur reviennent avec une «empreinte» qui, par hasard, couvre la totalité ou la quasi-totalité du Canada. Mais la question de savoir s'ils jouissent d'un tel droit légitime aux États-Unis n'est pas pertinente.

PRÉTENTIONS DES PARTIES

[18] Les prétentions exprimées devant moi pour le compte de Norsat peuvent se résumer brièvement ainsi: les demanderesse ne disposent d'aucune cause d'action aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la radiocommunication* parce que, même si Norsat reconnaît qu'ExpressVu est une personne visée par l'alinéa 18(1)c) et que les autres demanderesse sont des personnes visées par l'alinéa 18(1)a), les faits de la présente affaire ne révèlent aucune contravention à

and (e) that could be relevant, and therefore Norsat cannot be found to be engaging in conduct that is contrary to paragraph 10(1)(b) of the Act. Counsel urged that to interpret paragraph 9(1)(c) in such a way as to find a contravention of that paragraph on the facts before me would be perverse. He argued that it has never been an offence for persons in Canada to receive and watch American-originated television signals through the use of "rabbit-ears" or roof-top antennas or other such primitive technology and to now find that such conduct has been made an offence by Parliament in the more current circumstances where signals are encrypted and are available through the medium of a satellite rather than through direct line-of-sight reception from the transmitter would surely be contrary to Parliament's intention in enacting the amendments to the *Radiocommunication Act* that are referred to above. He further argued that such an interpretation would be inconsistent with the Canadian Constitution because it would impose a severe restriction on Canadians generally or, alternatively, on some Canadians, receiving publicly available information. For this proposition, counsel cited *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*.²

[19] While not much was made of the point, counsel on behalf of Norsat took the position that the evidence provided on behalf of the plaintiffs as to loss or damage was insubstantial at best.

[20] Counsel urged that I should be very wary of giving any weight to decisions of criminal courts that have interpreted paragraph 9(1)(c) of the Act since there have been decisions interpreting the provision both for and against the position he advocates. He urged that it was Parliament's intent, and I should so interpret paragraph 9(1)(c), to limit its scope to the "theft" of signals through the unauthorized decoding of encrypted signals wherever they might originate.

[21] As indicated earlier in these reasons, the defendant A.C.E. was the only other defendant that took an

l'alinéa 9(1)c), le seul d'entre les alinéas 9(1)c), d) et e) qui pourrait être pertinent et, par conséquent, il n'est pas possible de conclure que Norsat contrevient à l'alinéa 10(1)b) de la Loi. L'avocat de Norsat a fait valoir que compte tenu des faits qui ont été soumis à la Cour, il serait inique d'interpréter l'alinéa 9(1)c) de manière à conclure qu'il y a eu contravention à ce paragraphe. Il a prétendu que le fait que des personnes se trouvant au Canada reçoivent et regardent des signaux télévisuels émanant des États-Unis à l'aide d'antennes en V ou d'antennes installées sur le toit ou encore d'une autre technologie rudimentaire semblable n'a jamais constitué une infraction, et que conclure maintenant que le législateur en a fait une infraction dans les circonstances plus actuelles où des signaux sont encodés et disponibles au moyen d'un satellite plutôt que par réception en visibilité directe à partir d'un émetteur serait sûrement contraire à l'intention qu'avait le législateur fédéral lorsqu'il a adopté les modifications susmentionnées à la *Loi sur la radio-communication*. Il a en outre fait valoir qu'une telle interprétation serait incompatible avec la Constitution canadienne parce qu'elle restreindrait beaucoup la liberté qu'ont les Canadiens en général ou, subsidiairement, certains Canadiens, de recevoir de l'information offerte au public. Pour étayer cette prétention, l'avocat a cité *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*.²

[19] Même si cet argument a suscité peu de commentaires, l'avocat représentant Norsat a prétendu que la preuve présentée pour le compte des demandesses relativement à la perte ou aux dommages était, dans le meilleur des cas, dénuée de substance.

[20] L'avocat a fait valoir que je devrais hésiter beaucoup avant d'accorder quelque valeur que ce soit aux décisions d'instances criminelles qui ont interprété l'alinéa 9(1)c) de la Loi parce que certaines de ces décisions sont favorables à ses prétentions tandis que d'autres lui sont défavorables. Il a prétendu que le législateur voulait limiter la portée de l'alinéa 9(1)c) au «vol» de signaux au moyen du décodage non autorisé de signaux encodés de quelque provenance que ce soit, et que je devrais interpréter ainsi cette disposition.

[21] Comme il a déjà été mentionné dans les présents motifs, la défenderesse A.C.E. est la seule à

active part in the hearing before me. As also indicated, A.C.E. has itself filed a motion for summary judgment against the plaintiffs. In very brief submissions, counsel for A.C.E. adopted the position enunciated on behalf of Norsat and emphasized that a result other than that advocated on behalf of Norsat would be inconsistent with the realities of modern-day technology and the interests of Canadians as a whole.

[22] Counsel for the plaintiffs urged that the plaintiffs were among those on whom Parliament intended to confer a statutory right of civil action in enacting sections 9, 10 and 18 of the *Radiocommunication Act*. He urged that I should find that the plaintiffs have suffered loss or damage by reason of the conduct of Norsat in importing, distributing, offering for sale, selling and possessing satellite dishes and decoders capable only of use in receiving and decoding DBS signals emanating from a DBS service provider in the United States.

[23] Counsel acknowledged that the success or failure of the plaintiffs' claim under section 18 of the Act turns on the interpretation of paragraph 9(1)(c). He urged that I should adopt a purposive test in interpreting that paragraph and that, in applying such a test, I should have regard not simply to sections 9, 10 and 18 of the Act but to the total context in which those sections are found, including the whole of the *Radiocommunication Act* and the *Broadcasting Act*.³ He urged that the *Broadcasting Act* represents part of the same legislative scheme as the *Radiocommunication Act* and that, more particularly, the broadcasting policy for Canada enunciated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*, and substantially revised and expanded in the same amending Act by which paragraph 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* was enacted, constitutes an essential element in a purposive interpretation of the interaction of sections 9, 10 and 18 of the *Radiocommunication Act*.

[24] Counsel referred me to *R. v. Knibb*⁴ where the Honourable Judge LeGrandeur undertook what counsel

avoir pris part à l'audience qui s'est déroulée devant moi. Ainsi qu'il a aussi été indiqué, A.C.E. a elle-même déposé une requête en jugement sommaire contre les demanderesse. Dans de très brèves observations, l'avocat d'A.C.E. a souscrit aux prétentions présentées pour le compte de Norsat et a souligné qu'une conclusion autre que celle proposée pour le compte de Norsat serait incompatible avec la réalité de la technologie moderne et les intérêts de l'ensemble des Canadiens.

[22] L'avocat des demanderesse a fait valoir que celles-ci figuraient parmi les personnes auxquelles le législateur avait eu l'intention de conférer un recours civil en adoptant les articles 9, 10 et 18 de la *Loi sur la radiocommunication*. Il a fait valoir que je devrais conclure que les demanderesse ont subi une perte ou des dommages du fait de la conduite de Norsat qui a importé, distribué, mis en vente, vendu et possédé des antennes paraboliques et des décodeurs dont la seule utilité est la réception et le décodage de signaux de SRD émanant d'un fournisseur de services de SRD aux États-Unis.

[23] L'avocat des demanderesse reconnaît que le succès ou l'échec de leur demande présentée en vertu de l'article 18 de la Loi dépend de l'interprétation de l'alinéa 9(1)c). Il a fait valoir que je devrais adopter un critère téléologique pour l'interprétation de cette disposition et qu'en appliquant ce critère, je devrais tenir compte non seulement des articles 9, 10 et 18 de la Loi mais aussi du contexte global entourant ces dispositions, y compris l'ensemble de la *Loi sur la radiocommunication* et de la *Loi sur la radiodiffusion*³. Il a prétendu que la *Loi sur la radiodiffusion* appartient au même régime législatif que la *Loi sur la radiocommunication* et plus précisément que la politique de radiodiffusion au Canada énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, et en bonne partie révisée et élargie dans la même loi modificatrice par laquelle l'alinéa 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* a été adoptée, constitue un élément essentiel dans une interprétation téléologique de l'interaction des articles 9, 10 et 18 de la *Loi sur la radiocommunication*.

[24] L'avocat des demanderesse a invoqué *R. v. Knibb*⁴ où le juge LeGrandeur a entrepris, selon

urged was a thorough and compelling analysis of the interpretation of paragraph 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* in arriving at an interpretation favourable to the plaintiffs in this matter.

ANALYSIS

[25] I repeat here for ease of reference the relevant portions of the text of section 18 of the *Radiocommunication Act*.

18. (1) Any person who

(a) holds an interest in the content of a subscription programming signal . . . by virtue of copyright ownership or a licence granted by a copyright owner,

(b) is authorized by the lawful distributor of a subscription programming signal . . . to communicate the signal . . . to the public,

(c) holds a licence to carry on a broadcasting undertaking issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*, or

. . .

may, where the person has suffered loss or damage as a result of conduct that is contrary to paragraph 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b), in any court of competent jurisdiction, sue for and recover damages from the person who engaged in the conduct, or obtain such other remedy, by way of injunction, accounting or otherwise, as the court considers appropriate.

. . .

(4) For the purposes of an action under subsection (1), the Federal Court is a court of competent jurisdiction.

[26] I reiterate, to establish a cause of action under subsection 18(1), the plaintiffs must establish; first, that they are persons described in one or more of paragraphs (a) to (d) of that subsection; second, that there has been conduct of the defendants contrary to any of paragraphs 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b) of the Act; and third, that they have suffered loss or damage as a result of that conduct.

l'avocat, une analyse exhaustive et convaincante de l'interprétation de l'alinéa 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* pour en arriver à une interprétation favorable aux demanderessees dans la présente affaire.

ANALYSE

[25] Je reproduis ici, pour en faciliter la consultation, les extraits pertinents de l'article 18 de la *Loi sur la radiocommunication*.

18. (1) Peut former, devant tout tribunal compétent, un recours civil à l'encontre du contrevenant quiconque a subi une perte ou des dommages par suite d'une contravention aux alinéas 9(1)c) d) ou e) ou 10(1)b) et:

a) soit détient, à titre de titulaire du droit d'auteur ou d'une licence accordée par ce dernier, un droit dans le contenu d'un signal d'abonnement ou d'une alimentation réseau;

b) soit est autorisé, par le distributeur légitime de celui-ci, à le communiquer au public;

c) soit est titulaire d'une licence attribuée, au titre de la *Loi sur la radiodiffusion*, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'autorisant à exploiter une entreprise de radiodiffusion;

. . .

Cette personne est admise à exercer tous recours, notamment par voie de dommages-intérêts, d'injonction ou de reddition de compte, selon ce que le tribunal estime indiqué.

. . .

(4) La Cour fédérale est, pour l'application du paragraphe (1), un tribunal compétent.

[26] Je réitère que, pour établir une cause d'action aux termes du paragraphe 18(1), les demanderessees doivent prouver ce qui suit: premièrement, qu'elles sont des personnes visées par l'un ou plusieurs des alinéas a) à d) du paragraphe 18(1); deuxièmement, que les défenderesses ont contrevenu à l'un des alinéas 9(1)c), d) ou e) ou 10(1)b) de la Loi; et troisièmement, qu'elles ont subi une perte ou des dommages par suite de cette contravention.

[27] That the plaintiff ExpressVu holds a licence to carry on a broadcasting undertaking issued by the Canadian Radio-television and Telecommunication Commission under the *Broadcasting Act* and therefore is a person described in paragraph 18(1)(c) is clearly established on the evidence before me. A licence was issued to ExpressVu by decision of the CTRC dated the 20th of December, 1995 to carry on a “[n]ew, national, direct-to-home satellite distribution undertaking which is a broadcasting undertaking.” The evidence before me does not disclose that ExpressVu yet operates a DBS service. But whether it does or not, while relevant to the question of whether ExpressVu has suffered loss or damage, is not relevant to the question of whether or not it is a person described in paragraph 18(1)(c). There can be no doubt that it is such a person.

[28] Similarly, I am satisfied that the evidence before me establishes that the other plaintiffs each hold an interest in the content of a subscription programming signal, that is to say, radiocommunication that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge, by virtue of one of more licences granted by a copyright owner or owners. Once again, while the evidence before me as to the nature and extent of the licences was limited, the existence of such licences was not open to dispute. Thus, each of the plaintiffs other than ExpressVu is a person described in paragraph 18(1)(a).

[29] I turn then to paragraph 10(1)(b). It was undisputed before me that Norsat imports, distributes, offers for sale, sells and possesses equipment, namely DBS service reception dishes and decoders capable of only one end use, the reception of DBS signals emanating from a United States DBS service provider. No “lawful excuse” is disclosed by the evidence before me. The question then remains, do the circumstances under which Norsat engages in such activities “give rise to a reasonable inference that the equipment . . . has been used, or is or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9”?

[27] Le fait que la demanderesse ExpressVu détient une licence d’exploitation d’une entreprise de radiodiffusion délivrée par le CRTC conformément à la *Loi sur la radiodiffusion* et, par conséquent, qu’il s’agit d’une personne visée par l’alinéa 18(1)c), est clairement établi par la preuve qui m’a été présentée. Une licence a été délivrée à ExpressVu par décision du CRTC datée du 20 décembre 1995 en vue d’une «nouvelle entreprise nationale de distribution par satellite de radiodiffusion directe qui est une entreprise de radiodiffusion». La preuve qui m’a été présentée ne révèle pas qu’ExpressVu exploite déjà un service de SRD. Même si le fait qu’elle exploite ou non un tel service soit important pour ce qui est de savoir si ExpressVu a subi une perte ou des dommages, elle n’est pas pertinente pour déterminer si elle est une personne visée à l’alinéa 18(1)c). Il est indubitable que oui.

[28] De même, je suis convaincu que la preuve qui m’a été présentée établit que les autres demanderesse détiennent chacune un intérêt dans le contenu des signaux d’abonnement, c’est-à-dire que la radiocommunication vise la réception, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs, moyennant un prix d’abonnement ou une autre forme de redevance, en vertu d’une ou de plusieurs licences octroyées par un ou des titulaires de droit d’auteur. Je répète que même si la preuve présentée quant à la nature et à la portée des licences était limitée, l’existence de ces licences n’a pas soulevé de débat. Chacune des demanderesse autres qu’ExpressVu, est donc une personne visée par l’alinéa 18(1)a).

[29] Je passe maintenant à l’alinéa 10(1)b). Il n’a pas été contesté devant moi que Norsat importe, distribue, met en vente, vend et possède du matériel, soit des antennes paraboliques et des décodeurs permettant de recevoir un service de SRD et n’ayant qu’une seule utilisation ultime, soit la réception de signaux de SRD émanant d’un fournisseur de services de SRD situé aux États-Unis. La preuve qui m’a été présentée ne révèle aucune «excuse légitime». Il reste alors à savoir si les circonstances dans lesquelles Norsat exerce ses activités «donnent à penser que [le matériel] . . . est utilisé en vue d’enfreindre à l’article 9, l’a été ou est destiné à l’être».

[30] Once again, for ease of reference, I repeat the relevant portions of subsection 9(1) with the appropriate portions of the definitions of defined terms incorporated in the place of the defined terms themselves:

No person shall decode a radiocommunication that has been treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception [that is to say, an "encrypted" radiocommunication] that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge . . . otherwise than under and in accordance with an authorization from a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding;

[31] In my analysis of the application of the above-quoted expansion of a portion of subsection 9(1) on the facts before me, I adopt much of the analysis of his Honour Judge LeGrandeur in the *Knibb* case cited earlier. I will quote extensively from his reasons.

[32] Judge LeGrandeur wrote [at paragraphs 11-13]:

Defence counsel urges the Court to interpret this section such that unless there is a lawful distributor, (i.e. a person who has the lawful right to transmit an encrypted radio communication and authorizes its decoding in Canada), it cannot be an offence to decode an encrypted subscription signal.

The Crown on the other hand argues that the section shall be interpreted such that no encrypted radio communication may be decoded by any person in Canada unless there is a lawful distributor of that signal in Canada . . .

Application of the Defence interpretation would mean that as long as there was no lawful distributor in Canada for the signal intercepted [decoded], there could be no offence and therefore any Canadian may intercept [decode] any encrypted subscription signal.

[33] As I understand the arguments of counsel before me, Norsat, which takes a position similar to that of the defence before Judge LeGrandeur, does not go so far as did counsel for the defence. Rather, counsel for Norsat urges me to interpret subsection 9(1) such that where there is no lawful distributor in Canada, paragraph 9(1)(c) should be interpreted so as not to constitute it an offence to decode a DTH signal

[30] Ici encore, pour en faciliter la consultation, je répète les extraits pertinents du paragraphe 9(1) en y intégrant les définitions appropriées:

Il est interdit de décoder une radiocommunication qui a été traitée électroniquement ou autrement en vue d'en empêcher la réception en clair et qui est destinée à être reçue, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs moyennant paiement d'un prix d'abonnement ou de toute autre forme de redevance . . . autrement qu'avec l'autorisation de la personne légitimement autorisée au Canada, à transmettre le signal . . . et à en permettre le décodage;

[31] Dans mon analyse de l'application de l'extrait enrichi du paragraphe 9(1) augmenté et susmentionné aux faits qui m'ont été soumis, je souscris à la majeure partie de l'analyse du juge LeGrandeur dans l'affaire *Knibb*, précitée. Je citerai de larges extraits de ses motifs.

[32] Le juge LeGrandeur a écrit [aux paragraphes 11 à 13]:

[TRADUCTION] L'avocat de la défense invite la Cour à interpréter cet article de sorte qu'à moins qu'il n'y ait un distributeur légitime (c'est-à-dire une personne qui a le droit légitime de transmettre une communication radio encodée et d'en autoriser le décodage au Canada), le fait de décoder un signal d'abonnement encodé ne peut constituer une infraction.

En revanche, le ministère public prétend que la disposition devrait être interprétée de sorte qu'aucune communication radio encodée ne puisse être décodée par une personne au Canada à moins qu'il n'y ait un distributeur légitime de ce signal au Canada . . .

L'application de l'interprétation de la défense signifierait que tant qu'il n'y a pas de distributeur légitime du signal intercepté [décodé] au Canada, il ne peut y avoir d'infraction et que, par conséquent, tout Canadien peut intercepter [décoder] un signal d'abonnement encodé.

[33] Si je comprends bien les arguments que les avocats ont invoqués devant moi, Norsat, dont les prétentions sont les mêmes que celles des parties défenderesses devant le juge LeGrandeur, ne va pas aussi loin que ceux-ci. L'avocat de Norsat m'invite plutôt à interpréter le paragraphe 9(1) de manière à ce que, s'il n'existe pas de distributeur légitime au Canada, l'alinéa 9(1)c) soit interprété comme ne créant

emanating from a DBS service provider outside of Canada where the authorization of the service provider has been obtained. Counsel takes the position that paragraph 9(1)(c) should be interpreted so as to create an offence where an encrypted subscription signal is decoded without the consent of the originator, wherever he might be. Put another way, counsel urges that paragraph 9(1)(c) should be interpreted as an “anti-piracy” provision and notes that the agreed facts earlier set out in these reasons disclose that “piracy” or theft of encrypted subscription signals is not here at issue.

[34] Nonetheless, as with the position of the Crown before Judge LeGrandeur, the position of the plaintiffs here is to urge an interpretation of paragraph 9(1)(c) that is clearly broader than that advocated on behalf of Norsat in that it would make any decoding of encrypted subscription signals emanating from outside Canada, with or without authorization of the originator, a contravention of paragraph 9(1)(c).

[35] I adopt the following analysis of Judge LeGrandeur [at paragraphs 22-41]:

The modern purposive approach to statutory interpretation seeks to determine the purpose and object of the legislation and to give it such interpretation as best shares [ensures] the attainment of such object and purpose. (see Jodrey's Estate v. Province of Nova Scotia and the Attorney General of British Columbia, [1982] 2 S.C.R. 774 at 802, per Dixon, J.). [It appears to me this citation should be Covert et al v. Minister of Finance of Nova Scotia, [1980] 2 S.C.R. 774, at p. 807 per Dickson J.]

This is the approach that is to be applied in all cases regardless of whether the section or sections in the statute under consideration are ambiguous or not.

The purpose or object of the legislation is to be gleaned from the whole. The construction of a section of a statute must be considered in the context of the whole statute. It can't be looked at in isolation, but must be considered in the context of the whole statute and its determined object and purpose. Driedger on the Construction of Statutes, 3rd edition at p. 44 describes the process thus:

“In purposive analysis every factor [feature] of legislation from the overall conception to small [and] linguistic detail

pas une infraction consistant à décoder le signal émanant d'un fournisseur de services de SRD à l'extérieur du Canada lorsque l'autorisation du fournisseur de services a été obtenue. L'avocat soutient que l'alinéa 9(1)c) devrait être interprété comme créant une infraction lorsque le signal d'abonnement encodé est décodé sans le consentement de l'émetteur, peu importe l'endroit où se trouve celui-ci. Autrement dit, il fait valoir que l'alinéa 9(1)c) devrait être interprété comme une disposition «antipiratage» et il souligne que les faits avérés susmentionnés dans les présents motifs révèlent que le «piratage» ou le vol de signaux d'abonnement encodés n'est pas en cause en l'espèce.

[34] Néanmoins, à l'instar de celles du ministère public devant le juge LeGrandeur, les prétentions des demandereses en l'espèce consistent à proposer une interprétation de l'alinéa 9(1)c) qui est manifestement plus large que celle qui a été proposée pour le compte de Norsat, en ce sens qu'elle ferait en sorte que tout décodage de signaux d'abonnement encodés émanant de l'extérieur du Canada, avec ou sans l'autorisation de l'émetteur, constitue une contravention à l'alinéa 9(1)c).

[35] Je fais mienne l'analyse suivante du juge LeGrandeur [aux paragraphes 22 à 41]:

[TRADUCTION] La méthode téléologique moderne d'interprétation des lois cherche à déterminer l'objet et le but de la loi et à lui donner l'interprétation qui permettra mieux de les atteindre (Voir Succession Jodrey c. Province de la Nouvelle-Écosse et le procureur général de la Colombie-Britannique, [1982] R.C.S. 774, à la page 802, le juge Dixon). [Il me semble qu'il s'agit plutôt d'un extrait de l'arrêt Covert et autres c. Ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse, [1980] 2 R.C.S. 774, à la page 807, le juge Dickson.]

C'est la méthode qui doit être appliquée dans tous les cas, sans égard à la question de savoir si la ou les dispositions de la loi examinée sont ambiguës.

Le but ou l'objet de la loi doit être tiré de l'ensemble de celle-ci. L'interprétation d'une disposition doit être examinée dans le contexte de la loi dans son ensemble. Cette disposition ne peut être examinée isolément mais doit être étudiée dans le contexte de l'ensemble de la loi et de son objet et but déterminés. Driedger on the Construction of Statutes, 3^e édition, à la p. 44, décrit ainsi ce processus:

«Dans l'analyse téléologique, chaque facteur [caractéristique] de la loi, de la conception d'ensemble aux menus

is presumed to be there for a reason. It is presumed to address a concern, anticipate a difficulty or in some way promote the legislature's goals."

At page 34 [35] of Driedger, *supra*, it is stated:

"Under a purposive approach, the definitive legislative task is not creation of a text, but the adoption of appropriate policies and goals and a plan for implementation. On this approach the text is thought of as a map or blueprint and the primary focus and interpretation is not so much the meaning of the text as the reasons for enacting it and the directions in which it points. Under a purposive approach, the Court defers to the legislature not by decoding its language, but by insuring that its plans are carried out."

Legislative purpose may be established by reliance on a description of purpose emanating from authorized sources including statements made by the legislature itself and also descriptions of purpose appearing in the extra-legislative sources like commission reports, Hansard, academic texts and the like. Legislative purpose may also be established by the courts construing a plausible account of purpose out of the words of the legislation read in context. (See Driedger, *Construction of Statute* page 50 through 51).

More often than not, establishing the legislative purpose or object of a statute or legislative scheme is attained by application of both the aforementioned approaches.

In my view, given the statute as a whole, what I perceive the legislative purpose of the *Radiocommunication Act* and related statutes to be, it is my conclusion that s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* provides an absolute prohibition against the decoding of encrypted subscription program signals unless they emanated from a lawful distributor in Canada and that distributor authorizes their decoding. This of course is subject to one exception, that being the exception provided by s. 10(2.3) of the *Radiocommunication Act*.

The *Radiocommunication Act* itself does not set out an authoritative statement of purpose which the Court can consider in determining the intended application of s. 9(1)(c) of the statute. The Court is left to infer the purpose of the statute and the application of s. 9(1)(c) in effecting that purpose and in doing so may consider the scheme of the legislation, the material conditions existing when it was first enacted and any subsequent amendments. From reading the legislation in this context, the Court may infer the legislature's reasons for introducing a particular program or including a particular provision or detail in the legislation. (See Driedger, *supra*, p. 52)

détails linguistiques, est présumé avoir sa raison d'être. Il est présumé régler un problème, prévenir une difficulté ou, d'une quelconque façon, promouvoir les objectifs de l'assemblée législative.»

À la page 34 [35] de Driedger, *supra*, il est dit:

«Suivant la méthode téléologique, la tâche législative définitive n'est pas la création d'un texte, mais l'adoption de principes et de buts appropriés ainsi que d'un plan de mise en œuvre. Selon cette méthode, le texte est considéré comme une carte ou un plan et l'essentiel du travail de l'interprétation ne porte pas vraiment sur la signification du texte mais plutôt sur les motifs de son adoption et les indications qu'il donne. Suivant la méthode téléologique, le tribunal s'incline devant le législateur non pas en décodant son langage mais en faisant en sorte que ses objectifs soient atteints.»

L'objectif législatif peut être établi en se fondant sur une description de l'objectif émanant de sources autorisées, y compris les déclarations faites par les assemblées législatives elles-mêmes et aussi les descriptions de l'objectif figurant dans des sources extralégislatives telles que les rapports de commissions, le Hansard, les ouvrages de doctrine et d'autres sources semblables. Les tribunaux peuvent aussi déterminer l'objectif législatif en dégagant une interprétation plausible de l'objet à partir du texte de la loi lu dans son contexte (voir Driedger, *Construction of Statutes*, aux pages 50 et 51).

Plus souvent qu'autrement, la détermination du but ou de l'objet législatifs d'une loi ou d'un régime législatif se fait par l'application des deux méthodes susmentionnées.

À mon avis, compte tenu de la loi dans son ensemble et de ce que j'estime être le but législatif de la *Loi sur la radiocommunication* et des lois connexes, je conclus que l'alinéa 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* prévoit une interdiction absolue contre le décodage de signaux d'abonnement encodés à moins qu'ils n'émanent d'un distributeur légitime situé au Canada et que ce distributeur en autorise le décodage. Naturellement, cette interdiction est assujettie à une exception, soit celle prévue au paragraphe 10(2.3) de la *Loi sur la radiocommunication*.

La *Loi sur la radiocommunication* elle-même ne renferme pas d'énoncé clair de son objet dont la Cour peut tenir compte pour déterminer la façon dont le législateur voulait que l'alinéa 9(1)c) de la loi s'applique. La Cour ne peut qu'inférer l'objet de la loi et l'application de l'alinéa 9(1)c) en donnant effet à cet objet et, ce faisant, elle peut examiner l'esprit de la loi, les circonstances factuelles au moment où la loi a été adoptée et toutes modifications subséquentes. En lisant la loi dans ce contexte, la Cour peut inférer les motifs qui animaient l'assemblée législative lorsqu'elle a introduit un régime particulier ou inclus une disposition ou un détail particulier dans la loi (voir Driedger, *supra*, p. 52).

It is important in my view to look at the nature of the act, its legislative history, whether there are other statutes enacted on the same subject or which touch the same subject, and if so what the disclosed statement of purpose or object is with respect to that statute or statutes.

In 1989 the *Radio Act*, then in existence, was amended and thereafter became known as the *Radiocommunication Act*, [R.S.C., 1985, c. R-2 as amended by] S.C. [1989] c. 17. Many provisions of the *Radio Act* were deleted and other provisions established by the new legislation. The Act was an acknowledgment that the world of radio communication was evolving at a significant pace and that the legislation in place theretofore had not kept pace. New legislation was deemed necessary to keep pace and manage the radio spectrum environment. The Bill served to repeal or revise obsolete provisions, cure defects and increase the flexibility of the Act's application. It was also directed at strengthening the enforcement of compliance by providing for increased fines and administrative recourse rather than having to apply Criminal Code Court procedures. It represented or attempted to regulate the radio frequency spectrum for the benefit of Canada and all Canadian [interests]. (see Hansard, Commons Debates May 25th, 1989, pp. 2130 through 2136). My reference to Hansard for purposes of interpretation of the purpose and object of a statute is supported by the Alberta Court of Appeal case, Tschritter v. Alberta (Children's Guardian) (1989), 65 Alta. L.R. (2d) 289.

The amended act did not include s. 9(1)(c), (d) or (e). Section 10(1)(b) was therefore meaningful at that time only in the context of s. 9(1)(a) or (b). The amendment of the *Radio Act* in 1989 also amended certain provisions of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1985, c. B-9. In 1991 the *Broadcasting Act*, supra, was repealed and replaced with a new *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, and by that Act the *Radiocommunication Act* was amended to include the subsections 9(1)(c), (d) and (e). The amendments also added to the *Radiocommunication Act* specific definitions and changed definitions and added a process of civil remedies for persons who had specific proprietary interests in radiocommunication signals and whose interests had been infringed contrary to the provisions of s. 9(1)(c), (d) and (e) and s. 10(1)(b) of the *Radiocommunication Act*. It is not insignificant in my view that the definition of broadcasting was changed in the *Broadcasting Act* and the *Radiocommunication Act* to include any transmission of programs, whether or not encrypted. The prior definition had made no reference to encrypted programs.

The new *Broadcasting Act*, which was proposed in 1989 and only gained royal assent in 1991, attempted to address the changes in technology and society in the area of radio communication and established a broadcast policy for all of Canada. The amendments to the *Radiocommunication Act* in

Selon moi, il est important d'examiner la nature de la loi, son historique législatif, l'existence d'autres lois portant directement ou indirectement sur le même sujet et, dans l'affirmative, il faut s'interroger sur l'énoncé de l'objet ou de l'objectif que ces lois renferment.

En 1989, la *Loi sur la radio*, alors en vigueur, a été modifiée pour s'intituler *Loi sur la radiocommunication*, [L.R.C. (1985), ch. R-2, modifiée par] L.C. (1989) ch. 17. La nouvelle loi a supprimé de nombreuses dispositions de la *Loi sur la radio* et en a ajouté d'autres. La nouvelle loi reconnaissait que le monde de la radio évoluait selon un rythme rapide que les lois en vigueur n'avaient pas réussi à suivre. La nouvelle loi était réputée nécessaire pour suivre l'évolution de l'environnement du spectre radio et gérer cet environnement. Le projet de loi visait à abroger ou à réviser des dispositions désuètes, à remédier à certaines lacunes et à assouplir l'application de la loi. Elle visait aussi à renforcer la mise en œuvre de la loi en prévoyant des amendes plus élevées et un recours administratif plutôt que l'application de procédures judiciaires en vertu du Code criminel. Elle prétendait régler le spectre de fréquences radio pour le bénéfice du Canada et de tous les [intérêts] canadiens ou tentait de le faire. (Voir Hansard, *Débats de la Chambre des Communes*, 25 mai 1989, pages 2130 à 2136.) L'arrêt Tschritter v. Alberta (Children's Guardian) (1989), 65 Alta. C.R. (2d) 289, de la Cour d'appel de l'Alberta vient appuyer mon recours au Hansard à des fins d'interprétation du but et de l'objet d'une loi.

La loi modifiée ne renfermait pas les alinéas 9(1)(c), (d) ou (e). Par conséquent, l'alinéa 10(1)(b) n'avait de sens à cette époque que dans le contexte des alinéas 9(1)(a) ou (b). La modification apportée à la *Loi sur la radio* en 1989 a aussi modifié certaines dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), ch. B-9. En 1991, la *Loi sur la radiodiffusion*, supra, a été abrogée et remplacée par une nouvelle *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. (1991), ch. 11 et cette loi a modifié la *Loi sur la radiocommunication* pour y inclure les alinéas 9(1)(c), (d) et (e). Les modifications ont aussi ajouté des définitions précises à la *Loi sur la radiocommunication*, modifié les définitions et ajouté un processus de recours civil à l'intention des personnes qui avaient des intérêts propriétaires précis auxquels il avait été porté atteinte, contrairement aux dispositions des alinéas 9(1)(c), (d), (e) et 10(1)(b) de la *Loi sur la radiocommunication*. À mon avis, le fait que la définition de la radiodiffusion a été modifiée tant dans la *Loi sur la radiodiffusion* que la *Loi sur la radiocommunication* pour y inclure toute transmission d'émissions, qu'elle soit ou non encodées, n'est pas sans importance. La définition antérieure ne mentionnait pas les émissions encodées.

La nouvelle *Loi sur la radiodiffusion*, qui a été proposée en 1989 et n'a reçu la sanction royale qu'en 1991, tentait de régler le problème des modifications technologiques et sociales survenues dans le domaine de la radiocommunication et d'établir une politique de radiodiffusion pour l'en-

1991, through the new *Broadcasting Act* S.C. 1991, C-11 were part of the mechanism by which that stated policy was to be fulfilled.

This new broadcast policy which was first proposed in 1989 and ultimately came into effect in 1991, is set out in s. 3 of the *Broadcasting Act*. This policy is in my view, fundamental to the determination of the intention of the legislature with respect to the intended application of s. 9(1)(c).

It is clear in my view that the changes to the *Broadcasting Act* were directed at regulating more completely the broadcasting industry for the benefit of Canada and Canadian culture. The amendments to the *Radiocommunication Act* specifically the addition of subsections 9(1)(c), (d) and (e) were part of the mechanism by which this regulation was to take place.

Clearly part of the scheme embodied in the *Broadcasting Act* legislation in 1991 was the protection of Canadian culture through the regulation of program services, program materials and program undertakings. These included encrypted and unencrypted radio communications.

The *Broadcasting Act* declared that the entire broadcasting system was a single system to be regulated and controlled by a single entity. (See s. 3(2) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11.) It is my view, having regard to the provisions of the *Broadcasting Act*, the stated policy therein, the definitions and provisions therein, that the policy set out in s. 3 is directed at all aspects of radio communication including encrypted radio signals.

The *Broadcasting Act* and the *Radiocommunication Act* must be seen as operating together as part of a single regulatory scheme. The provisions of each statute must accordingly be read in the context of the other and consideration must be given to each statute's roll in the overall scheme. (Driedger, *supra*, p. 286).

The addition of s. 9(1)(c), (d) and (e) and other sections to the *Radiocommunication Act* through the provisions of the *Broadcasting Act*, 1991 are supportive of that approach in my view. Subsections 9(1)(c), (d) and (e) of the *Radiocommunication Act* must be seen as part of the mechanism by which the stated policy of regulation of broadcasting in Canada is to be fulfilled.

It is clear from the stated policy in the *Broadcasting Act* that there is only one broadcast system in Canada that is to be regulated by a single entity. Programs that are not a part of the Canadian Broadcasting system, eg. encrypted satellite

semble du Canada. Les modifications apportées à la *Loi sur la radiocommunication* de 1991 par l'intermédiaire de la nouvelle *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. (1991), ch. 11, faisaient partie du mécanisme de mise en œuvre de la politique adoptée.

L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce cette nouvelle politique de radiodiffusion proposée en 1989 et finalement entrée en vigueur en 1991. A mon avis, cette politique est essentielle pour déterminer l'intention de l'assemblée législative à l'égard de l'application de l'alinéa 9(1)c).

Selon moi, il est évident que les modifications apportées à la *Loi sur la radiodiffusion* visaient à réglementer plus complètement l'industrie de la radiodiffusion pour le bénéfice du Canada et de la culture canadienne. Les modifications apportées à la *Loi sur la radiocommunication* et plus précisément l'ajout des alinéas 9(1)c), d) et e) faisaient partie du mécanisme d'application de cette réglementation.

Manifestement, une partie du régime intégré dans la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 consistait en la protection de la culture canadienne par la réglementation des services de programmation, du contenu des émissions et des entreprises de diffusion, ce qui incluait les communications radio encodées et non encodées.

La *Loi sur la radiodiffusion* déclarait que la totalité du système de radiodiffusion constituait un seul système devant être réglementé et contrôlé par une seule entité. (Voir le paragraphe 3(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. (1991), ch. 11.) Compte tenu des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*, de la politique qui y est énoncée, et des définitions et des dispositions qu'elle renferme, j'estime que la politique énoncée à l'article 3 vise tous les aspects de la radiocommunication, y compris les signaux radio encodés.

La *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur la radiocommunication* doivent être considérées comme fonctionnant dans le cadre d'un seul régime réglementaire. Les dispositions de chaque loi doivent donc être lues en tenant compte de leurs contextes réciproques et il faut tenir compte du rôle de chaque loi dans le régime général. (Driedger, *supra*, page 286.)

Selon moi, l'ajout des alinéas 9(1)c), d) et e) et d'autres dispositions à la *Loi sur la radiocommunication*, par l'intermédiaire des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991, appuie cette méthode d'interprétation. Les alinéas 9(1)c), d) et e) de la *Loi sur la radiocommunication* doivent être considérés comme faisant partie du mécanisme par lequel doit être mise en œuvre la politique de réglementation de la radiodiffusion au Canada qui est énoncée.

Il ressort de cette politique énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion* qu'il n'existe qu'un seul système de radiodiffusion au Canada et qu'une seule entité doit le réglementer. Les émissions qui ne font pas partie du système de radiodif-

signals from outside Canada that are not distributed by a lawful distributor in Canada are not capable of regulation in the normal sense, that is by regulation of the distributor. This of course means that there can be no regulation in the context of the policy set out in s. 3 of the *Broadcasting Act*. It is impossible to prevent the transmission of satellite signals emanating from outside Canada because it is impossible to block such signals once transmitted. The regulation of encrypted signals that are not or do not become part of the Canadian Broadcasting system can only occur by regulation of the recipient. That is, to prohibit such reception except in circumstances where the signal is subject to the regulated control of the Canadian Broadcasting system, i.e. through a lawful distributor.

This prohibition serves to protect and enhance the purposes of the regulatory legislation as set out in s. 3 of the *Broadcasting Act*. Concurrently it protects and enhances the business of broadcasting in Canada by giving Canadian broadcasters a flat playing field on which to compete with other providers of services, that is in the sense that everyone entitled to broadcast, or distribute does so under the same terms and conditions. This same policy and flat playing field hopefully will allow Canadian broadcasters to expand and it also serves to assure the protection of Canadian culture requirements and the concern that we could effectively be deculturized by unregulated programming from outside services. (see Commons Debates on Bill C-40 Hansard, (November the 3rd), 1989, pp. 5546 through 5565.)

This interpretation of s. 9(1)(c) is, I would suggest, one that is plausible in the context of the overall regulatory scheme relating to broadcasting. The interpretation that would allow unfettered access to encrypted signals from outside Canada would fly in the face of the broadcast regulatory policy that the Canadian system operates under. It would be an interpretation that authorizes completely unregulated broadcasting in Canada. That is not consistent in my view with the purpose or object of the *Broadcasting Act* which purpose must be considered when reading the provisions of the *Radiocommunication Act* which is part of the regulatory scheme of broadcasting in Canada.

[36] While I might not have used the same words as Judge LeGrandeur in respect of some of the points made by him, or expressed the analysis in quite the same way, I am satisfied that the substance of his analysis is sound and I adopt it as my own. As did he, I conclude that paragraph 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* must be read to provide an absolute prohibition against the decoding of encrypted subscrip-

tion canadien, c'est-à-dire les signaux par satellite encodés émanant de l'extérieur du Canada qui ne sont pas distribués par un distributeur légitime au Canada, ne peuvent faire l'objet d'une réglementation au sens habituel, c'est-à-dire que le distributeur ne peut faire l'objet d'une réglementation. Cela signifie naturellement qu'il ne peut y avoir de réglementation dans le contexte de la politique établie à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il est impossible d'empêcher la transmission de signaux par satellite émanant de l'extérieur du Canada parce qu'une fois transmis, il est impossible de les bloquer. La réglementation des signaux encodés qui ne font pas partie du système de radiodiffusion canadien ou qui n'y sont pas intégrés ne peut se faire que par la réglementation du récepteur. C'est-à-dire en interdisant cette réception, sauf dans des circonstances où le signal fait l'objet d'un contrôle réglementé du système de radiodiffusion canadien, autrement dit par l'intermédiaire d'un distributeur légitime.

Cette interdiction sert à protéger et à favoriser les objectifs de la réglementation qui sont énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. En même temps, elle protège et favorise les activités de radiodiffusion au Canada en donnant aux radiodiffuseurs canadiens des chances égales de rivaliser avec d'autres fournisseurs de services, c'est-à-dire que toute personne qui a le droit de radiodiffuser ou de distribuer le fait aux mêmes conditions. Cette même politique et ces mêmes chances égales devraient favoriser la croissance des radiodiffuseurs canadiens et elle sert aussi à protéger la culture canadienne et nous empêcher de perdre notre identité culturelle en raison de la programmation non réglementée émanant de services étrangers. (Voir les *Débats de la Chambre des Communes* sur le projet de loi C-40, Hansard, 3 novembre 1989, pages 5546 à 5565.)

Cette interprétation de l'alinéa 9(1)(c) est, selon moi, plausible dans le contexte du régime réglementaire général relatif à la radiodiffusion. Une interprétation qui permettrait l'accès illimité à des signaux encodés provenant de l'extérieur du Canada contredirait la politique réglementaire de radiodiffusion applicable au système canadien. Il s'agirait d'une interprétation qui autorise une radiodiffusion nullement réglementée au Canada. Elle ne serait pas conforme à l'idée que je me fais du but ou de l'objectif de la *Loi sur la radiodiffusion* dont il faut tenir compte en lisant les dispositions de la *Loi sur la radiocommunication* qui fait partie du régime réglementaire de radiodiffusion au Canada.

[36] Je ne me serais peut-être pas exprimé de la même façon que le juge LeGrandeur pour ce qui est de certains aspects de son raisonnement et je n'aurais peut-être pas formulé l'analyse de la même façon, mais je suis convaincu que le fond de son analyse est valable et j'y souscris. Comme il l'a fait, je conclus que l'alinéa 9(1)(c) de la *Loi sur la radiocommunication* doit être interprété comme prévoyant une interdic-

tion program signals unless they emanate from a lawful distributor in Canada and that distributor authorizes their decoding. As Judge LeGrandeur noted, this is subject to one exception, that being the exception provided by subsection 10(2.3) of the *Radiocommunication Act* which is irrelevant for the purpose of this matter. One other comment on the long quotation from Judge LeGrandeur's reasons. In the last paragraph of that quotation he states:

It [the interpretation of paragraph 9(1)(c) advocated on behalf of the defendants before him] would be an interpretation that authorizes completely unregulated broadcasting in Canada.

[37] I would make a small but, in my opinion significant, modification in this sentence. In my view, the interpretation advocated on behalf of the defendants before Judge LeGrandeur, and equally the interpretation advocated on behalf of Norsat before me, would be an interpretation that authorizes completely unregulated broadcasting into Canada by DBS service providers in the United States and perhaps elsewhere that are completely beyond the reach of Canadian government policy and regulation.

[38] I am cognizant of the fact that other judges in other courts have arrived at different interpretations of paragraph 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act*.⁵ I have reviewed a number of such decisions to which I have been referred by counsel. With great respect, I find the analysis by Judge LeGrandeur more compelling.

[39] I find no basis on which I could conclude that the interpretation arrived at by Judge LeGrandeur and which I have adopted is inconsistent with the Constitution of Canada. Once again, Judge LeGrandeur considered this question. He wrote [at paragraphs 49-51]:

Defence counsel does not seek to strike s. 9(1)(c) as being contrary to the Freedom of Expression provisions of the Charter, that is s. 2(b); but rather argues that it is a principle of statutory interpretation that the Court should interpret legislation so as to comply with entrenched constitutional

tion absolue du décodage de signaux d'abonnement encodés à moins qu'ils n'émanent d'un distributeur légitime au Canada et que ce distributeur en autorise le décodage. Ainsi que l'a souligné le juge LeGrandeur, cette interdiction fait l'objet d'une exception, soit celle que prévoit le paragraphe 10(2.3) de la *Loi sur la radiocommunication*, qui n'est pas pertinent aux fins de la présente affaire. J'aimerais faire un autre commentaire sur le long extrait tiré des motifs du juge LeGrandeur. Au dernier paragraphe de cette citation il dit:

[TRADUCTION] Il s'agirait [l'interprétation de l'alinéa 9(1)(c) proposée pour le compte des défenderesses devant lui] d'une interprétation qui autorise une radiodiffusion nullement réglementée au Canada.

[37] J'apporterais une modification mineure, mais à mon avis importante, à cette phrase. À mon avis, l'interprétation proposée pour le compte des parties défenderesses devant le juge LeGrandeur, de même que celle proposée pour le compte de Norsat devant moi, autoriserait une radiodiffusion tout à fait déréglementée à destination du Canada par les fournisseurs de services de SRD situés aux États-Unis et peut-être ailleurs qui échappent complètement à la portée de la politique et de la réglementation du gouvernement canadien.

[38] Je sais que des juges d'autres juridictions sont arrivés à des interprétations différentes de l'alinéa 9(1)(c) de la *Loi sur la radiocommunication*.⁵ J'ai examiné certaines de ces décisions invoquées par les avocats. Ceci étant dit avec beaucoup d'égard pour les opinions divergentes, j'estime que l'analyse du juge LeGrandeur est plus convaincante.

[39] Je ne vois aucune raison de conclure que l'interprétation à laquelle est arrivé le juge LeGrandeur, et à laquelle je souscris, est incompatible avec la Constitution du Canada. Le juge LeGrandeur a aussi examiné cette question. Il écrit [aux paragraphes 49 à 51]:

[TRADUCTION] L'avocat de la défense ne cherche pas à faire déclarer que l'art. 9(1)(c) est frappé de nullité parce qu'il est contraire aux dispositions de la Charte relatives à la liberté d'expression, c'est-à-dire l'art. 2b); mais il prétend qu'il existe un principe d'interprétation des lois selon lequel

values. In R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731 at p. 771. McLachlin, J. writes:

“These authorities confirm the following basic propositions: that the common law should develop in accordance with the values of the Charter . . . and that where a legislative provision, on a reasonable interpretation of its history and on the plain meaning of its text, is subject to two equally persuasive interpretations, the Court should adopt that interpretation which accords with the Charter and the values to which it gives expression.”

Freedom of expression extends to the recipients as well as the originators of a communication. I do not intend in this case to make a determination as to whether the interpretation of s. 9(1)(c) such that it becomes an absolute prohibition against reception of certain radio communications is or is not a breach of s. 2(b) of the Charter. This section has not been challenged under the Charter and cannot be indirectly challenged through a principle of interpretation. Defence counsel is asking the Court to interpret s. 9(1)(c) in accordance with defence submissions because to interpret [it] otherwise means the section has the effect of infringing s. 2(b) of the Charter. Even if I were to so conclude, without a Charter challenge properly in place, I cannot use this interpretive principle to override what I would otherwise conclude to be the intended meaning of Parliament. Lamer, CJ in the case, Canada (Attorney General) v. Mossop (1993), 100 D.L.R. (4th) 658 at 673 makes the following point:

“Absent a Charter challenge of its constitutionality, when Parliamentary intent is clear, Courts and administrative tribunals are not empowered to do anything else but to apply the law. If there is some ambiguity as to its meaning or scope, then the Court should, using the usual rules of interpretation, seek out the purpose of the legislation and if more than one reasonable interpretation consistent with that purpose is available, that which is more in conformity with the Charter should prevail.

But, I repeat, absent a Charter challenge, the Charter cannot be used as an interpretive tool to defeat the purpose of the legislation or to give the legislation an effect Parliament clearly intended it not to have.”

In this case there is no Charter challenge and there is only one reasonable interpretation consistent with the purpose of the legislation.

[40] Once again, I adopt the reasoning of Judge LeGrandeur as my own.

les tribunaux doivent interpréter la loi de manière à respecter les valeurs constitutionnelles protégées. Dans La Reine c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731, à la page 771, madame le juge McLachlin écrit:

«Ces arrêts confirment les propositions fondamentales suivantes: que la common law devrait évoluer en conformité avec les valeurs de la Charte . . . et que, lorsqu'une disposition législative, selon une interprétation raisonnable de son historique et une simple lecture de son texte, est soumise à deux interprétations également convaincantes, la Cour devrait adopter l'interprétation qui concorde avec la Charte et les valeurs qui y figurent.»

La liberté d'expression s'étend aux récepteurs aussi bien qu'aux émetteurs d'une communication. En l'espèce, je n'entends pas décider si l'interprétation selon laquelle l'alinéa 9(1)c) constitue une interdiction absolue de la réception de certaines communications radio contrevient ou non à l'alinéa 2b) de la Charte. Cette disposition n'a pas été contestée en vertu de la Charte et elle ne peut être contestée indirectement au moyen d'un principe d'interprétation. L'avocat de la défense demande à la Cour d'interpréter l'alinéa 9(1)c) suivant les arguments de la défense parce qu'interpréter celui-ci autrement signifierait que la disposition a pour effet de contrevioler à l'alinéa 2b) de la Charte. Même si je devais en arriver à cette conclusion, en l'absence d'une contestation en bonne et due forme de la Charte, je ne peux me servir de ce principe d'interprétation pour outrepasser ce que j'estimerai par ailleurs être l'intention du législateur fédéral. Dans l'affaire Canada (Procureur général) c. Mossop (1993), 100 D.L.R. (4th) 658, à la page 673, le juge en chef Lamer souligne ce qui suit:

«Si sa constitutionnalité n'est pas contestée en vertu de la Charte, lorsque l'intention du législateur est évidente, les cours de justice et les tribunaux administratifs n'ont d'autres pouvoirs que d'appliquer la loi. Si la signification ou la portée du texte de loi est ambiguë, les cours de justice devraient alors, au moyen des règles d'interprétation habituelles, tenter de cerner l'objet de la loi et, s'il existe plus d'une interprétation qui soit compatible avec cet objet, il faut opter pour celle qui est le plus conforme à la Charte.

Je tiens toutefois à répéter que, s'il n'y a pas de contestation fondée sur la Charte, celle-ci ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur ne souhaitait pas de toute évidence.»

En l'espèce, il n'y a pas de contestation fondée sur la Charte et il n'existe qu'une seule interprétation raisonnable qui soit conforme à l'objet de la loi.

[40] Je répète que je souscris au raisonnement du juge LeGrandeur.

[41] On the basis of my interpretation of paragraph 9(1)(c) that it provides an absolute prohibition against the decoding of encrypted subscription program signals unless they emanate from a lawful distributor in Canada and that distributor authorizes their decoding, I conclude that the acknowledged activities of Norsat constitute conduct that is contrary to paragraph 10(1)(b) of the *Radiocommunication Act* in that it is conduct engaged in under circumstances that give rise to a reasonable inference, indeed a compelling inference given the single end-use of the equipment it imports, distributes, etc., that the equipment is intended to be used for the purpose of contravening section 9 through the decoding of encrypted subscription programming signals without authorization from a person who has the lawful right in Canada to transmit those signals. The only signals that the satellite dishes and decoders dealt in by Norsat are capable of receiving and decoding are signals that no one in Canada has a lawful right to transmit and decode.

[42] I turn then to the last element essential to finding a right of civil action in the plaintiffs under section 18 of the *Radiocommunication Act*, that is to say that the plaintiffs have suffered loss or damage as a result of the conduct of Norsat that is contrary to paragraph 10(1)(b). Counsel for Norsat urged that ExpressVu cannot have suffered loss or damage since, on the evidence before me, despite the fact that it has been licensed to do so for some time, it has not yet commenced to offer a DBS service. I reject this argument. There is no evidence before me that would indicate that ExpressVu does not continue to intend to take advantage of the licence granted to it. While it prepares to do so, the activities of Norsat, the retailers to whom it sells, the purchasers from those retailers and those who facilitate those purchasers in activating their decoders continue to occupy an increasing share of the Canadian market for DBS services. While some of those who subscribe to United States originated services through the activities of Norsat and others might also subscribe to or even switch to ExpressVu's service when it is available, I am prepared to assume that not all will do so, so long as they are allowed to continue to receive the United States originated services. While the quantification of ExpressVu's loss

[41] D'après mon interprétation de l'alinéa 9(1)c) selon laquelle cette disposition prévoit une interdiction absolue du décodage de signaux d'abonnement encodés à moins qu'ils n'émanent d'un distributeur légitime au Canada et que ce distributeur en autorise le décodage, je conclus que les activités reconnues de Norsat constituent une contravention à l'alinéa 10(1)b) de la *Loi sur la radiocommunication*, dans des circonstances qui donnent à penser, en fait à être convaincu, compte tenu de l'utilisation ultime du matériel qu'elle importe, distribue, etc., que ce matériel est destiné à être utilisé dans le but d'enfreindre l'article 9 par le décodage de signaux d'abonnement encodés sans l'autorisation d'une personne qui a le droit légitime au Canada de transmettre ces signaux. Les seuls signaux que les antennes paraboliques et les décodeurs dont Norsat fait le commerce sont capables de recevoir et de décoder sont des signaux qu'aucune personne au Canada n'a le droit légitime de transmettre et de décoder.

[42] Je passe maintenant au dernier élément essentiel qui permet de conclure que les demanderesse disposent d'un recours civil en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la radiocommunication*, c'est-à-dire que les demanderesse ont subi une perte ou des dommages par suite de la contravention à l'alinéa 10(1)b) de la part de Norsat. L'avocat de Norsat a fait valoir qu'ExpressVu ne peut avoir subi une perte ou des dommages étant donné que, selon la preuve qui m'a été présentée, même si elle a obtenu une licence pour le faire pendant un certain temps, elle n'a pas encore commencé à offrir des services de SRD. Je rejette cet argument. Selon la preuve présentée, rien n'indique qu'ExpressVu n'ait pas encore l'intention de profiter de la licence qui lui a été octroyée. Pendant qu'elle se prépare à le faire, les activités de Norsat, les détaillants à qui elle vend des marchandises, les personnes qui achètent auprès de ces détaillants et celles qui aident ces acheteurs à activer leurs décodeurs continuent à occuper une part croissante du marché canadien des services de SRD. Même si certains de ceux qui s'abonnent aux services en provenance des États-Unis par l'intermédiaire des activités de Norsat et d'autres entreprises pourraient aussi souscrire au service offert par ExpressVu ou même changer pour

or damage might be very difficult, that is not the issue. I am prepared to conclude that ExpressVu has suffered loss or damage and will continue to do so unless present practices are dramatically altered.

[43] Similarly, with respect to the other plaintiffs, the evidence before me shows that they have suffered some loss or damage by reason of the fact that programming to which they have exclusive rights in all or part of Canada by virtue of licenses from copyright holders is being received and viewed in Canada without their authorization. I acknowledge that it is entirely possible, indeed perhaps likely on the evidence before me, that all or some of the programming is being received and viewed at times and on dates (in "windows") not covered by the licenses that the plaintiffs other than ExpressVu have received. Once again, I conclude that that possibility goes to quantum of loss or damage and not to the issue of whether the other plaintiffs have suffered some loss or damage. I conclude that the evidence before me demonstrates that they have and that they will continue to do so in the absence of a dramatic change in circumstances.

CONCLUSION

[44] In the result then, I conclude that each of the plaintiffs has a right of civil action under section 18 of the *Radiocommunication Act* against Norsat. The issue of the remedies available to the plaintiffs and quantum of damages, if any, available to them was not argued before me and was not relevant for the limited purposes of Norsat's motion for summary judgment. I conclude that Norsat's motion for summary judgment, as it relates to the claims of the plaintiffs under section 18 of the *Radiocommunication Act*, must be dismissed. An order will go accordingly with costs to the plaintiffs against the defendant Norsat.

ce service lorsqu'il sera offert, je suis disposé à présumer que la totalité d'entre eux ne le feront pas tant qu'ils pourront continuer à recevoir les services émanant des États-Unis. Même s'il pourrait s'avérer très difficile de quantifier la perte ou les dommages qu'a subis ExpressVu, ce n'est pas pertinent. Je suis disposé à conclure qu'ExpressVu a subi une perte ou des dommages et continuera à le faire tant que les pratiques actuelles ne seront pas radicalement modifiées.

[43] De même, en ce qui concerne les autres demanderesse, la preuve qui m'a été soumise indique qu'elles ont subi certaines pertes ou certains dommages du fait que les émissions sur lesquelles elles disposent de droits exclusifs dans la totalité ou une partie du Canada, en vertu de licences obtenues auprès de titulaires de droit d'auteur, sont reçues et regardées au Canada sans leur autorisation. D'après la preuve qui m'a été présentée, je reconnais qu'il est tout à fait possible et même vraisemblable que la totalité ou une partie de la programmation est reçue et regardée à des heures et à des dates (dans des «fenêtres») que ne couvrent pas les licences octroyées aux autres demanderesse qu'ExpressVu. Je conclus une fois de plus que cette possibilité s'applique au montant des pertes ou des dommages et non à la question de savoir si d'autres demanderesse ont subi des pertes ou des dommages. Je conclus que la preuve présentée établit que les demanderesse ont subi des pertes ou des dommages et qu'elles continueront à en subir si la situation ne change pas radicalement.

CONCLUSION

[44] En conséquence, je conclus que chacune des demanderesse dispose d'un recours civil contre Norsat en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la radiocommunication*. La question des recours dont les demanderesse peuvent se prévaloir et du montant des dommages-intérêts, s'il en est, qu'elles peuvent réclamer n'a pas été débattue devant moi, et elle n'était pas pertinente aux fins restreintes de la requête en jugement sommaire de Norsat. Je conclus que la requête en jugement sommaire de Norsat, relativement aux demandes présentées par les demanderesse en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la radiocommunicat-*

[45] A similar motion on behalf of the defendant A.C.E. Imports International Inc. was not argued before me. That motion remains outstanding.

[46] There is also outstanding before the Court a motion on behalf of the plaintiffs for “an interim and permanent injunction”, other reliefs and for “summary judgment on all or part of the claim in the Statement of Claim on behalf of one or more plaintiffs as against one or more Defendants”. The plaintiffs’ motion also was not argued before me. That notwithstanding, to the extent of the claims of each of the plaintiffs based on section 18 of the *Radiocommunication Act*, and on the basis of the evidence that was before me, the result of the plaintiffs’ motion for summary judgment would appear to be self evident on the basis of these reasons.

¹ R.S.C., 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2; 1991, c. 11, s. 85).

² [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 968-971 and 975-977.

³ S.C. 1991, c. 11.

⁴ [1997] A.J. No. 513 (Prov. Ct.) (QL).

⁵ See, for ex: *R. v. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71 (Q.B.), per Klebuc J.

tion, doit être rejetée. Une ordonnance sera prononcée en conséquence, et les dépens seront accordés aux demandresses à l’encontre de la défenderesse Norsat.

[45] Une requête similaire présentée pour le compte de la défenderesse A.C.E. Imports International Inc. n’a pas été débattue devant moi. Cette requête demeure pendante.

[46] Une autre requête présentée pour les comptes des demandresses en vue d’obtenir [TRADUCTION] «une injonction provisoire et permanente», d’autres mesures de redressement et un [TRADUCTION] «jugement sommaire sur la totalité ou une partie de la demande contenue dans la réclamation pour le compte de l’une ou de plusieurs des demandresses à l’encontre de l’une ou de plusieurs des défenderesses» demeure également pendante. La requête des demandresses n’a pas non plus été débattue devant moi. Malgré cela, dans la mesure où les demandes de chacune des demandresses sont fondées sur l’article 18 de la *Loi sur la radiocommunication* et compte tenu de la preuve qui m’a été présentée, l’issue des requêtes en jugement sommaire des demandresses semble aller de soi du fait des présents motifs.

¹ L.R.C. [1985], ch. R-2 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2; 1991, ch. 11, art. 85).

² [1989] 1 R.C.S. 927, aux p. 968 à 971 et 975 à 977.

³ L.C. 1991, ch. 11.

⁴ [1997] A.J. n° 513 (C.P.) (QL).

⁵ Voir, par ex., *R. v. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71, (B.R.), le juge Klebuc.

IMM-741-96

IMM-741-96

Wan Chen Fei (*Applicant*)Wan Chen Fei (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*)INDEXED AS: FEI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (T.D.)RÉPERTORIÉ: FEI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYEN-
NETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)Trial Division, Heald D.J.—Toronto, May 22; Ottawa,
June 30, 1997.Section de première instance, juge suppléant Heald—
Toronto, 22 mai; Ottawa, 30 juin 1997.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Application for permanent residence denied as applicant's dependent daughter medically inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) — Admission expected to cause excessive demands on health, social services — Visa officer's refusal letter based on medical officers' opinion — Valid medical opinion under s. 19(1)(a)(ii) binding on visa officer — Medical officers indicating criteria in medical narrative but failing to seek necessary information — Erred in applying statutory test under s. 19(1)(a)(ii).

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Demande de résidence permanente rejetée, l'un des enfants à charge du requérant étant non admissible pour raisons d'ordre médical, conformément à l'art. 19(1)a(ii) de la Loi sur l'immigration — Son admission entraînerait vraisemblablement un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé — Lettre de refus de l'agente des visas fondée sur l'avis des médecins agréés — L'avis médical valablement émis sous le régime de l'art. 19(1)a(ii) lie l'agent des visas — Les médecins agréés ont mentionné des critères dans la description de l'état de santé, mais ils n'ont pas cherché à obtenir l'information nécessaire — Ils ont commis une erreur en appliquant le critère prévu à l'art. 19(1)a(ii).

This was an application for judicial review of a visa officer's decision denying a permanent residence application on the ground that one of applicant's dependent children was medically inadmissible under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*. The applicant's daughter was examined medically in June 1995; shortly after, medical officers at the Canadian Commission in Hong Kong produced an opinion under that provision, stating that the child has a moderate degree of mental retardation, that she requires extensive social and educational support services as well as constant supervision and that she will likely place excessive demand on social services. The dominant fact in the medical officers' minds was that mentally retarded children require increased expenditure of public funds; availability of services, *per se*, was not an issue. Based on that opinion, the visa officer sent the applicant a refusal letter stating that his dependent daughter was inadmissible as a member of the class of persons described in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act. Three issues were raised: (1) whether the visa officer erred in failing to obtain the necessary information to ensure that the medical opinion was reasonable; (2) whether the medical officers made a reviewable error in determining that admission to Canada of the applicant's child would result in an "excessive demand" on social services; (3) whether there was a breach of procedural fairness due to the fact that the visa officer declined

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de résidence permanente du requérant au motif que l'un des enfants à charge de ce dernier était non admissible pour raisons d'ordre médical, aux termes du sous-alinéa 19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration*. La fille à charge du requérant a subi un examen médical en juin 1995; peu après, les médecins agréés du Commissariat du Canada à Hong Kong ont fourni un avis sous le régime de cette disposition selon lequel l'enfant souffrait d'arriération mentale modérée, avait besoin d'importants services de soutien sociaux et pédagogiques et d'une surveillance constante et entraînerait vraisemblablement un fardeau excessif pour les services sociaux. Les médecins agréés étaient avant tout préoccupés par le fait que les enfants souffrant de déficience mentale engendraient de plus grandes dépenses de fonds publics que les autres enfants; il n'a jamais été question de la disponibilité même des services. Se fondant sur cet avis, l'agente des visas a envoyé une lettre de refus au requérant dans laquelle elle déclarait que la fille à charge de celui-ci appartenait à la catégorie de personnes non admissibles décrite au sous-alinéa 19(1)a(ii) de la Loi. Trois questions litigieuses ont été soulevées: 1) l'agente des visas a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a omis d'obtenir l'information nécessaire pour s'assurer que l'avis médical était raisonnable?; 2) les médecins agréés ont-ils commis une erreur susceptible de

to consider the medical facts, while the medical officers failed to consider the other information available to the visa officer.

Held, the application should be allowed.

(1) Under paragraph 19(1)(a) of the Act, Parliament placed the decision-making authority for medical inadmissibility in the hands of medical officers. Once the latter have formed a legally sound opinion under subparagraph 19(1)(a)(ii), the subject person is medically inadmissible. The visa officer has no statutory authority to alter this opinion, although he may allow an exception based on humanitarian and compassionate grounds. However, a reviewing court is competent to review the evidence to determine whether the medical officers' opinion is reasonable in the circumstances of the case. A visa officer has no independent authority or duty to review the reasonableness of a medical opinion. When a valid medical opinion is formed under subparagraph 19(1)(a)(ii), that opinion is binding on the visa officer. However, there is an error of jurisdiction where an opinion involves a patently unreasonable error of fact, is inconsistent, incoherent or contrary to the principles of natural justice. If the visa officer applies such an invalid opinion, he commits an error in law, and his decision may be reviewed by the Federal Court on that basis.

(2) The finding of the medical officers was based primarily on the ground that a mentally retarded child would require educational costs higher than those required for other children. The doctors considered only the cost of extra educational services; they neither considered the supply of such services nor obtained relevant information respecting the need for constant supervision. The applicant had no meaningful opportunity to bring to the attention of the medical officers the facts relating to excessive demand, because he was left in the dark as to what issues he should respond to in addressing the preliminary medical opinion. At no point in the conduct of this file was the applicant made aware of the criteria being employed by the medical officers in forming their opinion. If not a breach of natural justice, such a practice could be regarded as unfair. The medical officers erred in applying the statutory test. It was an error to state through the medical narrative that the reasons for exclusion were extensive social and educational support services, the need for constant supervision, and the expense and supply of these services, while they conceded that information highly relevant to determination of these factors was not before them. Moreover, they did not take effective measures to obtain that information. There was no evidence before the medical officers to support a finding of constant supervision, because there was no evidence of a failure of family support. The medical opinion set out in the medical

contrôle en déterminant si l'enfant à charge du requérant entraînerait un «fardeau excessif» pour les services sociaux?; 3) y a-t-il eu violation de l'équité procédurale du fait que l'agente des visas a refusé de tenir compte des faits d'ordre médical, alors que le médecin agréé ont omis de considérer les autres renseignements dont disposait l'agente des visas?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) En vertu de l'alinéa 19(1)a) de la Loi, le législateur a conféré le pouvoir de décider de la non-admissibilité pour raisons d'ordre médical aux médecins agréés. Une fois que ces derniers ont formé un avis bien fondé en droit sous le régime du sous-alinéa 19(1)a)(ii), la personne visée est non admissible pour raisons d'ordre médical. L'agent des visas n'est pas légalement compétent pour modifier cet avis, bien qu'il puisse faire une exception pour des motifs d'ordre humanitaire. Cependant, un tribunal de révision a compétence pour examiner la preuve afin de déterminer si l'avis des médecins agréés est raisonnable dans les circonstances de l'espèce. L'agent des visas n'a pas indépendamment le pouvoir ni l'obligation d'examiner l'avis médical en appliquant la norme du caractère raisonnable. L'avis médical valablement formé sous le régime du sous-alinéa 19(1)a)(ii) lie l'agent des visas. Cependant, l'avis fondé sur une erreur de fait manifestement déraisonnable ou incohérent ou formé en contravention des principes de justice naturelle donne lieu à un excès de compétence. En acceptant un tel avis, l'agent des visas commettrait une erreur de droit, et sa décision serait susceptible de contrôle par la Cour, pour ce motif.

2) La conclusion des médecins agréés en l'espèce se fondait principalement sur le motif que l'éducation d'un enfant déficient mental entraînerait des coûts plus élevés que celle d'autres enfants. Les médecins n'ont considéré que les coûts qu'engendreraient des services pédagogiques supplémentaires; ils n'ont pas considéré la disponibilité de tels services ni obtenu les renseignements pertinents en ce qui concerne le besoin de surveillance constante de l'enfant. Le requérant n'a pas véritablement eu l'occasion de porter à l'attention des médecins agréés les faits concernant le fardeau excessif, car il n'a pas été avisé des questions auxquelles il devait répondre en traitant de l'avis médical préliminaire. Au cours du traitement de ce dossier, le requérant n'a jamais été avisé des critères que les médecins agréés ont effectivement appliqués pour former leur avis. Si elle ne violait pas la justice naturelle, cette pratique pourrait être considérée comme étant inéquitable. Les médecins agréés ont commis une erreur en appliquant le critère prévu dans la loi. Il était erroné de déclarer dans la description de l'état de santé de l'enfant que les motifs de sa non-admissibilité étaient les importants services de soutien sociaux et pédagogiques et la surveillance constante dont elle avait besoin de même que les coûts liés à ces services et leur disponibilité, alors qu'en fait, les médecins agréés ont convenu qu'ils ne disposaient pas de renseignements extrêmement pertinents pour juger de ces facteurs. Par

narrative could not be justified because of the failure of the medical officers to obtain or seek the information necessary for a fair evaluation of the grounds which formed the basis for their inadmissibility decision.

(3) Since the visa officer does not have to ensure that the medical opinion was reasonable and cannot review the medical aspect of such opinion, it is not necessary for him to review the medical file. As to whether the medical officers should consider the contents of the visa file, it is necessary for them to consider any evidence which is relevant to the issue of excessive demand. In this case, the doctors indicated criteria in the medical narrative, but did not seek the necessary information to fairly consider them. Neither was the applicant given a fair opportunity to provide such information. The medical opinion supporting the impugned decision was defective because the medical officers erred in applying the test set out in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act.

ailleurs, il est évident que ces derniers n'ont pas pris les mesures qui s'imposaient pour obtenir ces renseignements. Les médecins agréés ne disposaient d'aucun élément de preuve pour étayer une conclusion relative à la question de la supervision constante, car aucune preuve n'a établi que la famille n'apporterait pas son soutien à l'enfant. L'avis médical contenu dans la description de l'état de santé ne saurait être justifié vu l'omission, de la part des médecins agréés, d'obtenir ou de chercher à obtenir l'information nécessaire pour évaluer équitablement les motifs ayant constitué le fondement de leur décision selon laquelle l'enfant n'était pas admissible.

3) Vu que l'agent des visas n'avait pas l'obligation de s'assurer que l'avis médical était raisonnable et vu qu'il ne pouvait pas réviser l'aspect médical d'un tel avis, il ne devait pas nécessairement examiner le dossier médical. Quant à la question de savoir si les médecins agréés devraient examiner le dossier du bureau des visas, ceux-ci doivent considérer tout élément de preuve pertinent à l'égard de la question du fardeau excessif. En l'espèce, les médecins ont mentionné des critères dans la description de l'état de santé, mais ils n'ont pas cherché à obtenir l'information nécessaire pour les considérer équitablement. Par ailleurs, le requérant n'a pas véritablement eu l'occasion de fournir cette information. L'avis médical étayant la décision contestée était déficient parce que les médecins agréés en l'espèce ont commis une erreur en appliquant le critère prévu au sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la Loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(a)(ii), 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Litt v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 303; 26 Imm. L.R. (2d) 153 (F.C.T.D.); *Gao v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233; 61 F.T.R. 65; 18 Imm. L.R. (2d) 306 (F.C.T.D.); *Ajanev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) et al.* (1996), 110 F.T.R. 172; 33 Imm. L.R. (2d) 165 (F.C.T.D.); *Ludwig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 271; 33 Imm. L.R. (2d) 213 (F.C.T.D.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(a)(ii), 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Litt c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 303; 26 Imm. L.R. (2d) 153 (C.F. 1^{re} inst.); *Gao c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233; 61 F.T.R. 65; 18 Imm. L.R. (2d) 306 (C.F. 1^{re} inst.); *Ajanev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) et al.* (1996), 110 F.T.R. 172; 33 Imm. L.R. (2d) 165 (C.F. 1^{re} inst.); *Ludwig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)* (1996), 111 F.T.R. 271; 33 Imm. L.R. (2d) 213 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINGUISHED:

Jiwanpuri v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 241; 109 N.R. 293 (F.C.A.); *Deol v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1; 145 N.R. 156 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Stefanska et al. v. Minister of Employment and Immigration (1988), 17 F.T.R. 84 (F.C.T.D.); *Jaferi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 142 (F.C.T.D.); *Gingiovenanu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 76; 31 Imm. L.R. (2d) 55 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Brar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1996] F.C.J. No. 1690 (T.D.) (QL).

APPLICATION for judicial review of a visa officer's decision denying a permanent residence application on the ground that one of the applicant's dependent children was medically inadmissible under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*. Application allowed.

COUNSEL:

Mary Lam and Cecil L. Rotenberg for applicant.

Cheryl Mitchell for respondent.

SOLICITORS:

Cecil L. Rotenberg, Don Mills, Ontario, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HEALD D.J.: This is an application for judicial review of a decision of a visa officer, S. Tai, dated November 24, 1995. By that decision, the visa officer denied the application for permanent residence of the applicant on the ground that the applicant's dependent

DISTINCTION FAITE AVEC:

Jiwanpuri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 241; 109 N.R. 293 (C.A.F.); *Deol c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1; 145 N.R. 156 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stefanska et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1988), 17 F.T.R. 84 (C.F. 1^{re} inst.); *Jaferi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 142 (C.F. 1^{re} inst.); *Gingiovenanu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 76; 31 Imm. L.R. (2d) 55 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Brar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1996] A.C.F. n° 1690 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de résidence permanente du requérant au motif que l'un des enfants à charge de ce dernier était non admissible pour raisons d'ordre médical, aux termes du sous-alinéa 19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration*. Demande accueillie.

AVOCATS:

Mary Lam et Cecil L. Rotenberg, pour le requérant.

Cheryl Mitchell, pour l'intimé.

PROCUREURS:

Cecil L. Rotenberg, Don Mills (Ontario), pour le requérant.

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE SUPPLÉANT HEALD: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas, S. Tai, a rejeté, le 24 novembre 1995, la demande de résidence permanente du requérant au motif que Chien-Chien, la fille à

daughter, Chien-Chien, was medically inadmissible pursuant to subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act). The applicant seeks an order of *certiorari* quashing the decision; an order of *mandamus* directing the respondent to process the application for permanent residence pursuant to the Act and the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 (the Regulations) as they were at the date of the application for judicial review; an order of *mandamus* for such processing to take place within ninety days; directions that such review be based only on the existing medical information before the respondent, and costs.

[2] The decision *a quo* was in the form of a refusal letter which read as follows:

I regret to inform you that your dependant FEI, Chien-Chien comes within the inadmissible class of persons described in paragraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act, 1976*, in that your dependant is suffering from a disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer her admission to Canada would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services in Canada.

[3] The letter also indicated that the visa officer had determined, upon consideration of possible humanitarian and compassionate factors, that there were insufficient grounds to warrant special consideration.

[4] It is the process by which this determination was made, and the reasonableness of the decision itself which are challenged in this proceeding. The applicant makes three submissions. First, that the visa officer failed to satisfy a duty to obtain the necessary information to assess the reasonableness of the medical opinion. Second, that the medical officers erred in interpreting "excessive demand". Third, that there was a breach of procedural fairness by virtue of the failure of the visa officer to consider the medical file, and because the medical officers failed to consider the visa office file as well.

charge de ce dernier, était non admissible pour raisons d'ordre médical, aux termes du sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi). Le requérant cherche à obtenir une ordonnance de *certiorari* annulant la décision visée, une ordonnance de *mandamus* enjoignant à l'intimé de traiter sa demande de résidence permanente conformément à la Loi et au *Règlement de 1978 sur l'immigration*, DORS/78-172 (le Règlement) en vigueur à la date du dépôt de la demande de contrôle judiciaire, une ordonnance de *mandamus* enjoignant à l'intimé de traiter sa demande dans un délai de quatre-vingt-dix jours, des directives portant que l'examen visé soit effectué uniquement en fonction de l'information médicale dont l'intimé dispose déjà, et les dépens.

[2] La décision visée par le présent contrôle a été rendue sous la forme d'une lettre de refus, dont voici un passage:

[TRADUCTION] Je dois malheureusement vous aviser que votre fille à charge, FEI, Chien-Chien, fait partie de la catégorie de personnes non admissibles décrite au sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, étant donné qu'elle souffre d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut que son admission au Canada entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

[3] La lettre mentionnait également que l'agent des visas avait conclu, après avoir tenu compte de considérations humanitaires susceptibles d'être invoquées, à l'insuffisance de motifs justifiant de telles considérations.

[4] Or, c'est le processus par lequel l'agente des visas a abouti à cette conclusion et le caractère raisonnable de la décision elle-même qui sont contestés dans la présente instance. L'argumentation du requérant se divise en trois volets. Premièrement, il prétend que l'agente des visas n'a pas rempli son obligation d'obtenir l'information nécessaire pour apprécier le caractère raisonnable de l'avis médical. Deuxièmement, il soutient que les médecins agréés ont commis une erreur en interprétant les mots «fardeau excessif». Troisièmement, il affirme qu'il y a eu violation de l'équité procédurale du fait que l'agente des visas a

PRELIMINARY MATTERS

[5] At the commencement of this hearing, the applicant brought a motion to strike out paragraphs 2, 6, 7, 8, 9, 10 and 11 of the affidavit of Dr. Gordon Hutchings, sworn April 24, 1996 and paragraphs 4, 5, 6, 12, 13, 14 and 15 of the affidavit of Dr. Theodore Axler, sworn April 15, 1996. The principal basis for the motion was because the evidence set out in these paragraphs was said to have been inadmissible as not having been before the visa officer at the time of her decision.

[6] In *Jiwanpuri v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 241, the Federal Court of Appeal examined the standard by which the Immigration Appeal Board (the Board) must consider an appeal of the decision of a visa officer to reject a sponsored application due to the medical inadmissibility of a dependant under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act. At pages 247-248, the Court noted:

And although the Board is bound to assess that reasonableness as of the time when the visa officer made his decision, since it is that decision which is being appealed (cf. *Mohamed v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1986] 3 F.C. 90, 68 N.R. 220), it can do so with the help of any relevant evidence that may be adduced before it. The Act having provided for an appeal on any ground of law or fact . . . which could be supported by evidence found relevant and trustworthy . . . it can hardly be assumed that the reasonableness of the opinion was to be assessed strictly on the basis of the facts as they appeared to the visa officers or the medical officers without any possibility of showing that those facts were wrongly seen or interpreted, or that they were insufficient to lead to the conclusion drawn. The role of the Board could not be so limited and its discretion so fettered.

[7] The present case is distinguishable from *Jiwanpuri* since this Court is not conducting judicial review of a tribunal which had exercised an appeal

omis de tenir compte du dossier médical et que les médecins agréés ont également omis de considérer le dossier du bureau des visas.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

[5] Au début de la présente audition, le requérant a présenté une requête en radiation des paragraphes 2, 6, 7, 8, 9, 10 et 11 de la déclaration sous serment du Dr Gordon Hutchings, en date du 24 avril 1996, et des paragraphes 4, 5, 6, 12, 13, 14 et 15 de la déclaration sous serment du Dr Theodore Axler, en date du 15 avril 1996. La requête était principalement fondée sur le fait que la preuve décrite dans ces paragraphes était réputée non admissible, l'agente des visas n'ayant pas été saisie de celle-ci au moment où elle a pris sa décision.

[6] Dans *Jiwanpuri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 241, la Cour d'appel fédérale a examiné la norme que la Commission d'appel de l'immigration (la Commission) devait appliquer pour régler l'appel d'une décision par laquelle un agent des visas a rejeté une demande parrainée en raison de la non-admissibilité pour raisons d'ordre médical d'une personne à charge dans le cadre du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi. Aux pages 247 et 248, la Cour a souligné:

En outre, bien que la Commission soit tenue d'apprécier le caractère raisonnable de l'avis au moment où l'agent des visas a rendu sa décision, puisque c'est de cette décision dont il est fait appel (voir l'arrêt *Mohamed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 90, 68 N.R. 220), elle peut le faire en se fondant sur toute preuve pertinente qui aurait pu lui être présentée. Puisque la Loi prévoit qu'une partie peut en appeler sur une question de droit ou de fait . . . qui pourrait être fondée sur tout élément de preuve jugé pertinent et digne de foi . . . l'on ne peut guère présumer que le caractère raisonnable de l'avis devait être évalué strictement à la lumière des faits comme les avaient perçus les agents des visas ou les médecins agréés, sans qu'il ne soit possible de démontrer que ces faits avaient été mal perçus ou interprétés, ou qu'ils étaient insuffisants pour justifier la conclusion qui en a été tirée. Le rôle de la Commission ne saurait être à ce point limité, ni sa discrétion à ce point entravée.

[7] Une distinction peut être faite entre la présente affaire et l'arrêt *Jiwanpuri* puisqu'en l'espèce, il ne s'agit pas du contrôle judiciaire de la décision d'un

power given to it. I also note that both of the supporting affidavits were filed pursuant to the order of the Honourable Mr. Justice Gibson, dated 13 May 1996, in which he noted:

I am going to assume that Miss Mitchell and those who instruct her are well aware of the fact that the affidavits are to be restricted in their content to that which was before the visa officer at the time the decision was rendered. I take that as given.

[8] Accordingly, neither party to this application is allowed to adduce substantive evidence which was not before the visa officer except in cases where the jurisdiction of the visa officer is challenged on grounds such as, for example, an allegation of bias. This is not the situation here. However, in this case the applicant challenges the medical opinion which supports the rejection of his immigration application. In such circumstances, it would be unfair and counterproductive to disallow evidence which seeks to explain the reasonableness of that medical opinion. I am not prepared to exclude evidence by the medical officers which explains their opinion, provided that such evidence represents their views as of the time the final opinion was given rather than at the point in time when the visa officer made the decision *a quo*.

[9] With respect to the Dr. Hutchings affidavit, paragraphs 2, 6 and 10 thereof explain the considerations which he took into account in forming his medical opinion, which was then forwarded to the visa officer. Since this opinion is in support of the visa officer's decision, it is admissible. However, paragraphs 7, 8, 9 and 11 thereof are also the opinions of Dr. Hutchings. There is no proof that these opinions were held by him at the time when he gave his medical opinion. There is also no indication as to whether they played any role in the formation of that medical opinion. Accordingly, paragraphs 7, 8, 9 and 11 are inadmissible, in my view.

[10] As to the Dr. Axler affidavit, paragraphs 4, 5, 6 and 12 are admissible since those factors were

tribunal ayant exercé un pouvoir d'appel qui lui a été conféré. Par ailleurs, je tiens à souligner que les deux déclarations sous serment à l'appui ont été déposées conformément à une ordonnance rendue le 13 mai 1996 par le juge Gibson, dans laquelle il dit:

[TRADUCTION] Je supposerai que Mme Mitchell et ses supérieurs sont conscients du fait que les déclarations sous serment ne doivent porter que sur les éléments de preuve dont l'agente des visas était saisie à l'époque où elle a rendu sa décision. À mon avis, cela va de soi.

[8] En conséquence, il n'est permis à aucune partie à la présente demande de présenter une preuve de faits matériels dont l'agente des visas n'a pas déjà été saisie, sauf si la compétence de l'agente des visas est contestée pour des motifs tels une allégation de partialité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Cependant, dans la présente affaire, le requérant conteste l'avis médical étayant le rejet de sa demande d'immigration. Vu les circonstances, le refus d'admettre des éléments de preuve visant à démontrer le caractère raisonnable de cet avis médical serait injuste et irait à l'encontre du but recherché. Je ne suis pas disposé à exclure le témoignage des médecins agréés expliquant leur avis, pourvu que ce témoignage fasse état de leurs opinions à l'époque où ils ont donné leur avis final et non au moment où l'agente des visas a rendu la décision faisant l'objet de la présente demande de contrôle.

[9] En ce qui concerne la déclaration sous serment du Dr Hutchings, les paragraphes 2, 6 et 10 de celle-ci décrivent les considérations dont il a tenu compte en formant son avis médical, avis qu'il a ensuite communiqué à l'agente des visas. Vu qu'il étayait la décision de l'agente des visas, cet avis est admissible. Cependant, les paragraphes 7, 8, 9 et 11 de cette déclaration sous serment décrivent également les opinions du Dr Hutchings. Or, rien ne démontre que ces opinions étaient siennes à l'époque où il a donné son avis médical. En outre, rien ne permet de déterminer si celles-ci ont eu un effet quelconque sur le contenu de cet avis. En conséquence, les paragraphes 7, 8, 9 et 11 ne sont pas admissibles, à mon avis.

[10] Quant à la déclaration sous serment du Dr Axler, les paragraphes 4, 5, 6 et 12 sont admissibles,

actually taken into consideration in the formation of his medical opinion. I have decided to allow paragraphs 13 and 15, as well, but assign them weight only to the extent that they help to explain the approach which the doctor took in forming his medical opinion. Paragraph 14 is presented as the present opinion of Dr. Axler and is therefore inadmissible.

[11] I am also not prepared to admit the Medical Officer's Handbook, which the applicant sought to enter into evidence during the hearing, without adequate notice to the respondent. Counsel for the applicant was unable to produce a satisfactory explanation as to why this evidence was not entered in compliance with the rules.

FACTS

[12] The applicant, an engineer, applied for permanent residence status in Canada on January 11, 1995 under the entrepreneur category. He noted on his application that he had a wife and five children, who would accompany him to Canada as dependents. He also noted clearly on that application that Fei, Chien-Chien, one of the twins was mentally retarded.

[13] On June 7, 1995, Chien-Chien was examined medically by Dr. Teh Shou Feng in Taipei. The medical reports were forwarded to the Canadian Commission in Hong Kong. The medical officers at the Commission subsequently produced an opinion under subparagraph 19(1)(a)(ii) based on the following medical narrative, dated June 28, 1995:

MODERATE MENTAL RETARDATION I.C.D. #317

THIS 7 YEARS OLD CHILD HAS A MODERATE DEGREE OF MENTAL RETARDATION WITH AN I.Q. OF 35. SHE REQUIRES EXTENSIVE SOCIAL AND EDUCATIONAL SUPPORT SERVICES AS WELL AS CONSTANT SUPERVISION. THESE SERVICES ARE VERY EXPENSIVE AND OFTEN IN SHORT SUPPLY.

SHE WILL LIKELY PLACE EXCESSIVE DEMAND ON SOCIAL SERVICES AND SHE IS THEREFORE INADMISSIBLE UNDER SECTION 19(a)(ii) OF THE IMMIGRATION ACT.

ALSO HAS: SEIZURE DISORDER.

car ce dernier a, en fait, tenu compte de ces facteurs en formant son avis médical. En outre, j'ai décidé d'admettre les paragraphes 13 et 15, mais uniquement dans la mesure où ils aident à expliquer l'approche suivie par le médecin pour former son avis médical. Enfin, le paragraphe 14 représente l'opinion qu'a présentement le Dr Axler et, à ce titre, il n'est pas admissible.

[11] Par ailleurs, je ne compte pas admettre en preuve le Guide du médecin agréé, que le requérant a voulu déposer à l'audition, sans que l'intimé en soit convenablement avisé. Les avocats du requérant n'ont pu fournir d'explication satisfaisante de la raison pour laquelle cet élément de preuve n'a pas été produit conformément aux règles applicables.

LES FAITS

[12] Le requérant, un ingénieur, a demandé le statut de résident permanent au Canada le 11 janvier 1995, en invoquant la catégorie applicable aux entrepreneurs. Il a indiqué dans sa demande que son épouse et ses cinq enfants l'accompagneraient au Canada à titre de personnes à charge. En outre, il a clairement indiqué sur cette demande que Fei, Chien-Chien, l'une des jumelles, était déficiente mentale.

[13] Le 7 juin 1995, Chien-Chien a été examinée par le Dr Teh Shou Feng, à Taipei. Les rapports médicaux ont été envoyés au Commissariat du Canada à Hong Kong. Les médecins agréés du Commissariat ont par la suite fourni un avis conformément au sous-alinéa 19(1)a)(ii), fondé sur la description suivante de l'état de santé de Chien-Chien, en date du 28 juin 1995:

ARRIÉRATION MENTALE MODÉRÉE, CIM n° 317

[TRADUCTION] L'ENFANT, ÂGÉE DE 7 ANS, SOUFFRE D'ARRIÉRATION MENTALE MODÉRÉE ET A UN Q. I. DE 35. ELLE A BESOIN D'IMPORTANTS SERVICES DE SOUTIEN SOCIAUX ET PÉDAGOGIQUES ET D'UNE SURVEILLANCE CONSTANTE. CES SERVICES SONT TRÈS COÛTEUX ET SOUVENT NON DISPONIBLES.

ELLE ENTRAÎNERA VRAISEMBLABLEMENT UN FARDEAU EXCESSIF POUR LES SERVICES SOCIAUX ET APPARTIENT DONC À UNE CATÉGORIE NON ADMISSIBLE AUX TERMES DU SOUS-ALINÉA 19(1)a)(ii) DE LA LOI SUR L'IMMIGRATION.

ELLE SOUFFRE ÉGALEMENT DE TROUBLES ÉPILEPTIQUES.

[14] Accordingly, a letter, dated August 1, 1995, was sent to the applicant stating that Chien-Chien was suffering from a moderate degree of mental retardation with an IQ of 35. The letter stated that the inadmissibility of Chien-Chien as a dependent would likely result in the refusal of the application. Thirty days was allowed for the applicant to submit further information, but the applicant obtained an extension of this deadline. The applicant was notified that a final decision would be made on November 6, 1995 based on the information available at that time.

[15] In mid-October of 1995, the applicant, his wife and Chien-Chien travelled to Canada for a two-day examination by psychologist, Dr. Ford and psycho-educational consultant, Louise C. Ford, at Ford and Associates in Toronto. They produced a comprehensive report, dated 2 November 1995, based on a multi-disciplinary assessment. The report included, *inter alia*, the following conclusion:

In the opinion of the examiners, Chien-Chien is a good candidate for the existing educational and intervention programs in Ontario and/or British Columbia and as such does not present as an individual whose needs would place excessive demands on available social services in Canada.

[16] This report was submitted to the Commission for Canada in Hong Kong by facsimile on November 2, 1995.

[17] The comprehensive report of Dr. Ford was considered by the medical officers responsible for the original opinion. The medical officer, Dr. Axler noted on November 11, 1995:

Dr. Hutchings and I have carefully reviewed the additional information provided on this applicant (i.e. Psychological Assessment Report of Ford and Associates of Nov. 2 '95).

This confirms and validates our M-5 assessment of 28 June 95, which still stands.

The affidavit of Dr. Axler makes it clear that his assessment of excessive demand was made on the

[14] En conséquence, une lettre datée du 1^{er} août 1995 a été envoyée au requérant pour l'aviser que Chien-Chien souffrait d'arriération mentale modérée et avait un QI de 35. La lettre informait également le requérant du fait que la non-admissibilité de Chien-Chien à titre de personne à charge entraînerait vraisemblablement le refus de sa demande. Un délai de trente jours a été accordé au requérant pour produire des renseignements supplémentaires, mais il a obtenu une extension de ce délai. Le requérant a été avisé qu'une décision finale serait prise le 6 novembre 1995, compte tenu des renseignements disponibles à ce moment-là.

[15] À la mi-octobre 1995, le requérant, son épouse et Chien-Chien se sont rendus au Canada pour que cette dernière soit examinée pendant deux journées entières par un psychologue, M. Ford, et une conseillère psychopédagogique, Louise C. Ford, au cabinet de Ford and Associates, à Toronto. Ils ont produit un rapport exhaustif, en date du 2 novembre 1995, fondé sur une évaluation pluridisciplinaire. Le rapport comprenait, entre autres, la conclusion suivante:

[TRADUCTION] De l'avis des examinateurs, Chien-Chien est une bonne candidate aux programmes pédagogiques et d'intervention de l'Ontario et/ou de la Colombie-Britannique et, par conséquent, elle n'est pas une personne dont les besoins entraîneraient un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens.

[16] Ce rapport a été transmis par télécopieur au Commissariat du Canada à Hong Kong, le 2 novembre 1995.

[17] Le rapport exhaustif de M. Ford a été examiné par les médecins agréés responsables de l'avis original. Un des médecins agréés, le Dr Axler, a dit, le 11 novembre 1995:

[TRADUCTION] Le Dr Hutchings et moi-même avons soigneusement examiné les renseignements supplémentaires fournis à l'égard de cette requérante (c.-à-d. le Rapport d'évaluation psychologique du 2 novembre 1995 de Ford and Associates).

Cela confirme et entérine notre évaluation «M-5» du 28 juin 1995, qui demeure inchangée.

Il ressort clairement de la déclaration sous serment du Dr Axler que son évaluation du fardeau excessif était

basis of cost rather than availability of services:

11. On November 9, 1995, we received a request to review additional documents and advise. These documents were sent by C. Rotenberg, Barrister and Solicitor and consisted specifically of a psychological assessment report by W.G. Ford, Ph.D. and Louise C. Ford, M.A.

12. I carefully reviewed this report. I determined that this report validated my initial assessment of June 28, 1995. It demonstrated that the daughter has limited intellectual abilities, limited education experiences, and language delays. She would require special educational placement and social support (for example, multi-disciplinary assessments, speech therapy, respite care and family counselling), which are expensive modalities. I therefore decided to maintain my assessments. I do not agree with the allegation in that report that an I.Q. score is invalid due to language differences. It remains possible to assess an individual's cognitive abilities notwithstanding language abilities. I passed this additional report to Dr. Hutchings for his review.

13. I was not made aware of the fact that the Applicant's wife intends to stay at home with his daughter. However, this fact would not have changed my opinion on excessive demand had I known about it.

...

15. I understand that the Applicant alleges that the North York Board of Education in Ontario does not usually have a waiting list. This specific fact was not given to me at the time of my decision. However, it would not have changed my opinion had I known about it. While it is true that the North York Board of Education may well at any given time have a place for a child with special education needs, providing this place costs a lot of money and resources. Any Canadian citizen and permanent resident has a right to publicly funded education, as per individual needs. Even without waiting lists, the mere placement of one child in a special educational support setting is more expensive than the placement of a child in a school system that lacks such special educational support services.

[18] Portions of Dr. Hutchings' affidavit make similar observations. It is thus clear that the dominant fact in the medical officers' minds was that mentally retarded children require increased expenditure of public funds. Availability of services, *per se*, was not an issue. The doctors confirmed this fact under cross-examination. The ability of the family to care for the

fondée sur les coûts des services requis et non sur leur disponibilité:

[TRADUCTION] 11. Le 9 novembre 1995, nous avons reçu une demande d'examen de documents supplémentaires pour fins de commentaires. Ces documents, envoyés par M^c C. Rotenberg, consistaient en un rapport d'évaluation psychologique produit par W.G. Ford, Ph.D et Louise C. Ford, M.A.

12. J'ai soigneusement examiné ce rapport, et j'ai conclu qu'il entérinait mon évaluation originale du 28 juin 1995. Il établissait que la fille avait des aptitudes intellectuelles restreintes, peu d'instruction, et des difficultés d'allocutions. Elle aurait besoin d'une éducation spéciale et d'un soutien social coûteux (par exemple, des évaluations pluridisciplinaires, de l'orthophonie, des soins supplétifs et des services de consultation familiale). J'ai donc décidé de ne pas modifier mes évaluations. Je suis en désaccord avec la prétention, contenue dans le rapport, selon laquelle la mesure du Q.I. n'est pas valable en raison de différences linguistiques. Il est possible d'évaluer la capacité cognitive d'une personne sans mesurer ses aptitudes linguistiques. J'ai remis ce rapport supplémentaire au Dr Hutchings pour qu'il l'examine.

13. Je n'ai pas été avisé du fait que l'épouse du requérant avait l'intention de demeurer à la maison pour s'occuper de sa fille. Cependant, même si je l'avais su, cela ne m'aurait pas fait changer d'avis en ce qui concerne le fardeau excessif.

...

15. Je crois savoir que le requérant prétend que le Conseil scolaire de la ville de North York, en Ontario, n'a pas normalement de liste d'attente. Ce renseignement ne m'avait pas été communiqué au moment où j'ai rendu ma décision. Cependant, la connaissance de ce fait ne m'aurait pas fait changer d'avis. Il se peut fort bien que le Conseil scolaire de la ville de North York ait, à un moment donné, une place pour un enfant ayant besoin d'une éducation spéciale. Cependant, des ressources financières et autres considérables doivent y être consacrées. Or, tout citoyen et résident permanent du Canada a droit à une éducation subventionnée par l'État et adaptée à ses propres besoins. Même s'il n'existe pas de listes d'attente, le seul fait de fournir à un enfant des services de soutien spéciaux en matière d'éducation coûte davantage que l'intégration d'un enfant à un système scolaire qui n'offre pas de tels services.

[18] Des parties de la déclaration sous serment du Dr Hutchings contiennent des observations similaires. Il est donc manifeste que les médecins agréés étaient avant tout préoccupés par le fait que les enfants souffrant de déficience mentale engendraient de plus grandes dépenses de fonds publics que les autres enfants. Il n'a jamais été question de la disponibilité

child at home was not an issue. Inquiry was not made into these matters, nor were they considered relevant by the medical officers. Neither medical officer actually examined the applicant's daughter.

[19] The visa officer then sent to the applicant a refusal letter, dated November 24, 1995, stating that his dependent, Chien-Chien, was inadmissible as a member of the class of persons described in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*, as she suffers "from a disease, disorder, disability or other health impairment as a result of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer her admission to Canada would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services in Canada". Accordingly, the application was denied. Attached to the refusal letter was the medical narrative of June 28, 1995, cited *supra*.

[20] The visa officer stated during cross-examination that she did not, and was in no position to, review the medical information and form any opinion in respect to it. She stated that her opinion was not stated in the refusal letter because it is the standing policy at her office to send out a standard refusal letter for all medical refusal cases regardless of the medical condition in a particular case.

ISSUES

1. Did the visa officer err in failing to obtain the necessary information to ensure that the medical opinion was reasonable?
2. Did the medical officers make a reviewable error in determining whether the applicant's dependent child would produce an "excessive demand"?
3. Was there a breach of procedural fairness due to the fact that the visa officer declined to consider the

même des services, ce que les médecins ont confirmé en contre-interrogatoire. Il n'a pas non plus été question de la capacité de la famille de s'occuper de l'enfant, à la maison. Ces questions n'ont pas été abordées et les médecins agréés ne les ont pas jugées pertinentes. Ni l'un ni l'autre médecin agréé n'a en fait examiné la fille du requérant.

[19] Par la suite, l'agente des visas a envoyé une lettre de refus au requérant, en date du 24 novembre 1995, dans laquelle elle déclarait que sa fille à charge, Chien-Chien, appartenait à la catégorie de personnes non admissibles décrite au sous-alinéa 19(1a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, car elle souffrait «d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut que son admission au Canada entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé». En conséquence, la demande a été rejetée. La description de l'état de santé de Chien-Chien en date du 28 juin 1995, précitée, a été jointe à la lettre de refus.

[20] En contre-interrogatoire, l'agente des visas a déclaré qu'elle n'avait pas examiné l'information médicale et qu'elle ne s'en était pas fait une opinion, ce que, de toute façon, elle n'était pas en mesure de faire. Elle a déclaré que la lettre de refus ne faisait pas état de son opinion parce que, selon la politique en vigueur à son bureau, une lettre de refus type était envoyée à toutes les personnes dont la demande était rejetée pour des motifs d'ordre médical, peu importe l'état de santé de la personne visée.

QUESTIONS LITIGIEUSES

1. L'agente des visas a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a omis d'obtenir l'information nécessaire pour s'assurer que l'avis médical était raisonnable?
2. Les médecins agréés ont-ils commis une erreur susceptible de contrôle en décidant si l'enfant à charge du requérant entraînerait un «fardeau excessif»?
3. Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale du fait que l'agente des visas a refusé de tenir compte des

medical facts, while the medical officers failed to consider the other information available to the visa officer?

ANALYSIS

1. The Duty of the Visa Officer

[21] The question, as framed by counsel for the applicant, is whether the visa officer is under a duty to request and obtain the information necessary to confirm the reasonableness of the medical officers' opinion. In order to deal with this issue effectively, a review of the relevant jurisprudence is necessary.

[22] On the issue of the standard of review of the visa officer in the circumstances of this case, I have reviewed the cases cited by counsel, with particular reference to *Jiwanpuri*, *supra*; *Deol v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.); *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (F.C.T.D.); *Litt v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 303 (F.C.T.D.); *Gao v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233 (F.C.T.D.); *Stefanska et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 17 F.T.R. 84 (F.C.T.D.); *Jaferi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 142 (F.C.T.D.); *Gingiovenanu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 76 (F.C.T.D.); *Ajanev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration et al.)* (1996), 110 F.T.R. 172 (F.C.T.D.); and *Ludwig v. (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 271 (F.C.T.D.). I have also considered my reasons in *Brar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1690 (T.D.) (QL).

[23] In *Jiwanpuri*, Marceau J.A., writing for the Court, noted the lack of expertise of the Board with respect to medical diagnoses. It was held that the

faits d'ordre médical, alors que le médecin agréé a omis de considérer les autres renseignements dont disposait l'agente des visas?

ANALYSE

1. L'obligation de l'agente des visas

[21] La question, telle que formulée par les avocats du requérant, est de savoir si l'agente des visas avait l'obligation de demander et d'obtenir l'information nécessaire pour confirmer le caractère raisonnable de l'avis des médecins agréés. Pour traiter convenablement de cette question, il importe d'examiner la jurisprudence pertinente.

[22] En ce qui concerne la norme de contrôle applicable à la décision de l'agente des visas en l'espèce, j'ai examiné la jurisprudence citée par les avocats, en me référant en particulier aux décisions suivantes: *Jiwanpuri*, précité; *Deol c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.); *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.); *Litt c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 303 (C.F. 1^{re} inst.); *Gao c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 14 Admin. L.R. (2d) 233 (C.F. 1^{re} inst.); *Stefanska et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 17 F.T.R. 84 (C.F. 1^{re} inst.); *Jaferi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 142 (C.F. 1^{re} inst.); *Gingiovenanu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 76 (C.F. 1^{re} inst.); *Ajanev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et al.)* (1996), 110 F.T.R. 172 (C.F. 1^{re} inst.); et *Ludwig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 271 (C.F. 1^{re} inst.). J'ai également tenu compte des motifs que j'ai exposés dans *Brar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1690 (1^{re} inst.) (QL).

[23] Dans *Jiwanpuri*, le juge Marceau, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour, a souligné le manque de connaissances de la Commission en matière de

Board should not choose between the opinion of the medical officers and that of other doctors. However, the Board should, nevertheless, test the reasonableness of the opinion of the medical officers. At page 247, it was stated:

The members of the Board do not have the expertise required to question the correctness of the medical diagnosis reached by the officers. In fact, I am of the view that, even with the help of medical witnesses, it is not the function of the Board to do so. The Board is not expected to make a choice between the written opinion of the medical officers and that of other doctors as to the diagnosis of a medical condition suffered by an applicant

However, this Court has found that it is within the province of the Board to inquire into the reasonableness of the opinion of the officers (cf. *Ahir v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1983), 49 N.R. 185, 2 D.L.R. (4th) 163).

[24] *Deol* was decided by the Federal Court of Appeal two years after *Jiwanpuri*, MacGuigan J.A. writing for the Court. *Deol* was also an application for judicial review of the decision of the Board on appeal from a visa officer's decision under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act. The role of the Board on appeal was clarified [at page 5]:

There is by now considerable authority as to the board's role vis-à-vis the opinions of the medical officers. It may not question their medical diagnosis (*Jiwanpuri* . . .), but when requested, it should enquire into the reasonableness of their conclusion as to the probable demands on government services.

[25] These statements as to the standard of review are clearly made within the context of the Board's responsibilities and powers under the Act, and having regard to its expertise. It does not necessarily follow that judicial review of a visa officer's decision is subject to the same standard of review since visa officers do not have the appellate power vested in the Board with respect to the reasonableness of the opinion of the medical officers as to probable demands on public services.

diagnostic médical. Dans cette affaire, il a été conclu que la Commission ne devrait pas choisir entre l'avis des médecins agréés et celui d'autres médecins. Cependant, la Commission devrait néanmoins vérifier le caractère raisonnable de l'avis des médecins agréés. À la page 247, il a été dit:

Les membres de la Commission n'ont effectivement pas les connaissances nécessaires pour mettre en doute l'exactitude du diagnostic médical établi par les médecins agréés. En fait, j'estime que telle n'est pas la fonction de la Commission, même avec l'aide de témoignages des médecins. La Commission n'est pas chargée de choisir entre l'avis écrit des médecins agréés et celui que pourraient donner d'autres médecins relativement au diagnostic d'une maladie dont souffrirait un requérant

Cependant, cette Cour a jugé qu'il est du ressort de la Commission d'apprécier si l'avis des médecins agréés était raisonnable, (voir *Ahir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1983), 49 N.R. 185, 2 D.L.R. (4th) 163).

[24] L'arrêt *Deol* a été rendu sous la plume du juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale deux années après *Jiwanpuri*. Il s'agissait également d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission en appel d'une décision prise par un agent des visas sous le régime du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi. À cette occasion, le rôle de la Commission siégeant en appel a été éclairci [à la page 5]:

Il existe maintenant de nombreux arrêts au sujet du rôle de la Commission à l'égard des opinions des médecins. Celle-ci ne peut pas remettre en question leur diagnostic médical (*Jiwanpuri* . . .), mais sur demande, elle devrait enquêter sur le caractère raisonnable de leur conclusion au sujet du fardeau qui sera probablement imposé aux services gouvernementaux.

[25] Ces déclarations sur la norme de contrôle applicable ont été manifestement faites eu égard aux responsabilités et pouvoirs de la Commission prévus par la Loi et compte tenu des connaissances de celle-ci. Il ne s'ensuit pas nécessairement que la même norme de contrôle judiciaire s'applique aux décisions des agents des visas, car ceux-ci n'ont pas le pouvoir d'appel dont la Commission est investie pour juger du caractère raisonnable de l'avis des médecins agréés quant au fardeau susceptible d'être imposé aux services publics.

[26] Despite the difference between judicial review of the decision of the Board exercising appeal powers, and judicial review of a visa officer who has no statutory authority to overturn the opinion of the medical officers, this Court has on a number of occasions applied the standard of reasonableness to visa officers' refusals based on medical inadmissibility, and the same standard when reviewing the underlying medical opinion.

[27] Dubé J., in *Gao*, set out the standard of review as follows [at pages 243-244]:

Most of the case law relating to medical inadmissibility decisions by visa or Immigration Officers has issued from appellate bodies. The general principles arising from these cases are of course relevant to a judicial review application seeking to quash an Immigration Officer's decision.

The governing principle arising from this body of jurisprudence is that reviewing or appellate courts are not competent to make findings of fact relating to the medical diagnosis, but are competent to review the evidence to determine whether the medical officers' opinion is reasonable in the circumstances of the case [*Jiwanpuri; Deol*]. The reasonableness of a medical opinion is to be assessed not only as of the time it was given, but also as of the time it was relied upon by the Immigration Officer, since it is that decision which is being reviewed or appealed [*Jiwanpuri*]. The grounds of unreasonableness include incoherence or inconsistency, absence of supporting evidence, failure to consider cogent evidence, or failure to consider the factors stipulated in s. 22 of the Regulations. [Footnotes omitted or abbreviated].

[28] In *Ismaili*, Cullen J. went further than in *Gao*, by concluding at page 147:

The visa officer—wholly apart from the decision of the medical officers—is obliged to consider whether the applicant's medical condition would place excessive demands on health or social services. The visa officer, without second-guessing the medical, diagnostic opinion, must consider all of the available evidence.

[29] Despite the attractions of this approach, it is problematic given that Parliament clearly placed the

[26] Malgré la différence qui existe entre le contrôle judiciaire de la décision de la Commission exerçant des pouvoirs d'appel et celui de la décision d'un agent des visas qui n'est pas légalement compétent pour écarter l'avis des médecins agréés, cette Cour a appliqué, à un certain nombre de reprises, la norme du caractère raisonnable aux refus d'agents de visas fondés sur la non-admissibilité pour raisons d'ordre médical, et elle a appliqué la même norme pour contrôler l'avis médical sous-jacent.

[27] Le juge Dubé, dans *Gao*, a décrit la norme de contrôle applicable dans les termes suivants [aux pages 243 et 244]:

La jurisprudence relative aux décisions de non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical rendues par des agents d'immigration ou des agents des visas nous vient surtout de tribunaux d'appel. Bien entendu, les grands principes qui se dégagent de ces décisions sont pertinents à une demande de contrôle judiciaire en vue d'annuler la décision d'un agent d'immigration.

Le principe le plus important qui se dégage de cette jurisprudence est que les tribunaux de révision ou d'appel n'ont pas compétence pour tirer des conclusions de fait liées au diagnostic médical, mais qu'ils sont compétents pour examiner la preuve afin de savoir si l'avis des médecins agréés est raisonnable, compte tenu des circonstances de l'affaire [*Jiwanpuri; Deol*]. Le caractère raisonnable d'un avis médical doit être apprécié non seulement à l'époque où il a été émis, mais également à l'époque à laquelle l'agent d'immigration s'en est servi pour rendre sa décision, puisque c'est cette décision qui fait l'objet du contrôle ou de l'appel [*Jiwanpuri*]. Les motifs pour lesquels une décision peut être jugée déraisonnable comprennent l'incohérence ou les contradictions, l'absence de preuve à l'appui de la décision, le défaut d'avoir tenu compte d'une preuve convaincante, ou le défaut d'avoir tenu compte de facteurs énoncés à l'article 22 du Règlement. [Les notes en bas de page ont été omises ou abrégées.]

[28] Dans *Ismaili*, le juge Cullen a poussé l'analyse contenue dans *Gao* en concluant, à la page 147:

L'agent des visas—tout à fait indépendamment de la décision des médecins agréés—doit considérer si l'état de santé du requérant entrainerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. L'agent des visas, sans mettre en doute l'opinion médicale et le diagnostic, doit considérer tous les éléments de preuve disponibles.

[29] Malgré son attrait, il s'agit d'une approche problématique étant donné que le législateur a claire-

decision-making authority for medical inadmissibility in the hands of medical officers. Paragraph 19(1)(a) of the Act states:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(i) . . .

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

[30] Once the medical officers have formed a legally sound opinion under 19(1)(a)(ii), the subject person is medically inadmissible. The visa officer has no statutory authority to alter this opinion, although he or she may allow an exception based on humanitarian and compassionate grounds. This latter power is entirely distinct; it in no way reflects on the visa officer's authority with respect to medical inadmissibility. These are not cases, where as in *Jiwanpuri* or *Deol*, a body with appellate power intervenes between the visa officer and the court.

[31] In *Stefanska*, the Honourable Mr. Justice Pinard [at pages 92-93] was not prepared to require that the visa officer assess the reasonableness of medical opinions under subparagraph 19(1)(a)(ii):

In jurisdictional terms, the question is whether the decision was made by a duly constituted authority acting without abuse of power, that is in good faith, with objectivity, for reasons and in a way which may have been defined by the Act. In the case at bar, I consider that these conditions have been met. The immigration officer was undoubtedly the duly constituted authority to make the decision pursuant to s. 6 of the **Refugee Claims Backlog Regulations**. As that officer had before her a medical notification meeting the requirements of s. 19(1)(a)(ii) of the Act, after Alicja Tunikowska Stefanska, who claimed landing in Canada, had been duly referred to the examining physician for a medical examination for immigration purposes, she no longer had any discretion and had no alternative but to find the applicants, husband and wife, inadmissible.

ment conféré le pouvoir de décider de la non-admissibilité pour raisons d'ordre médical aux médecins agréés. L'alinéa 19(1)a) de la Loi prévoit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

(i) . . .

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

[30] Une fois que les médecins agréés ont émis un avis fondé en droit en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii), la personne visée est non admissible pour raisons d'ordre médical. L'agent des visas n'est pas légalement compétent pour modifier cet avis, bien qu'il puisse faire une exception pour des motifs d'ordre humanitaire. Ce dernier pouvoir est complètement distinct, et il ne découle aucunement de la compétence de l'agent des visas en matière de non-admissibilité pour raisons d'ordre médical. Contrairement à *Jiwanpuri* ou à *Deol*, il ne s'agit pas de cas où un organisme investi d'un pouvoir d'appel s'interpose entre l'agent des visas et le tribunal.

[31] Dans *Stefanska*, le juge Pinard [aux pages 92 et 93] a refusé d'exiger que l'agent des visas apprécie le caractère raisonnable des avis médicaux prévus au sous-alinéa 19(1)a)(ii):

Sur le plan juridictionnel, il s'agit de considérer si la décision émane d'une autorité dûment habilitée qui agit sans abuser de son pouvoir, c'est-à-dire, de bonne foi, avec objectivité, pour les considérations et selon les prescriptions que la Loi peut avoir définies. Dans le présent cas, je suis d'avis que ces conditions sont rencontrées. L'agent d'immigration constituait indubitablement l'autorité dûment habilitée à décider, et ce, en vertu de l'article 6 du **Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié**. Cet agent ayant été saisi d'une déclaration médicale rencontrant les exigences de l'alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi, après qu'Alicja Tunikowska Stefanska, qui revendiquait le droit d'établissement au Canada, eût été dûment référée au médecin-examineur pour examen médical prescrit pour fins d'immigration, il ne lui restait plus aucune discrétion,

As to whether the diagnosis stated in the medical notification in question is accurate and fully supports the opinion of the physicians who signed it, these are questions of fact and not of law (see **Uppal v. Minister of Employment and Immigration**, 78 N.R. 152). If the applicants had been able to show that entries or notations in the medical notification were so inconsistent with each other that they made the document as a whole incoherent, then of course such a medical notification could not constitute the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer within the meaning of s. 19(1)(a)(ii) of the Act (see **Hiramen v. Minister of Employment and Immigration** (1986), 65 N.R. 67). However, that is not the case here. The medical notification is clear and its content quite coherent as regards the medical record consulted by Dr. Robert W. Beaulieu and the explanations given by him.

In jurisdictional terms, therefore, the decision was manifestly made by the proper authority who acted in good faith in accordance with the provisions of the Act.

In procedural terms, since the decision affects individual rights and interests, the administrative authority must have acted fairly (see **Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police and Attorney General of Ontario**, [1979] 1 S.C.R. 311 . . .). In the case at bar this duty simply required that before making a decision the authorities should ensure that Alicja Tunikowska Stefanska was seen by an examining physician and took the medical examination prescribed for immigration purposes; subsequently, a medical notification consistent with the requirements of s. 19(1)(a)(ii) of the Act compelled the immigration officer to regard the applicants as inadmissible. In view of the legislation within which the immigration officer was required to act, I cannot accept the proposition that the officer should have disclosed the relevant medical information to the applicants before making her decision. Once again it sufficed that the applicant, who was aware of her condition, was seen by the examining physician and that a medical notification in accordance with s. 19(1)(a)(ii) of the Act was duly made.

[32] This is an early case (1988). It held that the visa officer is only responsible for ensuring that the procedural requirements of subparagraph 19(1)(a)(ii) have been met.

[33] In 1995, Simpson J. considered the present issue in *Gingiovenanu* and *Jaferi*, *supra*. In *Gingiovenanu* [at page 78] she held that the visa officer should reject the medical opinion if it is

n'ayant d'autre alternative que de déclarer les requérants, mari et femme, inadmissibles.

Quant à savoir si le diagnostic tel qu'exprimé dans la déclaration médicale concernée est juste et s'il justifie bien l'opinion des médecins signataires, ce sont là des questions de faits et non de droit (voir **Uppal v. Minister of Employment and Immigration**, 78 N.R. 152). Si les requérants étaient parvenus à démontrer que les entrées ou inscriptions sur la déclaration médicale étaient à ce point incompatibles les unes avec les autres qu'elles rendaient l'ensemble du document incohérent, bien sûr cette déclaration médicale n'aurait pu constituer l'avis d'un médecin confirmé par au moins un autre médecin au sens de l'alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi (voir **Hiramen v. Minister of Employment and Immigration** (1986), 65 N.R. 67). Cependant, tel n'est pas le cas ici. La déclaration médicale est claire et son contenu, en regard du dossier médical consulté par le Dr Robert W. Beaulieu et des explications fournies par ce dernier, est tout à fait cohérent.

Sur le plan juridictionnel, donc, la décision a été manifestement prise par une autorité habilitée qui a agi de bonne foi selon les prescriptions de la Loi.

Sur le plan procédural, puisque la décision affecte des droits et intérêts individuels, l'autorité administrative se devait d'agir de façon équitable (voir **Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police and Attorney General of Ontario**, [1979] 1 R.C.S. 311 . . .). En l'occurrence, ce devoir requerrait simplement que préalablement à la prise de décision on s'assure qu'Alicja Tunikowska Stefanska soit vue par un médecin-examineur afin de subir l'examen médical prescrit pour fins d'immigration; subséquemment, une déclaration médicale conforme aux exigences de l'alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi obligerait l'agent d'immigration à considérer les requérants inadmissibles. Compte tenu du cadre législatif dans lequel se devait d'agir l'agent d'immigration, je ne peux accepter la proposition que cet agent devait préalablement à sa décision communiquer aux requérants l'information médicale pertinente. Encore une fois, il était suffisant que la requérante, au courant de sa condition, soit vue par le médecin-examineur et qu'une déclaration médicale conforme à l'alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi s'en suive.

[32] Il s'agit d'une des premières décisions sur ce point (1988). Dans cette affaire, il a été conclu que l'agent des visas avait seulement la responsabilité de s'assurer que les exigences procédurales prévues au sous-alinéa 19(1)a)(ii) ont été satisfaites.

[33] En 1995, le juge Simpson s'est penchée sur cette question dans *Gingiovenanu* et *Jaferi*, précités. Dans *Gingiovenanu* [à la page 78], elle a conclu que l'agent des visas devrait rejeter l'avis médical si celui-

manifestly in error; but she then went on to apply the test of whether the medical opinion was “not unreasonable”:

I have concluded that s. 19(1)(a)(ii) of the **Immigration Act** does not give the visa officer the discretion to review the opinion formed by the medical officers . . . Once the opinion has been formed, the person at issue is an inadmissible class and cannot be granted admission by a visa officer. However, the visa officer has a duty to act fairly and pursuant to that duty would be compelled to reject the notice if it was manifestly in error. For example, if it related to the wrong party or an irrelevant disease, or if all relevant medical reports had not been considered.

. . .

The applicant does not dispute Dr. Saurer’s conclusions about the extent of the son’s disability. In these circumstances I am satisfied that the Medical Officers’ conclusion that the son might reasonably be expected to cause excessive demands on social services is not unreasonable because it flows from the preponderance of the evidence.

[34] Simpson, J. followed *Gingiovenanu* in *Jaferi*, but adopted language closer to that in *Ismaili*, *supra*. In *Jaferi* [at page 147], she stated that, “[h]owever, there is a duty to act fairly and to make sure that the medical officer’s Conclusion is reasonable”. It is doubtful that there is a middle ground between “unreasonable” and “reasonable”, so the shift from “not unreasonable” to “reasonable” is perhaps just a simplification, although the change is marked from “manifestly in error”.

[35] MacKay J. addressed the problem in *Ajanev*, *supra*. He conducted a comprehensive analysis of the previous jurisprudence. He distinguished *Ismaili* as follows [at page 177]:

Both **Ahir** and **Ismaili** do support the principle that an adjudicator or a visa officer has a responsibility to consider reasonableness of the assessment by medical doctors, but in each of those cases there were circumstances which ought to have caused the immigration officer to question the reasonableness of the doctors’ opinion, not on medical grounds but upon an apparent defect in the record . . . In **Ismaili** the visa officer’s negative decision was set aside

ci était manifestement erroné; cependant, elle a poursuivi en appliquant le critère qui consiste à se demander si l’avis médical [TRADUCTION] «n’était pas déraisonnable»:

J’ai conclu que le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la **Loi sur l’immigration** ne conférerait pas à l’agent des visas le pouvoir discrétionnaire d’examiner l’opinion formée par les médecins agréés . . . Une fois l’opinion formée, la personne en question appartient à une catégorie non admissible, et un agent des visas ne saurait lui accorder l’admission. Toutefois, l’agent des visas a l’obligation d’agir équitablement et, en vertu de cette obligation, il serait tenu de rejeter l’avis s’il était manifestement erroné, par exemple, s’il se rapportait à la mauvaise partie ou à une maladie non pertinente, ou si tous les rapports médicaux pertinents n’avaient pas été examinés.

. . .

Le requérant ne conteste pas les conclusions du Dr Saurer sur l’importance de l’invalidité de son fils. Dans ces circonstances, je suis convaincue que la conclusion des médecins agréés selon laquelle le fils risquerait vraisemblablement d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux n’est pas déraisonnable parce qu’elle découle de la prépondérance des éléments de preuve.

[34] Le juge Simpson a suivi *Gingiovenanu* dans *Jaferi*, mais elle a adopté un langage plus près de celui utilisé dans *Ismaili*, précité. Dans *Jaferi* [aux pages 147 et 148], elle a dit que «[i] existe cependant une obligation d’agir équitablement et de s’assurer que la conclusion du médecin agréé est raisonnable». Je doute qu’il y ait un moyen de séparation entre «déraisonnable» et «raisonnable». En conséquence, le passage de «pas déraisonnable» à «raisonnable» n’est peut-être qu’une simplification, bien que cela constitue un changement marqué par rapport à «manifestement erroné».

[35] Le juge MacKay a traité de ce problème dans *Ajanev*, précité. Il a procédé à une analyse exhaustive de la jurisprudence. Il a fait une distinction avec *Ismaili* dans les termes suivants [à la page 177]:

Tant l’affaire **Ahir** que l’affaire **Ismaili** appuient le principe voulant qu’un arbitre ou un agent des visas a la responsabilité d’examiner le caractère raisonnable de l’évaluation des médecins agréés, mais dans chacune de ces affaires, c’est un concours de circonstances qui a amené l’agent d’immigration à mettre en doute le caractère raisonnable de l’avis des médecins, non pas pour des raisons d’ordre médical, mais en raison d’un défaut apparent dans

where it was said to be based on medical grounds but the medical report indicated a likely requirement for special education services for a prospective immigrant child, but made no reference to health and social services. In that case, Cullen, J., referred the matter back to the visa officer for assessment of health and social service implications of the child's health circumstances.

[36] Relying on *Gao*, *inter alia*, MacKay, J. concluded [at page 178]:

The visa officer has no authority to review the diagnostic assessment of medical officers. Moreover, under s. 19(1)(a)(ii) it is the medical officers, not the visa officer, who must reach the opinion that admission of the person concerned "would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services".

The reasonableness of the opinion of the medical officers may be an issue for the visa officer. Where on the evidence before him or her a question arises whether the opinion is reasonable the visa officer may elect to seek further medical advice. Where no serious question arises on the record before him or her, the visa officer may act on the basis of the opinion as it is presented to him or her.

...

As noted in *Gao*, a reviewing court is competent to review the evidence to determine whether the medical officers' opinion is reasonable in the circumstances of the case. A medical opinion will be considered unreasonable because of incoherence or inconsistency, absence of supporting evidence, failure to consider cogent evidence or failure to consider the factors set out in s. 22 of the **Regulations**.

[37] MacKay, J. clearly stopped short of requiring the visa officer to review reasonableness, while agreeing that the visa officer may seek further medical advice where a question of reasonableness arises in the mind of the visa officer. MacKay, J. also agrees that a reviewing court may review the reasonableness of the medical officers' opinion.

[38] In the very recent decision of Nadon J. in *Ludwig*, *supra*, this permissive interpretation of the visa officer's role was approved [at page 282]:

le dossier . . . Dans l'affaire **Ismaili**, la décision défavorable d'un agent des visas a été annulée parce qu'elle aurait été fondée sur des raisons d'ordre médical, alors que le rapport médical indiquait qu'il était probable que l'immigrant éventuel, un enfant, ait besoin de services pédagogiques particuliers, sans faire référence aux services sociaux ou de santé. Dans cette affaire, le juge Cullen a renvoyé le dossier devant l'agent des visas pour évaluation des répercussions de l'état de santé de l'enfant sur les services sociaux et de santé.

[36] Se fondant sur *Gao*, entre autres, le juge MacKay a conclu [à la page 178]:

L'agent des visas n'a aucun pouvoir pour examiner le diagnostic des médecins agréés. De plus, en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii), ce sont les médecins agréés et non pas l'agent des visas qui doivent former l'opinion que l'admission de la personne visée «entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé».

Le caractère raisonnable de l'avis des médecins agréés peut être mis en doute par l'agent des visas. Si, d'après la preuve devant lui, le caractère raisonnable de l'avis est mis en cause, l'agent des visas peut choisir d'obtenir un autre avis médical. Si aucune question grave n'est soulevée, d'après le dossier qui lui est soumis, l'agent des visas peut se fonder sur l'avis devant lui pour prendre une décision.

...

Comme il a été noté dans l'affaire **Gao**, un tribunal de révision a compétence pour examiner la preuve afin de déterminer si l'avis des médecins agréés est raisonnable dans les circonstances de l'espèce. Un avis médical est considéré comme déraisonnable s'il est contradictoire ou incohérent, dépourvu de preuves à l'appui ou si il ne tient compte d'une preuve convaincante ou de facteurs énoncés à l'article 22 du **Règlement**.

[37] Manifestement, le juge MacKay n'est pas allé jusqu'à exiger que l'agent des visas décide si l'avis médical était raisonnable, bien qu'il ait convenu que celui-ci pouvait choisir d'en obtenir un autre s'il mettait en doute le caractère raisonnable de l'avis. Le juge MacKay a également convenu qu'un tribunal de révision pouvait décider si l'avis des médecins agréés était raisonnable.

[38] Dans *Ludwig*, précité, une décision qu'il a rendue très récemment, le juge Nadon a approuvé cette interprétation permissive du rôle de l'agent des visas:

It is clear from the foregoing jurisprudence that the reasonableness of the medical opinion may be an issue for the visa officer where on the evidence the opinion is or may be unreasonable.

[39] Nadon, J. went on to conclude that there was no reason for the visa officer to question the reasonableness of the opinion on the record before him, and therefore, the visa officer's decision was reasonable. The issue thus addressed to the reviewing court was whether there was reason for the visa officer to question the reasonableness of the medical opinion based on the record before him.

[40] Counsel for the applicant submitted that *Ismaili* should be followed in the case at bar. Yet, I cannot take *Ismaili* to mean that in the circumstances at bar, a visa officer has an independent authority and duty to review the medical opinion at the standard of reasonableness. Such an authority is simply not available to visa officers under the Act.

[41] In my view, when a valid medical opinion is formed under subparagraph 19(1)(a)(ii), that opinion is binding on the visa officer. However, where an opinion involves a patently unreasonable error of fact, is inconsistent or incoherent, or was generated in a fashion contrary to the principles of natural justice, an error of jurisdiction is involved. It cannot be said to be a valid opinion under subparagraph 19(1)(a)(ii). If the visa officer applies such an invalid opinion, then the visa officer has erred in law, and his or her decision may be reviewed in this Court on that basis. It should also be noted that there is at present no impediment to an affected individual seeking judicial review of the medical opinion itself.

2. Excessive Demand

[42] As already noted, it is clear that the finding of the medical officers herein was based primarily on one ground, the fact that a mentally retarded child would require higher educational costs than other children. I note, *inter alia*, the following extract from the cross-

Il ressort clairement de la jurisprudence précitée que le caractère raisonnable de l'avis médical peut faire l'objet d'un examen par l'agent des visas lorsque, d'après la preuve, l'avis est ou semble déraisonnable.

[39] Le juge Nadon a poursuivi en concluant que l'agent des visas n'avait aucune raison de mettre en doute le caractère raisonnable de l'avis d'après le dossier dont il disposait, et que par conséquent, la décision de l'agent des visas était raisonnable. La question qui avait donc été soumise au tribunal de révision était de savoir si l'agent des visas avait une raison quelconque de mettre en doute le caractère raisonnable de l'avis médical d'après le dossier dont il disposait.

[40] Les avocats du requérant ont soutenu que l'arrêt *Ismaili* devrait être suivi en l'espèce. Cependant, je ne puis accepter qu'*Ismaili* signifie que, dans les circonstances de l'espèce, l'agente des visas avait le pouvoir et l'obligation d'examiner de façon indépendante l'avis médical en appliquant la norme du caractère raisonnable. La Loi ne confère tout simplement pas un tel pouvoir aux agents des visas.

[41] À mon avis, l'avis médical valablement émis sous le régime du sous-alinéa 19(1)a(ii) lie l'agent des visas. Cependant, l'avis fondé sur une erreur de fait manifestement déraisonnable ou inconsistant, incohérent ou formé en contravention des principes de justice naturelle donne lieu à un excès de compétence. Un tel avis ne peut être valable sous le régime du sous-alinéa 19(1)a(ii). En acceptant un tel avis, l'agent des visas commettrait une erreur de droit, et pour ce motif, sa décision serait susceptible de contrôle par la Cour. Par ailleurs, il importe de souligner que présentement, rien n'empêche une personne touchée de demander le contrôle judiciaire de l'avis médical même.

2. Fardeau excessif

[42] Comme il a déjà été mentionné, il est clair que la conclusion des médecins agréés en l'espèce se fondait principalement sur un seul motif, soit le fait que l'éducation d'un enfant déficient mental entraînerait des coûts plus élevés que pour d'autres enfants. Je

examination of Dr. Hutchings, at pages 14-15 of the record:

Q. And hypothetically again, if North York had said, "Well, we've got 40 seats unfilled year to year for these children, we can take him", that wouldn't have mattered either.

A. No.

Q. And so, I take it that the real issue is expense?

A. Yes.

Q. Okay. And for the most part, and not for every case, but for most cases, if a child is mildly or moderately retarded and has to have special education, then they likely will probably be refused because of the expense involved, in educating him?

A. Yes, in the case of mental retardation.

[43] Further, the following extract from the cross-examination of Dr. Axler, at pages 16-17 of the record:

Q. Well, you use the word "social and educational support services". That's a very general statement, Dr. Axler. Don't you think you might have been . . . it might have been better to say she'll require special schools and a special school setting and she'll require physiotherapy and occupational therapy, whatever it is?

A. Well, she will require . . . she will require special schooling, not necessarily in a special school setting, perhaps in a normal school setting, but she will require special schooling, special education. She will not require physiotherapy, she will not require occupational therapy, in the next five years, although she may well in the future.

Q. Well, what other services is she going to need other than school services?

A. School services are, as I say, that is the gist of the excessive demand.

souligne, entre autres, le passage suivant du contre-interrogatoire du Dr Hutchings, lequel se trouve aux pages 14 et 15 du dossier:

[TRADUCTION]

Q. Et encore une fois de façon hypothétique, si North York avait dit «Bien, chaque année, nous avons 40 places destinées à ces enfants qui demeurent vacantes, nous pouvons l'accueillir», cela n'aurait rien changé non plus.

R. Non.

Q. Ainsi, si je comprends bien, la vraie question est celle des coûts?

R. Oui.

Q. D'accord. La plupart du temps et non dans tous les cas, mais dans la plupart de ceux-ci, si l'enfant souffre d'arriération mentale légère ou modérée et a besoin d'une éducation spéciale, il sera probablement refusé en raison des coûts qu'entraînerait son éducation?

R. Oui, si l'enfant souffre d'arriération mentale.

[43] Je souligne également le passage suivant du contre-interrogatoire du Dr Axler, lequel se trouve aux pages 16 et 17 du dossier:

[TRADUCTION]

Q. Bien, vous utilisez l'expression «services de soutien sociaux et pédagogiques». Il s'agit d'une déclaration très générale, Dr Axler. Ne croyez-vous pas que vous auriez . . . qu'il aurait été mieux de dire qu'elle devra fréquenter des écoles spéciales et un environnement pédagogique spécial et qu'elle aura besoin de physiothérapie et d'ergothérapie, peu importe ce dont il s'agit?

R. Bien, elle aura besoin . . . elle aura besoin d'une éducation spéciale, pas nécessairement dans un environnement pédagogique spécial, peut-être dans un environnement pédagogique ordinaire, mais elle aura besoin d'une éducation spéciale. Elle n'aura pas besoin de physiothérapie, elle n'aura pas besoin d'ergothérapie pendant les cinq prochaines années, mais il se peut fort bien qu'elle en ait besoin à un moment donné.

Q. Bien, de quels services autres que pédagogiques aura-t-elle besoin?

R. Les services pédagogiques constituent, comme je le dis, l'essentiel du fardeau excessif.

[44] I have considerable difficulty reconciling this evidence with the medical narrative, which was remitted from the medical officers to the visa officer in order to explain the basis for the medical exclusion. I repeat the medical narrative here:

MODERATE MENTAL RETARDATION I.C.D. #317

THIS 7 YEARS OLD CHILD HAS A MODERATE DEGREE OF MENTAL RETARDATION WITH AN I.Q. OF 35. SHE REQUIRES EXTENSIVE SOCIAL AND EDUCATIONAL SUPPORT SERVICES AS WELL AS CONSTANT SUPERVISION. THESE SERVICES ARE VERY EXPENSIVE AND OFTEN IN SHORT SUPPLY.

SHE WILL LIKELY PLACE EXCESSIVE DEMAND ON SOCIAL SERVICES AND SHE IS THEREFORE INADMISSIBLE UNDER SECTION 19(a)(ii) OF THE IMMIGRATION ACT.

ALSO HAS: SEIZURE DISORDER.

[45] This medical narrative suggests the need for extensive social and educational support services, as well as constant supervision, and finally the narrative states that these services are very expensive and often in short supply. In actual fact, the cross-examination reveals that the doctors considered primarily only the cost of extra educational services. They did not consider the supply of such services, nor did they think it relevant. They did not obtain relevant information respecting the need for constant supervision, nor did they think it relevant. The social services required, other than educational services, were either trivial or entirely secondary in the doctors' opinion. It is clear from the evidence that the medical narrative cannot be substantiated.

[46] The applicant had no meaningful opportunity to bring to the attention of the medical officers the facts relating to excessive demand, because the letter of August 1, 1995, the so-called "fairness letter", left the applicant totally in the dark as to what issues he should respond to in addressing the preliminary medical opinion. The letter states that "it is at your

[44] J'ai énormément de difficulté à concilier ce témoignage et la description de l'état de santé de la fille du requérant que les médecins agréés ont fournie à l'agente des visas pour expliquer la raison pour laquelle ils la considéraient non admissible pour raisons d'ordre médical. Je reproduis cette description:

ARRIÉRATION MENTALE MODÉRÉE, CIM n° 317

[TRADUCTION] L'ENFANT, ÂGÉE DE 7 ANS, SOUFFRE D'ARRIÉRATION MENTALE MODÉRÉE ET A UN Q. I. DE 35. ELLE A BESOIN D'IMPORTANTS SERVICES DE SOUTIEN SOCIAUX ET PÉDAGOGIQUES ET D'UNE SURVEILLANCE CONSTANTE. CES SERVICES SONT TRÈS COÛTEUX ET SOUVENT NON DISPONIBLES.

ELLE ENTRAÎNERA VRAISEMBLABLEMENT UN FARDEAU EXCESSIF POUR LES SERVICES SOCIAUX ET APPARTIENT DONC À UNE CATÉGORIE NON ADMISSIBLE AUX TERMES DU SOUS-ALINÉA 19(1)a)(ii) DE LA LOI SUR L'IMMIGRATION.

ELLE SOUFFRE ÉGALEMENT DE TROUBLES ÉPILEPTIQUES.

[45] Il ressort de cette description que l'enfant a besoin d'importants services de soutien sociaux et pédagogiques de même que d'une surveillance constante, et que ces services sont très coûteux et souvent non disponibles. En fait, il ressort du contre-interrogatoire que les médecins ont considéré principalement les coûts qu'engendreraient des services pédagogiques supplémentaires. Ils n'ont pas considéré la disponibilité de tels services et n'ont pas estimé que cela était pertinent. Ils n'ont pas obtenu les renseignements pertinents en ce qui concerne le besoin de surveillance constante de l'enfant et n'ont pas estimé que cela était pertinent. Les services sociaux autres que pédagogiques dont l'enfant avait besoin étaient soit sans importance, soit complètement secondaires, de l'avis des médecins. Il ressort clairement de la preuve que la description de l'état de santé de la fille du requérant ne peut être justifiée.

[46] Le requérant n'a pas véritablement eu l'occasion de porter à l'attention des médecins agréés les faits concernant le fardeau excessif, car la lettre du 1^{er} août 1995, la soi-disant [TRADUCTION] «lettre empreinte d'équité», ne mentionnait aucunement les questions auxquelles le requérant devait répondre en traitant de l'avis médical préliminaire. La lettre

own discretion to decide on the type of additional information (medical or other) you wish to submit for our final consideration". At no point in the conduct of this file was the applicant ever made aware of the criteria actually being employed by the medical officers in forming their opinion. If not a breach of natural justice, at the very least this practice did not facilitate the medical officers obtaining the relevant information for a fair consideration of the case. In my view, such a practice could be regarded as being unfair.

[47] Subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act is open-ended. It states that the medical officers must form an opinion with respect to whether admission "would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services". Excessive demand was defined in the Regulations which have since been declared *ultra vires* by the *Ismaili* decision.

[48] While this decision is one of a discretionary nature, I am of the view that the medical officers have erred in applying the statutory test. It is an error to state through the medical narrative that the reasons for exclusion were extensive social and educational support services, the need for constant supervision, and the expense and supply of these services, while in actual fact the medical officers conceded that information highly relevant to determination of these factors was not before them. It is also apparent that they did not take effective measures to obtain this information.

[49] If I had found that the visa officer was under a duty to ensure that the medical opinion is reasonable, then I would have found that the visa officer failed to discharge that duty. Further, if the proper standard is that the visa officer must consider the reasonableness of the medical opinion where the visa officer has reason to believe it is in error, then I would have

mentionnait que [TRADUCTION] «c'est à vous qu'il revient de décider du type de renseignements supplémentaires (d'ordre médical ou autre) que vous désirez nous soumettre avant que nous prenions une décision finale». Depuis le début du traitement de ce dossier, le requérant n'a jamais été avisé des critères que les médecins agréés ont effectivement appliqués pour former leur avis. Si elle ne violait pas la justice naturelle, le moins que l'on puisse dire est que cette pratique n'aidait pas les médecins agréés à obtenir les renseignements pertinents qui leur permettraient d'examiner équitablement le cas qui leur était soumis. À mon avis, une telle pratique pourrait être considérée comme étant inéquitable.

[47] Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi n'est pas exhaustif. Il prévoit que les médecins agréés doivent former un avis sur la question de savoir si l'admission de la personne visée «entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé». Le fardeau excessif a été défini dans le Règlement que l'arrêt *Ismaili* a, depuis, déclarée *ultra vires*.

[48] Bien que cette décision soit de nature discrétionnaire, je suis d'avis que les médecins agréés ont commis une erreur en appliquant le critère prévu dans la loi. Il était erroné de déclarer dans la description de l'état de santé de l'enfant que les motifs de sa non-admissibilité étaient les services de soutien sociaux et pédagogiques importants et la surveillance constante dont elle avait besoin de même que les coûts liés à ces services et leur disponibilité, alors qu'en fait, les médecins agréés ont convenu qu'ils ne disposaient pas de renseignements extrêmement pertinents pour juger de ces facteurs. Par ailleurs, il est évident que ces derniers n'ont pas pris les mesures qui s'imposaient pour obtenir ces renseignements.

[49] Si j'avais conclu que l'agente des visas avait l'obligation de s'assurer que l'avis médical était raisonnable, j'aurais conclu qu'elle a omis de remplir cette obligation. En outre, si le critère applicable avait obligé l'agente des visas à apprécier le caractère raisonnable de l'avis médical si elle avait des motifs de croire que celui-ci était erroné, j'aurais conclu

found that the visa officer erred because she was in a position to know that there was no information before the medical officers respecting constant supervision since the family's capacity to provide supervision at home was never raised as an issue with the family. On this issue the comments of Rothstein J. in *Litt supra* [at page 307] are apposite:

Without deciding whether the possibility of failure of family support was properly a subject matter for the medical officer, as opposed to the visa officer, there does not appear to have been sufficient evidence to lead the medical officer to speculate that it might fail. I do not question that the decision-making process should properly include the issue of family support and that it would be open to the appropriate decision-maker, for valid reasons, to discount or reject commitments of support by family members.

[50] In this case, the finding that constant supervision was necessary gives rise to a question of the extent of available family support. There was no evidence before the medical officers to support a finding of constant supervision, because there was no evidence of a failure of family support. While it is possible that changes to the statutory regime may be forthcoming, the present requirement is for an individual assessment rather than a medical inadmissibility decision based purely on the medical condition in question.

[51] Whatever standard is applied, I am of the view that the medical opinion set out in the medical narrative cannot be justified because of the failure of the medical officers to obtain or seek to obtain the information necessary for a fair evaluation of the grounds which formed the basis for their inadmissibility decision.

3. Consideration of the Medical and Visa Office Files

[52] Based on my finding that the visa officer is not under a duty to ensure that the medical opinion was

qu'elle a commis une erreur, car elle était bien placée pour savoir que les médecins agréés ne disposaient pas d'information concernant le besoin de supervision de la fille du requérant, étant donné qu'on n'a jamais demandé à la famille si elle pouvait assurer une telle supervision à la maison. Sur cette question, les commentaires du juge Rothstein dans *Litt*, précité [à la page 307], sont à propos:

Sans trancher la question de savoir si la possibilité d'un manque de soutien familial était à proprement parler une question devant le médecin, par opposition à l'agent des visas, il ne semble pas qu'il existait suffisamment d'éléments de preuve pour amener le médecin à se demander si ce soutien venait à manquer. Je ne doute pas que le processus décisionnel devrait inclure la question du soutien familial et qu'il est loisible au décideur compétent, pour des motifs valables, d'écarter ou de rejeter les engagements faits par les membres de la famille.

[50] En l'espèce, la conclusion selon laquelle une surveillance constante était nécessaire soulevait la question de savoir à quel point la famille était disposée à apporter son soutien à l'enfant. Or, les médecins agréés ne disposaient d'aucun élément de preuve pour étayer une conclusion relative à la question de la supervision constante, car aucune preuve n'a établi que la famille n'apportait pas son soutien à l'enfant. Bien qu'il soit possible que des modifications soient bientôt apportées aux dispositions législatives applicables, l'exigence présentement en vigueur appelle une évaluation individuelle et non une décision sur la non-admissibilité pour raisons d'ordre médical fondée exclusivement sur l'état de santé de la personne visée.

[51] Quel que soit le critère appliqué, je suis d'avis que l'avis médical contenu dans la description de l'état de santé ne saurait être justifié vu l'omission, de la part des médecins agréés, d'obtenir ou de chercher à obtenir l'information nécessaire pour évaluer équitablement les motifs ayant constitué le fondement de leur décision selon laquelle l'enfant n'était pas admissible.

3. Examen du dossier médical et du dossier du bureau des visas

[52] Compte tenu de ma conclusion que l'agent des visas n'avait pas l'obligation de s'assurer que l'avis

reasonable, and based on the fact that there is no dispute in the jurisprudence that the visa officer cannot review the medical aspect of the medical officers' opinion, I am not persuaded that it is necessary for the visa officer to review the medical file.

[53] As to whether the medical officers should consider the contents of the visa file, it is necessary for the medical officers to consider any evidence which is relevant to the issue of excessive demand. In this case, the doctors indicated criteria in the medical narrative, but did not seek the necessary information to fairly consider them. Neither was the applicant provided with a fair opportunity to provide such information. This failure on the part of the medical officers is entirely separate from whether they should have access to the full visa office file, which is a matter to be decided by the respondent.

CONCLUSION

[54] For the foregoing reasons, I have concluded that the medical opinion which supports the decision *a quo* is defective because the medical officers herein erred in their application of the test set out in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act. Accordingly, the application for judicial review is allowed. The decision of visa officer, S. Tai, dated November 24, 1995, is set aside and the matter is returned to a different visa officer for rehearing and redetermination on a basis not inconsistent with these reasons for order.

CERTIFICATION

[55] Counsel for the applicant suggested three questions for certification pursuant to the provisions of section 83 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*:

(1) Does a visa officer err in law by failing to ascertain the detail subtending the medical notification submitted to him by a medical officer in sufficient explanation to allow an applicant to know and rebut

médical était raisonnable, et compte tenu du fait que le principe selon lequel l'agent des visas ne peut pas réviser l'aspect médical de l'avis des médecins agréés fait l'unanimité dans la jurisprudence, je ne suis pas convaincu que l'agente des visas devait nécessairement examiner le dossier médical.

[53] Quant à la question de savoir si les médecins agréés devraient examiner le dossier du bureau des visas, notons que ceux-ci doivent considérer tout élément de preuve portant sur la question du fardeau excessif. En l'espèce, les médecins ont mentionné des critères dans la description de l'état de santé, mais ils n'ont pas cherché à obtenir l'information nécessaire pour les considérer équitablement. Par ailleurs, le requérant n'a pas véritablement eu l'occasion de fournir cette information. Cette omission de la part des médecins agréés n'est aucunement liée à la question de savoir s'ils devraient avoir accès à l'ensemble du dossier du bureau des visas; il revient à l'intimé de trancher cette question.

CONCLUSION

[54] Par ces motifs, j'ai conclu que l'avis médical étayant la décision visée par le présent contrôle était déficient parce que les médecins agréés en l'espèce ont commis une erreur en appliquant le critère prévu au sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi. En conséquence, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision que l'agente des visas, S. Tai, a prise le 24 novembre 1995 est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre agent des visas pour qu'il procède à une nouvelle audition et statue de nouveau sur celle-ci en conformité avec les présents motifs d'ordonnance.

CERTIFICATION

[55] Les avocats du requérant ont proposé la certification de trois questions, prévue à l'article 83 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*:

1) Un agent des visas commet-il une erreur de droit lorsqu'il omet de suffisamment vérifier les détails qui sous-tendent la déclaration médicale que lui fournit un médecin agréé de manière à permettre à un requérant

the case against him in such notification?

(2) Does a medical notification that opines excessive demand based upon a cost approach only create an error in law?

(3) Does the inquiry to be made under subparagraph 19(1)(a)(ii) by a medical officer exclude non-medical facts?

[56] In so far, as question No. 1 is concerned, I agree with respondent's counsel that the question posed does not arise on the facts at bar.

[57] Coming now to question No. 2, I also agree that it is not certifiable because it has been addressed in the existing jurisprudence of the Court.

[58] In so far as question No. 3 is concerned, I agree that it does not arise on the facts of this case and, therefore, should not be certified.

[59] Accordingly, and for the above reasons, no questions are certified.

COSTS

[60] Since the applicant has not established any special reasons justifying an award of costs, pursuant to the provision of Rule 1618 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)], no costs are awarded.

de connaître et réfuter les éléments de la déclaration qui lui sont défavorables?

2) Une déclaration médicale portant que le fardeau est excessif et fondée exclusivement sur une évaluation des coûts engendre-t-elle une erreur de droit?

3) L'enquête qu'un médecin agréé doit mener en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) exclut-elle les faits non médicaux?

[56] En ce qui concerne la première question, je souscris à l'opinion de l'avocate de l'intimé selon laquelle cette question ne se pose pas en l'espèce.

[57] Pour ce qui est de la deuxième question, je suis également d'avis qu'il n'y a pas lieu de la certifier, car elle a déjà été traitée dans la jurisprudence de la Cour.

[58] Enfin, en ce qui concerne la troisième question, je suis d'accord qu'elle ne se pose pas en l'espèce et que, par conséquent, elle ne mérite pas d'être certifiée.

[59] En conséquence, et par ces motifs, aucune question n'est certifiée.

LES DÉPENS

[60] Le requérant n'ayant pas avancé de raison particulière justifiant l'adjudication des dépens en sa faveur, en vertu de la Règle 1618 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], il n'y a pas d'adjudication de dépens.

T-3105-92

The Sovereign Life Insurance Company (*Appellant*)

v.

The Minister of Finance (*Respondent*)*INDEXED AS: SOVEREIGN LIFE INSURANCE CO. v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T.D.)*

Trial Division, Gibson J.—Calgary, April 23 and 24; Ottawa, July 29, 1997.

Administrative law — Statutory appeals — Appeal from Minister of Finance's direction to Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — Insurance Companies Act, s. 680(2) permitting Minister to make such direction where believing circumstances in s. 680(1)(b) existing — Superintendent making three recommendations, including direction herein — At Minister of Finance's request, Minister of State (Finance and Privatization) hearing appellant's representations — Appellant also making written submissions — Appellant not given opportunity to respond to either letter from private company expressing support for Superintendent's recommendations or Minister of State's report analyzing positions, drawing conclusions, making recommendations — Appeal dismissed — (1) Minister forming belief necessary as condition precedent to exercise of s. 680(2) authority — Not simply acting on Superintendent's recommendation — Adopting only two of three recommendations — (2) Minister not improperly delegating decision-making authority to Minister of State — "Reasonable opportunity to make representations" met by providing opportunity to make written representations — Provision of opportunity to make oral representations, designating Minister of State to preside at meeting, not delegation of authority since no obligation to provide oral hearing — Minister making decision of such wide, significant import entitled to seek advice — As not acting under delegation of authority, Minister of State not exceeding jurisdiction by making recommendations — (3) Ministerial decision based on public policy grounds affording little procedural protection, except as required on face of statute — Neither Minister of State's report nor private company's letter containing new facts — Failure to share either not grounds for appeal.

Insurance — Appeal from Minister of Finance's direction to Superintendent of Financial Institutions to take control of

T-3105-92

The Sovereign Life Insurance Company (*appelante*)

c.

Le ministre des Finances (*intimé*)*RÉPERTORIÉ: SOVEREIGN LIFE INSURANCE CO. c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Gibson—Calgary, 23 et 24 avril; Ottawa, 29 juillet 1997.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel de l'ordre du ministre des Finances enjoignant au surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — L'art. 680(2) de la Loi sur les sociétés d'assurance permet au ministre de donner un tel ordre s'il estime qu'il s'agit d'un des cas énumérés à l'art. 680(1)(b) — Le surintendant a fait trois recommandations, dont l'ordre en litige — À la demande du ministre des Finances, le ministre d'État (aux Finances et à la Privatization) a entendu les observations de l'appelante — L'appelante a également présenté des observations écrites — L'appelante n'a pas eu la possibilité de répondre à une lettre d'une société privée appuyant les recommandations du surintendant ni au rapport du ministre d'État analysant les positions en présence, tirant des conclusions et formulant des recommandations — Appel rejeté — (1) Le Ministre s'est formé l'opinion requise préalable à l'exercice de sa compétence, conformément à l'art. 680(2) — Il ne s'est pas contenté d'agir suivant la recommandation du surintendant — Il n'a adopté que deux des trois recommandations — (2) Le ministre n'a pas délégué irrégulièrement son pouvoir de décision au ministre d'État — Il y a «possibilité de présenter des observations» lorsqu'est accordée la possibilité de présenter des observations écrites — En donnant la possibilité de présenter des observations orales et en confiant au ministre d'État la tâche de présider cette rencontre, le ministre ne déléguait aucun pouvoir, étant donné qu'il n'était pas tenu d'accorder une telle audience — Il était loisible au ministre chargé de prendre une décision aux répercussions aussi profondes et significatives de procéder à des consultations — Comme il n'agissait pas en vertu d'une délégation de pouvoirs, le ministre d'État n'a pas outrepassé sa compétence en faisant des recommandations — (3) Décision administrative fondée sur des motifs généraux d'ordre public et accordant peu de protection procédurale, sauf celle exigée au vu de la loi — Ni le rapport du ministre d'État ni la lettre de la société privée ne contenaient de faits nouveaux — L'omission de communiquer l'un ou l'autre de ces documents ne constitue pas un motif d'appel.

Assurance — Appel de l'ordre du ministre des Finances enjoignant au surintendant des institutions financières de

life insurance company — Insurance Companies Act, s. 680(2) permitting Minister of Finance to make such direction where believing circumstances in s. 680(1)(b) existing — Minister required to give company reasonable opportunity to make representations — After Superintendent recommending such action in report, appellant making oral representations to Minister of State appointed to assist Minister, submitting written representations — Not having opportunity to respond to Minister of State's report, letter from corporate administrator of industry's protection plan supporting Superintendent's recommendations — Minister not fettering discretion by simply acting on Superintendent's recommendations — Adopting only two of three — "Reasonable opportunity to make representations" satisfied by opportunity to provide written representations — Although s. 704 permitting delegation of powers to Minister of State appointed to assist Minister, entrusting Minister of State to hear appellant's oral representations not delegation of powers as no obligation to provide such hearing — In making decision of such wide import, Minister of Finance entitled to seek advice — As not acting under delegation of powers, Minister of State not constrained in making recommendations — Ministerial decision based on policy grounds affording no procedural protection except that required by statute — Neither Minister of State's report nor letter from corporate administrator containing new information — Minister not required to share either with appellant.

This was a statutory appeal from a direction by the Minister of Finance (the Minister) pursuant to *Insurance Companies Act*, paragraph 680(2)(c) to the Superintendent of Financial Institutions to take control of the appellant. Paragraph 680(2)(c) permits the Minister to direct the Superintendent to take control of a company where he believes that any of the circumstances set out in paragraph 680(1)(b) exists e.g. the company is unable to pay its liabilities or its assets are insufficient to protect the policyholders. The Office of the Superintendent of Financial Institutions (OSFI) had been monitoring Sovereign's activities and concluded that its capital situation was critical because problems with its loan and real estate portfolio had virtually wiped out its margin of free capital and surplus. In a report dated November 18, 1992 OSFI recommended that the Minister (1) require the Superintendent to make the order approving the commencement and carrying on of business by the company subject to the limitation of not having the power to issue new policies; (2) direct the Superintendent to take control of the company; and (3) request that the Attorney General apply to a court for an order to wind up the company. Subsection 680(2) required

prendre le contrôle de l'appelante — L'art. 680(2) de la Loi sur les sociétés d'assurance permet au ministre de donner un tel ordre s'il estime qu'il s'agit d'un des cas énumérés à l'art. 680(1)(b) — Le ministre est tenu de donner à la société la possibilité de présenter des observations — Après que le surintendant eut recommandé cette mesure dans un rapport, l'appelante a présenté des observations orales au ministre d'État désigné, et a présenté des observations écrites — Elle n'a pas eu la possibilité de répondre au rapport du ministre d'État ni à la lettre de la société gestionnaire du régime de protection du secteur appuyant les recommandations du surintendant — Le ministre n'a pas entravé l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire en se contentant de donner suite aux recommandations du surintendant — Il n'a adopté que deux des trois recommandations — Il est satisfait à l'exigence de donner la «possibilité de présenter des observations» lorsqu'est accordée la possibilité de présenter des observations écrites — Bien que l'art. 704 permette la délégation de pouvoirs au ministre d'État désigné, le fait de confier à ce dernier la tâche d'entendre les observations orales de l'appelante ne constituait pas une délégation de pouvoirs, étant donné l'absence d'obligation d'accorder une telle audience — En prenant une décision aux répercussions aussi profondes et significatives, le ministre des Finances pouvait procéder à des consultations — Comme il n'agissait pas en vertu d'une délégation de pouvoirs, le ministre d'État n'était nullement entravé dans l'élaboration de recommandations — Décision administrative fondée sur des motifs généraux d'ordre public et n'accordant aucune protection procédurale, sauf celle exigée par la loi — Ni le rapport du ministre d'État ni la lettre de la société gestionnaire ne contenaient de renseignements nouveaux — Le ministre n'était pas tenu de communiquer ces renseignements à l'appelante.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre un ordre par lequel le ministre des Finances (le ministre), en vertu de l'alinéa 680(2)(c) de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, a enjoint au surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante. L'alinéa 680(2)(c) permet au ministre d'enjoindre au surintendant de prendre le contrôle d'une société s'il estime être en présence de l'un des cas énumérés à l'alinéa 680(1)(b), savoir que la société ne pourra honorer ses engagements ou qu'elle n'a pas un actif suffisant pour assurer la protection de ses souscripteurs. Le Bureau du surintendant des institutions financières (le Bureau), qui surveillait les activités de la Sovereign, en est venu à la conclusion que la situation de son compte capital était critique parce que les problèmes qu'elle avait avec ses portefeuilles de prêts et d'immeubles avaient pratiquement anéanti sa marge de capital liquide et d'excédent. Dans un rapport en date du 18 novembre 1992, le Bureau a recommandé au ministre (1) de demander au surintendant de délivrer à la compagnie une ordonnance d'agrément limitée aux services relatifs aux polices existantes et interdisant à la compagnie d'émettre de nouvelles polices; (2) de lui enjoindre de prendre le contrôle de la compagnie; (3) de

the Minister to provide Sovereign a reasonable opportunity to make representations with respect to the recommendations. At the Minister's request, the Minister of State (Finance and Privatization) met with Sovereign's representatives to review the Superintendent's report, and Sovereign submitted a written brief. On December 14, 1992 the President of Canadian Life and Health Insurance Compensation Corporation (CompCorp), a private company established to administer the life and health insurance industry's consumer protection plan, wrote to the Minister of Finance, to express support for the Superintendent's recommendations. On December 17, the Minister of State reported to the Minister of Finance in writing, supporting the recommendations contained in the Superintendent's November 18 memorandum. On December 21, the Minister issued the direction here under appeal. Sovereign was not provided an opportunity to reply either to the CompCorp letter or to the report of the Minister of State.

The issues were (1) whether the Minister had fettered his discretion by simply acting on the recommendation of the Superintendent without forming the belief that was a condition precedent to his authority under subsection 680(2) to require the Superintendent to take control of Sovereign; (2) whether the Minister had improperly delegated his decision-making authority to the Minister of State or fettered his discretion by adopting the recommendation of the Minister of State; and (3) whether the Minister had breached the duty of fairness in failing to share with Sovereign the report by the Minister of State and the letter from CompCorp.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) While section 704 provides limited authority to the Minister to delegate any of his powers, duties and functions under the Act to a Minister of State appointed to assist the Minister, it does not authorize delegation of the Minister's decision-making responsibility under subsection 680(2) to the Superintendent. The uncontradicted affidavit evidence, that the Minister simply accepted the Superintendent's recommendation without forming the requisite belief, was not as strong as it first appeared because of ambiguities. The Minister was a very senior and experienced Minister, charged with an important matter with very significant economic, social and political implications. There was evidence that he acted prudently and did form the requisite opinion. He did not simply make the determination that was recommended to him. He adopted two of the three recommendations made to him. Little weight should be attached to the fact that the Minister's decision was made shortly after the Minister of State's report was received. The Minister was probably familiar with the issue and would

demander au procureur général du Canada de requérir le tribunal de rendre à l'égard de la compagnie une ordonnance de liquidation. Le paragraphe 680(2) obligeait le ministre à accorder à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations au sujet des recommandations. À la demande du ministre, le ministre d'État (aux Finances et à la Privatization) a rencontré des représentants de la Sovereign pour examiner le rapport du surintendant, et Sovereign a présenté un mémoire. Le 14 décembre 1992, le président de la Canadian Life and Health Insurance Compensation Corporation (CompCorp), compagnie privée constituée dans le but d'administrer le régime de protection des consommateurs en matière d'assurance-vie et d'assurance-maladie, a écrit au ministre des Finances pour lui exprimer son appui aux recommandations du surintendant. Le 17 décembre, le ministre d'État a fait rapport par écrit au ministre des Finances, appuyant les recommandations contenues dans la note de service du surintendant. Le 21 décembre, le ministre a donné l'ordre en litige dans le présent appel. La Sovereign n'a pas eu la possibilité de répondre à la lettre de la CompCorp ou au rapport du ministre d'État.

Les questions en litige étaient les suivantes: (1) le ministre a-t-il entravé l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire en se contentant de donner suite à la recommandation du surintendant sans se former l'opinion qui constituait une condition préalable à l'exercice du pouvoir que lui conférait le paragraphe 680(2) d'obliger le surintendant à prendre le contrôle de la Sovereign? (2) Le ministre a-t-il délégué irrégulièrement son pouvoir de prise de décision au ministre d'État ou a-t-il entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en se contentant de suivre la recommandation du ministre d'État? (3) Le ministre a-t-il manqué à son obligation d'agir avec équité en ne communiquant pas à la Sovereign le rapport du ministre d'état et la lettre de la CompCorp?

Jugement: l'appel doit être rejeté.

(1) Bien que l'article 704 confère au ministre le pouvoir limité de déléguer les attributions que lui confère la Loi à un ministre d'État désigné, il ne permet pas au ministre de déléguer au surintendant le pouvoir de prendre une décision en vertu du paragraphe 680(2). La preuve par affidavit non contredite, portant que le ministre s'est contenté d'accepter la recommandation du surintendant sans se former l'opinion requise, n'était pas aussi solide qu'elle le semblait de prime abord étant donné certaines ambiguïtés. Le ministre était un ministre très en vue et très expérimenté, chargé d'examiner une question importante ayant des implications économiques, sociales et politiques importantes. Suivant la preuve, il a agi avec prudence et s'est effectivement formé l'opinion requise. Il ne s'est pas contenté de prendre la décision qui lui était recommandée. Il a retenu deux des trois recommandations qui lui avaient été faites. On doit attacher peu d'importance au fait que la décision du ministre a été prise peu après la réception du rapport du ministre d'État. Le ministre connaissait probablement bien la question et il lui

only have had to refresh his memory in light of the latest material to come forward.

(2) Section 704 permits the Minister to delegate any of his powers, duties and functions to any Minister of State appointed to assist him. The Minister did not, by entrusting to the Minister of State the function of hearing Sovereign's oral representations, make a delegation within the meaning of section 704. The Minister's responsibility under subsection 680(2) to afford Sovereign a reasonable opportunity to make representations did not encompass a duty to meet personally with Sovereign's representatives and allow them to submit oral representations or to have any other person on his behalf meet with Sovereign's representatives to receive oral representations. It was sufficient on the face of subsection 680(2) that the Minister provided Sovereign an opportunity to make written representations, as he did. In providing such an opportunity and designating the Minister of State to preside at that meeting and to report to him, the Minister did not delegate anything since he had no obligation to provide for such a hearing.

In the context of an administrative decision-making process it is open to the Minister of the Crown charged with making a decision of wide and significant import to seek advice where he or she considers it appropriate to do so, subject to conflict of interest considerations and limitations provided by law. The Minister of State was not acting pursuant to a delegation under section 704 of the Act that in any way constrained his initiative in reporting to the Minister of Finance as he clearly and unequivocally indicated to representatives of Sovereign that he would. The Minister of State did not err in jurisdiction by exercising the initiative to analyze the representations on both sides of the issue, made directly to him and directly to the Minister of Finance, by drawing conclusions from that analysis, and by making recommendations to the Minister of Finance. It was entirely open to the Minister of Finance, if he chose to do so, to ignore the analysis, conclusions, and recommendations of the Minister of State. Ultimately, he did not fully adopt the recommendations of either the Superintendent or the Minister of State.

(3) This was a ministerial decision, based on broad grounds of public policy, which typically does not afford the individual any procedural protection except that required on the face of the statute authorizing the ministerial discretion, in this case, the Minister's obligation to provide Sovereign a reasonable opportunity to make representations. The Minister of State's report contained no new facts. The analysis and conclusions contained therein added little to the analysis and conclusions of the Superintendent. To the extent that it might have added anything, it was advice of an independent third party which the Minister of Finance was entitled to seek and which was not in the nature of expert

suffisait de se rafraîchir la mémoire à la lumière des éléments les plus récents.

(2) L'article 704 permet au ministre de déléguer les attributions que lui sont conférées à tout ministre d'État désigné. En confiant au ministre d'État la tâche d'entendre les observations orales de la Sovereign, le ministre n'a pas délégué ses attributions au sens de l'article 704. La responsabilité qu'avait le ministre sous le régime du paragraphe 680(2) de donner à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations, ne l'obligeait pas à rencontrer personnellement les représentants de la Sovereign et de leur permettre de présenter oralement leurs observations ou de prendre des dispositions pour que quelqu'un d'autre rencontre en son nom des représentants de la Sovereign pour entendre leurs observations orales. Au vu du paragraphe 680(2), il suffisait pour le ministre de donner à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations par écrit, comme il l'a fait. En donnant cette possibilité et en confiant au ministre d'État la tâche de présider cette rencontre et de lui faire rapport, le ministre ne déléguait rien, étant donné qu'il n'était pas tenu d'accorder une telle audience.

Dans le contexte d'un processus administratif de prise de décision, il est loisible au ministre de la Couronne qui est chargé de prendre une décision ayant des répercussions profondes et significatives de consulter les personnes qu'il juge bon de consulter, sous réserve évidemment de tout conflit d'intérêt et des limites prescrites par la loi. Le ministre d'État n'agissait pas en vertu d'une délégation de pouvoirs faite selon l'article 704 de la Loi qui l'empêchait de quelque façon que ce soit de faire rapport au ministre des Finances comme il a clairement indiqué aux représentants de la Sovereign qu'il le ferait. Le ministre d'État n'a pas commis d'erreur de compétence en prenant l'initiative d'analyser les observations relatives aux deux aspects de la question qui lui avaient été soumises directement à lui et qui avaient été soumises directement au ministre des Finances, en tirant des conclusions de cette analyse, et en faisant des recommandations au ministre des Finances. Il était entièrement loisible au ministre des Finances, s'il décidait d'agir ainsi, de ne tenir aucun compte de l'analyse, des conclusions et des recommandations du ministre d'État. En fin de compte, il n'a pas retenu toutes les recommandations du surintendant ou du ministre d'État.

(3) Il s'agissait d'une décision administrative fondée sur des motifs généraux d'ordre public, laquelle décision n'accorde aucune protection procédurale à l'individu, sauf la protection exigée au vu de la loi qui autorise le pouvoir discrétionnaire administratif, en l'occurrence, l'obligation du ministre de donner à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations. Le rapport du ministre d'État ne renfermait aucun fait nouveau. L'analyse et les conclusions qui y étaient contenues ajoutaient peu à l'analyse et aux conclusions du surintendant. Dans la mesure où elles auraient pu ajouter quelque chose, il s'agissait de l'opinion d'un tiers indépendant, que le ministre des Finances avait le droit de

opinion.

The CompCorp letter contained no new information whatsoever other than the fact of CompCorp's support for the recommendations of the Superintendent. That expression of support was not information that the Minister was under an obligation to share or to provide an opportunity to respond to.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1312.
Financial Institutions and Deposit Insurance System Amendment Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18.
Insurance Companies Act, S.C. 1991, c. 47, ss. 679(1)(d),(e),(f), 680, 681, 682, 684, 702(1)(a), (b),(2)(a),(b),(c), 704.
Ministries and Ministers of State Act, R.S.C., 1985, c. M-8.
Office of the Superintendent of Financial Institutions Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, Part I, ss. 2 "financial institution", 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Boulis v. Minister of Manpower and Immigration, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.); *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Cardinal Insurance Co. and Minister of State (Finance)*, Re (1982), 138 D.L.R. (3d) 693; [1982] I.L.R. 1-1541; 44 N.R. 428 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

League for Human Rights of B'nai Brith Canada and Commission of Inquiry on War Criminals, Re (1986), 28 D.L.R. (4th) 264; 69 N.R. 110 (F.C.A.); *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3; (1994), 167 N.R. 241 (C.A.).

CONSIDERED:

Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

consulter et dont l'opinion n'était pas de la nature d'une opinion d'expert.

La lettre de la CompCorp ne renfermait pas le moindre nouvel élément d'information, hormis le fait que la CompCorp appuyait les recommandations du surintendant. L'expression de cet appui ne constituait pas en soi un renseignement que le ministre était tenu de communiquer ou auquel il devait accorder la possibilité de répondre.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18, partie I, art. 2 «institution financière», 6.
Loi sur les départements et ministres d'État, L.R.C. (1985), ch. M-8.
Loi sur les institutions financières et modifiant le système d'assurance-dépôts, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18.
Loi sur les sociétés d'assurances, L.C. 1991, ch. 47, art. 679(1)d,e), 680, 681, 682, 684, 702(1)a,b),(2)a,b), c), 704.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1312.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.); *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Compagnie d'assurance Cardinal et le Ministre d'État (Finances)*, Re (1982), 138 D.L.R. (3d) 693; [1982] I.L.R. 1-1541; 44 N.R. 428 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Ligue des droits de la personne B'nai Brith Canada et la Commission d'enquête sur les criminels de guerre, Re (1986), 28 D.L.R. (4th) 264; 69 N.R. 110 (C.A.F.); *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3; (1994), 167 N.R. 241 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

REFERRED TO:

Martinoff v. Canada, [1994] 2 F.C. 33; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 191; 88 C.C.C. (3d) 341; 165 N.R. 309 (C.A.).

AUTHORS CITED

Ketcham, Brock, «Tale of Intrigue», *Calgary Herald*, 15 August 1993.

Wade, H.W.R. and C. Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEAL from Minister of Finance's direction pursuant to *Insurance Companies Act*, paragraph 680(2)(c) to the Superintendent of Financial Institutions to take control of the appellant. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Thomas G. Heintzman and *Timothy S. Ellan* for plaintiffs.

Edward R. Sojonky and *Lyndsay K. Jeanes* for defendants.

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Toronto, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of a statutory appeal by The Sovereign Life Insurance Company (Sovereign) of a direction of the Minister of Finance (the Minister), made pursuant to section 680 of the *Insurance Companies Act*,¹ (the Act) dated the 21st of December 1992 wherein the Minister directed the Superintendent of Financial Institutions (the Superintendent) to take control of Sovereign.

[2] The grounds for Sovereign's appeal are set in the notice of appeal and a subsequent amending document in the following terms:

DÉCISION CITÉE:

Martinoff c. Canada, [1994] 2 C.F. 33; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 191; 88 C.C.C. (3d) 341; 165 N.R. 309 (C.A.).

DOCTRINE

Ketcham, Brock, «Tale of Intrigue», *Calgary Herald*, 15 août 1993.

Wade, H.W.R. and C. Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEL contre l'ordre du ministre des Finances, en vertu de l'alinéa 680(2)c) de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, enjoignant au surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante. Appel rejeté.

AVOCATS:

Thomas G. Heintzman et *Timothy S. Ellan* pour les demandereses.

Edward R. Sojonky et *Lyndsay K. Jeanes* pour les défendeurs.

PROCUREURS:

McCarthy Tétrault, Toronto, pour les demandereses.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE GIBSON:

GENÈSE DE L'INSTANCE

[1] Les présents motifs font suite à l'appel interjeté par la Sovereign Life Insurance Company (la Sovereign) d'un ordre donné par le ministre des Finances (le ministre) en vertu de l'article 680 de la *Loi sur les sociétés d'assurances*¹ (la Loi). En vertu de cet ordre, qui a été donné le 21 décembre 1992, le ministre a enjoint au surintendant des institutions financières (le surintendant) de prendre le contrôle de la Sovereign.

[2] Les moyens d'appel invoqués par la Sovereign sont articulés de la façon suivante dans l'avis d'appel et dans un document modificatif ultérieur:

1. The Minister of Finance erred in law and in jurisdiction in making an order without any evidence before him that the circumstances set forth in Section 680(1) of the Act existed.

2. The Superintendent of Financial Institutions did not submit to the hearing held on November 30, 1992 or otherwise any facts or actuarial opinions upon which the Minister of Finance could properly exercise his discretion to make an Order against Sovereign Life under Section 680 of the Act.

3. The Minister of Finance erred in law and in jurisdiction in failing to conduct before himself the hearing required under Section 680 of The Act and failed to himself make due consideration and himself form the belief stipulated under Section 680 (2) of the Insurance Companies Act [Citation Omitted.]

STATUTORY FRAMEWORK

[3] The provisions of the Act relevant to this appeal, as they read at the relevant time, are as follows:

679. (1) Where

. . .

(d) in the opinion of the Superintendent, the assets of a company, . . . or provincial company . . . are not sufficient, having regard to all the circumstances, to give adequate protection to all the policyholders and creditors of the company or provincial company, . . . or

(e) the Superintendent is of the opinion that there exists any practice or state of affairs that is materially prejudicial to the interests of the policyholders or creditors of a company or provincial company, . . . ,

the Superintendent may immediately take control of

(f) the assets of the company, . . . or provincial company, or

. . .

and may maintain that control for a period of seven days or for such longer period as the Minister considers necessary to enable the company, . . . [or] provincial company. . . to make representations pursuant to subsection 680(2).

[TRADUCTION] 1. Le ministre des Finances a commis une erreur de droit et une erreur de compétence en donnant un ordre sans disposer d'éléments de preuve lui permettant de conclure qu'il était en présence d'un des cas énumérés au paragraphe 680(1) de la Loi.

2. Le surintendant des institutions financières n'a pas, lors de l'audience du 30 novembre 1992 ou à tout autre moment, soumis de faits ou d'opinions actuarielles qui auraient permis au ministre des Finances d'exercer régulièrement son pouvoir discrétionnaire en donnant l'ordre visant la Sovereign Life en vertu de l'article 680 de la Loi.

3. Le ministre des Finances a commis une erreur de droit et une erreur de compétence en ne tenant pas lui-même l'audience exigée par l'article 680 de la Loi et en n'étudiant pas la question et en ne se formant pas l'opinion dont il est question au paragraphe 680(2) de la Loi sur les sociétés d'assurances . . . [Renvois omis.]

CADRE LÉGISLATIF

[3] Voici, dans leur rédaction en vigueur à l'époque en cause, les dispositions de la Loi qui sont pertinentes au présent appel:

679. (1) Le surintendant peut sans délai prendre le contrôle de l'actif d'une société . . . et le conserver pendant sept jours ou la période plus longue que le ministre estime nécessaire pour permettre à la société de présenter des observations conformément au paragraphe 680(2), dans les cas suivants:

. . .

d) il estime que la société n'a pas un actif . . . suffisant, compte tenu de toutes les circonstances, pour assurer une protection adéquate à ses créanciers, souscripteurs ou membres, le cas échéant . . .

e) il estime qu'il existe une pratique ou une situation qui porte réellement atteinte aux intérêts des souscripteurs, créanciers, ou membres, le cas échéant, de la société . . .

. . .

...
680. (1) The Superintendent shall report to the Minister in any case where

...
 (b) the Superintendent is of the opinion that

...
 (viii) a company, . . . or provincial company will not be able to pay its liabilities, . . . as they become due and payable,

(ix) the assets of a company, . . . or provincial company . . . are not sufficient, having regard to all the circumstances, to give adequate protection to the policyholders and creditors of the company or provincial company, . . . ,

...
 (2) The Minister, after due consideration and after a reasonable opportunity has been provided to a company, . . . or provincial company or a person to make representations, may, where the Superintendent has taken control of the assets of a company, . . . or provincial company, or where the Minister believes that any circumstances described in paragraph (1)(b) exist,

...
 (c) direct the Superintendent to take control of the company, . . . or provincial company

...
681. (1) Any company, society, foreign company or provincial company to which a direction under paragraph 680(2)(c) or subsection 680(3) relates may, by notice in writing served on the Minister and the Superintendent not later than thirty days after the making of the direction, appeal the direction in accordance with section 702.

(2) A direction under paragraph 680(2)(c) or subsection 680(3) shall not be stayed by an appeal under subsection (1).

...
702. (1) Notwithstanding section 30 of the *Federal Court Act*, an appeal lies to the Federal Court—Trial Division

(a) from any direction of the Minister made pursuant to subsection 46(1) or 432(1), paragraph 680(2)(b) or subsection 680(3); and

(b) from any decision of the Minister made under section 59, subsection 302(2) or section 586 or 677.

(2) The Federal Court—Trial Division may, in an appeal under subsection (1),

...
680. (1) Le surintendant fait rapport au ministre dans les cas où:

...
 b) il estime:

...
 (viii) que la société ne pourra honorer à l'échéance ses engagements . . .

(ix) que la société n'a pas un actif . . . suffisant, compte tenu de toutes les circonstances, pour assurer une protection adéquate à ses créanciers, souscripteurs ou membres, le cas échéant . . .

...
 (2) Dans le cas où le surintendant a pris le contrôle de l'actif de la société, ou si après étude de la question et lorsque la société ou la personne en cause a eu la possibilité de présenter ses observations, le ministre estime être en présence de l'un des cas énumérés à l'alinéa (1)b), celui-ci peut prendre l'une des mesures suivantes:

...
 c) enjoindre au surintendant de prendre le contrôle de la société . . .

...
681. (1) La société visée par les mesures prévues à l'alinéa 680(2)c) ou au paragraphe 680(3) peut, par avis écrit signifié au ministre et au surintendant dans les trente jours suivant la prise de celles-ci, en appeler conformément à l'article 702.

(2) L'appel n'a pas d'effet suspensif sur les mesures prévues à l'alinéa 680(2)c) ou au paragraphe 680(3).

...
702. (1) Par dérogation à l'article 30 de la *Loi sur la Cour fédérale*, sont susceptibles d'appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale:

a) l'arrêté pris aux termes des paragraphes 46(1), 432(1) ou les ordres du ministre visés à l'alinéa 680(2)b) ou au paragraphe 680(3);

b) toute décision du ministre prise aux termes de l'article 59, du paragraphe 302(2) ou des articles 586 ou 677.

(2) La Section de première instance statue sur l'appel en prenant au choix l'une des décisions suivantes:

- (a) dismiss the appeal;
- (b) set aside the direction or decision; or
- (c) set aside the direction or decision and refer the matter back for re-determination.

...

704. The Minister may delegate any of the Minister's powers, duties and functions under this Act to any Minister of State appointed pursuant to the *Ministries and Ministers of State Act* to assist the Minister.

[4] The direction of the Minister here at issue was made pursuant to paragraph 680(2)(c), and therefore section 702 applies by virtue of section 681.

[5] By Part I of the *Financial Institutions and Deposit Insurance System Amendment Act*,² that Part being known as the *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, the Office of the Superintendent of Financial Institutions (OSFI) was established. The Minister presides over and is responsible for OSFI. An officer called the Superintendent of Financial Institutions (the Superintendent) is required to be appointed by the Governor in Council. The Superintendent is the "deputy head" of OSFI. The duties of the Superintendent are described in part in the following terms:

6. (1) The Superintendent shall perform the duties required to be performed by the Superintendent in the Acts or portions thereof referred to in the schedule to this Part and shall examine into and report to the Minister from time to time on all matters connected with the administration of those Acts or portions thereof.

(2) Where, pursuant to the Act that applies to it, a financial institution or any of its officers or employees engages in

- (a) underwriting securities,
- (b) trading in securities, or
- (c) providing advisory or management services in respect of securities,

the Superintendent shall examine and inquire into the carrying out of those activities, and report to the Minister from time to time on all matters connected therewith.

- a) rejet pur et simple;
- b) annulation des mesures ou décisions en cause;
- c) annulation des mesures ou décisions et renvoi de l'affaire pour réexamen.

...

704. Le ministre peut déléguer les attributions que lui confère la présente loi à tout ministre d'État nommé en application de la *Loi sur les départements et ministres d'État*.

[4] C'est en vertu de l'alinéa 680(2)c) que le ministre a donné l'ordre qui est en litige en l'espèce. En conséquence, aux termes de l'article 681, l'article 702 s'applique.

[5] Le Bureau du surintendant des institutions financières (le Bureau) a été constitué en vertu de la partie I de la *Loi sur les institutions financières et modifiant le système d'assurance-dépôts*². Cette partie s'intitule *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*. Le ministre préside le Bureau et en est le responsable. Le gouverneur en conseil est chargé de nommer un fonctionnaire appelé le surintendant des institutions financières (le surintendant). Le surintendant est l'«administrateur général» du Bureau. Voici en partie en quels termes la Loi définit les fonctions du surintendant:

6. (1) Le surintendant exerce les fonctions que lui confèrent les lois ou parties de loi mentionnées à l'annexe de la présente partie; il étudie toutes les questions liées à leur application et en fait son rapport au ministre.

(2) Le surintendant doit examiner l'exercice des activités suivantes et faire enquête sur cet exercice, lorsqu'elles sont menées par une institution financière—ou par un dirigeant ou employé de celle-ci—conformément à la loi qui la régit:

- a) la souscription de valeurs mobilières;
- b) le commerce de valeurs mobilières;
- c) la prestation de services de consultation ou de gestion relativement aux valeurs mobilières.

Il doit en outre faire rapport au ministre sur toutes questions y afférentes.

The *Insurance Companies Act* is referred to in the relevant Schedule. "financial institution" is defined to include a company or provincial company to which the *Insurance Companies Act* applies.

THE FACTUAL BACKGROUND

[6] Sovereign was, at all relevant times, a chartered financial institution licensed to carry on business in each province and territory of Canada. By certificate of amalgamation and letters patent both dated 31 December, 1990, The Sovereign Life Insurance Company and Pioneer Life Assurance Company were amalgamated as Sovereign.

[7] OSFI's mandate extended to monitoring the operations of companies such as Sovereign for the purposes of detecting solvency, liquidity and compliance problems.

[8] In the spring of 1991, OSFI commenced monitoring the activities of Sovereign on an intensive basis. In an extensive memorandum to the Minister dated 18 November, 1992, in which the direction resulting in this appeal was recommended, the Superintendent outlined the course of events from the spring of 1991.

[9] OSFI conducted an on-site examination of Sovereign in the spring of 1991 which:

. . . included for the first time a detailed review of loan files by credit consultants hired by [OSFI]. This examination revealed serious problems in Sovereign's loan and real estate portfolio. As well, we confirmed that the high risk nature of the portfolio was not recognized in the company's accounting.

OSFI recommended that Sovereign make additional provision for losses on its loan and real estate portfolio. The recommended adjustment resulted in Sovereign's capital and surplus falling below the minimum 5% ratio of capital and unappropriated surplus to liabilities and appropriated surplus required by OSFI.

La Loi sur les sociétés d'assurances est mentionnée à l'annexe pertinente et les sociétés auxquelles la *Loi sur les sociétés d'assurances* s'applique sont assimilées à des institutions financières.

CONTEXTE FACTUEL

[6] La Sovereign était, à l'époque en cause, une institution financière à charte qui était autorisée à exercer ses activités dans chaque province et territoire du Canada. Aux termes d'un certificat de fusion et de lettres patentes datés tous les deux du 31 décembre 1990, la Sovereign Life Insurance Company et la Pioneer Life Assurance Company ont fusionné et sont devenues la Sovereign.

[7] Le Bureau a notamment pour mandat de surveiller les opérations de compagnies comme la Sovereign pour détecter tout problème de solvabilité, de liquidité ou d'observation de la Loi.

[8] Le Bureau a commencé à surveiller de plus près les activités de la Sovereign à compter du printemps 1991. Dans une longue note de service qu'il a envoyée au ministre le 18 novembre 1992 et dans laquelle il recommandait à ce dernier de donner l'ordre à l'origine du présent appel, le surintendant a relaté les faits survenus depuis le printemps 1991.

[9] Le Bureau a effectué au printemps 1991 une inspection sur place de la Sovereign, inspection au cours de laquelle:

[TRADUCTION] . . . des conseillers en crédit engagés par le Bureau ont procédé pour la première fois à un examen détaillé des dossiers de crédit. Cet examen a révélé l'existence de graves problèmes relativement au portefeuille de prêts et au portefeuille immobilier de la Sovereign. Nous avons par ailleurs confirmé que le caractère hautement risqué du portefeuille n'était pas reconnu dans la comptabilité de la compagnie.

Le Bureau a recommandé à la Sovereign d'ajouter des provisions pour pertes dans son portefeuille de prêts et dans son portefeuille immobilier. Par suite du rajustement recommandé, les capitaux propres et l'excédent de la Sovereign représentaient moins que le ratio minimal de cinq pour cent exigé par le Bureau qui devait exister entre, d'une part, les capitaux et l'excé-

[10] Interim financial statements filed monthly by Sovereign with OSFI led OSFI to believe by August of 1991 that Sovereign's asset situation was deteriorating quickly. By September, OSFI reached the conclusion that Sovereign's capital position was critical because the problems with its loan and real estate portfolio had virtually wiped out its margin of free capital and surplus.

[11] The owner of Sovereign through a number of other companies, advised that he did not have the resources to make a capital injection to Sovereign but asked OSFI to reconsider regulatory action on the basis that he had decided to sell all or part of Sovereign so that a new owner could inject additional capital into the operation. He anticipated that a sale could be arranged by the end of 1991. On the basis of this proposal, OSFI held off taking regulatory action. The owner's efforts to sell all or part of Sovereign through to June of 1992 were unsuccessful.

[12] OSFI required Sovereign's external auditor to perform an extended audit as of the end of 1991. The extended audit was not completed to the satisfaction of OSFI by the middle of 1992.

[13] In early July 1992, debenture holders of Sovereign's parent company realized on their security by arranging for the acquisition of Sovereign's common shares by a third party nominee on behalf of the debenture holders. In the result, the ultimate owner of Sovereign ceased to be an officer and a director of Sovereign. The debenture holders themselves were unsuccessful in attempting to sell Sovereign. Further, the debenture holders were unsuccessful in their efforts to obtain a significant injection of capital from other sources. In the result, given OSFI's view of what it considered to be "the critical level of the

dent non affecté et, d'autre part, le passif et l'excédent affecté.

[10] Les rapports financiers périodiques que la Sovereign soumettait chaque mois au Bureau ont amené celui-ci à penser, au mois d'août 1991, que la situation de l'actif de la Sovereign se détériorait rapidement. En septembre, le Bureau en est arrivé à la conclusion que la situation du compte capital de la Sovereign était critique parce que les problèmes qu'elle avait avec ses portefeuilles de prêts et d'immeubles avaient pratiquement anéanti sa marge de capital liquide et d'excédent.

[11] Le propriétaire de la Sovereign a, par l'intermédiaire de quelques autres compagnies, informé le Bureau qu'il ne disposait pas des ressources nécessaires pour injecter des capitaux dans la Sovereign. Il a toutefois demandé au Bureau de reconsidérer la prise de mesures réglementaires au motif qu'il avait décidé de vendre la Sovereign en tout ou en partie pour qu'un nouveau propriétaire puisse injecter des capitaux supplémentaires dans l'entreprise. Il prévoyait qu'une vente pouvait être conclue avant la fin de 1991. Sur le fondement de cette proposition, le Bureau a reporté la prise de mesures réglementaires. Les démarches entreprises par le propriétaire jusqu'en juin 1992 pour vendre la Sovereign en tout ou en partie n'ont pas abouti.

[12] Le Bureau a demandé au vérificateur externe de la Sovereign de procéder à une vérification approfondie à la fin de 1991. Au milieu de 1992, le Bureau s'est déclaré insatisfait de cette vérification.

[13] Au début de juillet 1992, les porteurs de débetures de la société mère de la Sovereign ont réalisé leur sûreté en prenant des dispositions pour acquérir les actions ordinaires de la Sovereign par l'intermédiaire d'un tiers, de sorte que le véritable propriétaire de la Sovereign n'était plus l'un de ses administrateurs ou dirigeants. Les démarches faites par les porteurs de débetures eux-mêmes pour vendre la Sovereign n'ont pas réussi, pas plus que celles qu'ils ont faites pour obtenir une injection importante de capitaux d'autres sources. En conséquence, compte tenu de son opinion au sujet de ce qu'il estimait être [TRADUCTION] «le

company's capital position and its ongoing monthly losses" OSFI advised the debenture holders that it could not allow the situation to continue beyond 15 October 1992 unless the debenture holders were prepared to inject capital on a monthly basis equal in amount to Sovereign's monthly loss.

[14] OSFI officials met with the Board of Sovereign on 30 October 1992. At the request of counsel for Sovereign, OSFI officials attended a series of meetings with Sovereign's actuarial and financial advisors and its directors on the 9th and 10th of November. OSFI's officials were presented with a report by Sovereign's appointed actuary. OSFI officials regarded the information provided by the appointed actuary as incomplete. The appointed actuary acknowledged that the necessary support for the assumptions on which his report was based was not documented and indicated that it would take at least a further month and likely longer to produce the documentation. OSFI's actuaries also concluded that certain assumptions of the appointed actuary were not appropriate to Sovereign's circumstances. OSFI concluded that the proposals presented would not resolve Sovereign's real problems, but rather would actually worsen Sovereign's earnings problems for the future. OSFI advised Sovereign's Board of Directors of its conclusions.

[15] Further efforts to secure additional funding for Sovereign proved unsuccessful.

[16] In his report, the Superintendent advised the Minister that the Canadian Life and Health Insurance Compensation Corporation (CompCorp) had "been kept up to date on the Sovereign's situation". CompCorp is a federally incorporated private company established to administer the life and health insurance industry's consumer protection plan which was introduced in 1990.

niveau critique de la situation du compte capital de la compagnie et de ses pertes mensuelles constantes», le Bureau a informé les porteurs de débetures qu'il ne pouvait laisser la situation se détériorer au-delà du 15 octobre 1992, à moins que les porteurs de débetures ne soient disposés à injecter chaque mois des capitaux d'un montant égal aux pertes mensuelles de la Sovereign.

[14] Des fonctionnaires du Bureau ont rencontré le conseil d'administration de la Sovereign le 30 octobre 1992. À la demande de l'avocat de la Sovereign, les fonctionnaires du Bureau ont participé à une série de rencontres avec les conseillers actuariels et financiers de la Sovereign et avec ses administrateurs les 9 et 10 novembre. L'actuaire dont les services avaient été retenus par la Sovereign a soumis un rapport aux fonctionnaires du Bureau. Les fonctionnaires du Bureau ont jugé incomplets les renseignements fournis par l'actuaire. Celui-ci a reconnu que les hypothèses sur lesquelles son rapport était fondé n'étaient pas vérifiées et il a précisé qu'il lui faudrait au moins un mois, et probablement plus longtemps, pour produire des documents à l'appui. Les actuaires du Bureau ont également conclu que certaines des hypothèses formulées par l'actuaire de la Sovereign ne s'appliquaient pas à la situation de la Sovereign. Le Bureau a conclu que les propositions soumises ne permettraient pas de résoudre les véritables problèmes de la Sovereign, mais qu'elles empireraient plutôt ses problèmes de revenus à long terme. Le Bureau a informé le conseil d'administration de la Sovereign de ses conclusions.

[15] Les autres démarches qui ont été faites en vue d'obtenir un financement supplémentaire pour la Sovereign ont échoué.

[16] Dans son rapport, le surintendant informait le ministre que la Canadian Life and Health Insurance Compensation Corporation (la CompCorp) avait [TRADUCTION] «été mise au courant au fur et à mesure de l'évolution de la situation de la Sovereign». La CompCorp est une compagnie privée de régime fédéral qui a été constituée dans le but d'administrer le régime de protection des consommateurs en matière d'assurance-vie et d'assurance-maladie qui a été créé en 1990.

[17] As indicated earlier, the foregoing summary of events from the spring of 1991 is abstracted from a report by the Superintendent to the Minister dated 18 November 1992. A copy of that report was provided to Sovereign on the same date. The report concluded with the following recommendations:

It is the recommendation of the Superintendent of Financial Institutions that the Minister:

- require the Superintendent to make the order approving the commencement and carrying on of business by the company subject to the limitation of servicing existing policies only, that is not having the power to issue new policies,
- direct the Superintendent to take control of the company and, once this action has been taken,
- request that the Attorney General of Canada apply to a court for an order to wind up the company under the *Winding-up Act*.

The first two recommendations were based on the authority of the Minister under subsection 680(2) of the Act. The third recommendation is based on the authority of the Minister under section 684 of the Act. The Superintendent advised the Minister of his obligation under subsection 680(2) of the Act to provide Sovereign a reasonable opportunity to make representations with respect to the recommendations.

[18] That Sovereign was critically interested in any report that the Superintendent might make to the Minister, is reflected in the following extract from a letter dated 3 November 1992 from counsel for Sovereign to the Superintendent.

Since your discussion with the board [of Sovereign], management of Sovereign has undertaken a careful review of the facts and information available to it. In view of the critical importance of determining the accuracy of the financial information upon which you may be acting and Sovereign's wish to fully explain its position to you and the Minister, I would ask that you not take any action under Section 679 as such action would have a devastating impact upon Sovereign and would, for all practical purposes, impair if not remove any meaningful or effective opportunity to make a case before the Minister. Of fundamental importance is the correctness of the assumptions used in connection with the preparation of the financial statements for the

[17] Ainsi qu'il a déjà été précisé, le résumé précédent des événements qui se sont déroulés à partir du printemps 1991 est extrait du rapport en date du 18 novembre 1992 que le surintendant a soumis au ministre. Un exemplaire de ce rapport a été fourni à la Sovereign le même jour. Le rapport se termine par les recommandations suivantes:

[TRADUCTION] Le surintendant des institutions financières recommande au ministre:

- de lui demander de délivrer à la compagnie une ordonnance d'agrément limitée aux services relatifs aux polices existantes, c'est-à-dire une ordonnance interdisant à la compagnie d'émettre de nouvelles polices;
- de lui enjoindre de prendre le contrôle de la compagnie et, une fois que cette mesure est prise:
- de demander au procureur général du Canada de requérir le tribunal de rendre à l'égard de la compagnie une ordonnance de liquidation sous le régime de la *Loi sur les liquidations*.

Les deux premières recommandations étaient fondées sur les pouvoirs que le paragraphe 680(2) de la Loi confère au ministre. La troisième recommandation était fondée sur les pouvoirs que le ministre possède en vertu de l'article 684 de la Loi. Le surintendant a informé le ministre qu'il était tenu, aux termes du paragraphe 680(2) de la Loi, d'accorder à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations au sujet des recommandations.

[18] Il ressort de l'extrait suivant de la lettre du 3 novembre 1992 que l'avocat de la Sovereign a écrite au surintendant que la Sovereign était vivement intéressée par tout rapport que le surintendant pouvait soumettre au ministre:

[TRADUCTION] Depuis nos discussions avec le conseil d'administration [de la Sovereign], la direction de la Sovereign a entrepris un examen attentif des faits et des renseignements dont elle dispose. Comme la vérification de l'exactitude des renseignements financiers sur lesquels vous pouvez vous fonder pour prendre une mesure agit revêt une importance capitale et que la Sovereign désire expliquer à fond sa position à vous et au ministre, je vous demande de ne prendre aucune des mesures prévues à l'article 679, étant donné que la prise de telles mesures aurait des conséquences dévastatrices sur la Sovereign et l'empêcherait à toutes fins utiles de faire véritablement valoir son point de vue devant le ministre, ou du moins limiterait considérablement ses

Company. We are attaching a letter from Ken Clark, Actuary, on this point. It is crucial to your views of this Company to understand this issue. Based on Mr. Clark's views, the Company's ability to withstand asset impairment has for some time been substantially better than had been supposed—to the tune of at least \$40,000,000.

I would now like to address your proposed action under Section 680. From the statements made at last Friday's meeting, there would appear to be a genuine difference of opinions with respect to the financial condition and future financial prospects of the Company. For example, you appear to be particularly concerned that there has been an increase in the redemption rate of existing policies and that asset impairment is continuing to worsen. Management, however, is of the view that there has been no significant adverse change in either area in recent weeks that would warrant the type of action that you are now contemplating. In fact, there is some evidence that stabilization has recently occurred. In some respects you appear to be acting upon information obtained from competitors or potential purchasers of Sovereign. Sovereign has not been given an opportunity to respond to that information.

Both the directors and management were extremely surprised that they were not provided with any prior indication of the course of action that you announced at the meeting last Friday. No information was conveyed to Sovereign prior to the meeting about the agenda of the meeting or the financial information presented by you to the meeting. Consequently, neither the directors nor management were in a position to respond to your conclusions as to the financial condition of the Company and your proposed course of action.

The Company therefore requests that a meeting be held as soon as possible. We suggest Monday next (November 9, 1992) to:

- a) specifically respond to various matters you addressed last Friday as the reasons for your proposed course of action; and
- b) review in detail with the Company's advisors the basis for your assessment of the Company's assets and its financial condition so as to fully understand the difference between your views and those of the Company, consulting actuary, Ken Clark and Deloitte & Touche. In making this request we wish to provide a meaningful and constructive response to your concerns and to insure that you have accurate information upon which to base your decision. Understanding these differences will also assist the board which, as you know, includes eminent Cana-

possibilités de le faire. La justesse des hypothèses sur lesquelles reposent les états financiers de la compagnie revêt une importance fondamentale. À cet égard, vous trouverez ci-joint une lettre de l'actuaire Ken Clark. Il est crucial que vous compreniez cette question avant de vous former une opinion au sujet de la présente compagnie. De l'avis de M. Clark, la capacité de la compagnie de faire face à toute insuffisance d'actif est depuis un certain temps bien meilleure que ce qu'on avait supposé, à hauteur d'au moins 40 000 000 \$.

J'aimerais maintenant aborder la question des mesures que vous projetez de prendre en vertu de l'article 680. Il ressort des déclarations qui ont été faites lors de la rencontre de vendredi dernier qu'il existe une véritable divergence d'opinions au sujet de la situation financière et des perspectives d'avenir de la compagnie. Ainsi, vous semblez être particulièrement préoccupé par le fait que le taux de rachat des polices en cours de validité a augmenté et que l'insuffisance de l'actif continue à empirer. La direction estime toutefois qu'il ne s'est produit à cet égard au cours des dernières semaines aucun changement négatif qui justifierait le genre de mesure que vous envisagez de prendre. De fait, certains éléments permettent plutôt de croire que la situation s'est récemment stabilisée. À certains égards, vous semblez agir sur la foi de renseignements obtenus de concurrents ou d'acheteurs éventuels de la Sovereign. La Sovereign n'a pas eu la possibilité de répondre à ces renseignements.

Les administrateurs et les dirigeants sont fort étonnés de ne pas avoir été informés au préalable des mesures que vous avez annoncées lors de la rencontre de vendredi dernier. La Sovereign n'a pas été informée, avant la tenue de la réunion, de l'ordre du jour de celle-ci ou des renseignements financiers que vous avez présentés lors de cette réunion. En conséquence, ni les administrateurs ni les dirigeants n'étaient en mesure de répondre à vos conclusions au sujet de la situation financière de la compagnie et des mesures que vous vous proposez de prendre.

La compagnie demande donc la tenue d'une rencontre dans les plus brefs délais. Nous suggérons lundi prochain (9 novembre 1992). Cette rencontre servira:

- a) à répondre précisément aux diverses questions que vous avez soulevées vendredi dernier et des raisons justifiant les mesures que vous vous proposez de prendre;
- b) à examiner en détail avec les conseillers de la compagnie les éléments sur lesquels repose votre évaluation de l'actif et de la situation financière de la compagnie pour mieux comprendre la divergence d'opinions qui existe entre vous et la compagnie, l'actuaire conseil, Ken Clark et Deloitte & Touche. En formulant cette demande, nous désirons répondre de façon sérieuse et constructive à vos préoccupations et nous assurer que vous possédez des renseignements exacts qui vous permettent de prendre votre décision. La compréhension de ces divergences

dians to conclude what course of action is in the best interest of the Company and its policyholders at this time.

It is absolutely fundamental to fairness that Sovereign be given the full reasons for the Superintendent's actions and a full understanding of the financial information upon which the Superintendent is acting. In view of the drastic consequences of the Superintendent's actions, a refusal to provide the information and documentation upon which the Superintendent may be acting would amount to a breach of the rules of fairness: . . . it is the desire of Sovereign to insure that the Superintendent is acting upon correct information. Only by fully understanding that information can Sovereign meaningfully ensure that the information which the Superintendent is acting upon is fair and accurate. [Citations omitted.]

[19] On 30 November 1992 representatives of Sovereign, together with a range of advisors, met with the Minister of State (Finance and Privatization) to review the memorandum from OSFI to the Minister of Finance dated the 18th of November 1992. A written brief was presented, supported by a slide presentation. A verbatim transcript of the meeting which lasted 1 1/2 hours was prepared. The Minister of State opened the meeting with a statement which included the following:

Pursuant to section 680 of the Insurance Act, Sovereign Life Insurance Company has the right to make representations respecting this matter and I am pleased that you're here today for this purpose. The Minister of Finance has asked me to hear your representations and then report back to him respecting this matter and what transpires today. I should make it clear that it will be the Minister of Finance, after consideration of the matter, who will be making the decision.

[20] The following is taken from the report and representations of Sovereign that was presented at the meeting:

Over the past several months, Sovereign Life has assembled a group of leading industry experts and other external professionals to help determine and verify the Company's true financial situation That exercise has generated important information of great relevance to the future of the Company and therefore, we submit, of great relevance to the Minister.

aidera également le Bureau—qui, comme vous le savez, compte en son sein d'éminents Canadiens—à décider quelle est la meilleure ligne de conduite à suivre à ce moment-ci dans l'intérêt de la compagnie et de ses souscripteurs.

En toute justice, il est absolument fondamental que la Sovereign soit mise au courant de toutes les raisons justifiant les mesures prises par le surintendant et qu'elle comprenne bien les renseignements financiers sur lesquels le surintendant se fonde pour agir. Compte tenu des graves conséquences que les mesures prises par le surintendant sont susceptibles d'avoir sur elle, le refus de lui communiquer les renseignements et les documents sur lesquels le surintendant peut se fonder équivaldrait à un manquement aux principes d'équité . . . La Sovereign doit s'assurer que le surintendant se fonde sur des renseignements exacts. Ce n'est qu'en comprenant parfaitement ces renseignements que la Sovereign peut s'assurer que les renseignements sur lesquels le surintendant se fonde pour agir sont justes et exacts. [Renvois omis.]

[19] Le 30 novembre 1992, des représentants de la Sovereign ont, en compagnie d'un groupe de conseillers, rencontré le ministre d'État (aux Finances et à la Privatisation) pour examiner une note de service envoyée le 18 novembre 1992 au ministre des Finances par le Bureau. Un mémoire a été présenté et des diapositives ont été projetées. Le procès-verbal de la rencontre, qui a duré une heure et demi, a été dressé. Le ministre d'État a ouvert la rencontre par une déclaration dont voici un extrait:

[TRADUCTION] En vertu de l'article 680 de la Loi sur les assurances, la Sovereign Life Insurance Company a le droit de présenter des observations sur cette question et je suis heureux que vous soyez ici aujourd'hui. Le ministre des Finances m'a demandé d'entendre vos observations et de lui faire ensuite rapport au sujet de la présente affaire et de ce qui s'est passé aujourd'hui. Je tiens à préciser que c'est le ministre des Finances qui, après avoir examiné l'affaire, prendra la décision.

[20] Voici un extrait du rapport et des observations que la Sovereign a présentés lors de cette rencontre:

[TRADUCTION] Au cours des derniers mois, la Sovereign Life a réuni un groupe d'experts de l'industrie et d'autres professionnels de l'extérieur pour l'aider à déterminer et à vérifier la véritable situation financière de la compagnie . . . Ces démarches ont permis de recueillir d'importants renseignements qui ont directement rapport à l'avenir de la compagnie et qui sont, à notre humble avis, très pertinents pour le ministre.

The core of this information is embodied in a Report of the Appointed Actuary to the Board of Directors of The Sovereign Life Insurance Company, dated November 9th, 1992 and supplemented on November 11th, 1992 (the "Clark Report")

. . .

Stated briefly, Mr. Clark has given his professional opinion that:

- the financial position and expected financial condition of Sovereign Life are materially better than suggested by OSFI;
- the Company was solvent at the end of 1991 and will continue to be solvent at the end of 1992;
- the Company meets and, indeed, exceeds OSFI's "Minimum Continuing Capital and Surplus Requirements" as at the end of both 1991 and 1992;
- the Company is in no immediate danger as long as it is in the meantime perceived and managed as a going concern; and
- the Company needs additional capital, and additional capital even of a moderate amount would allay public concern about the Company's viability.

This description of Sovereign Life stands out in stark contrast against the bleak and negative picture painted by OSFI.

[21] The Sovereign report and representations concludes in part in the following terms:

We believe that the OSFI conclusions are answered as follows:

- the Company has sufficient capital to meet the claims of its policyholders;
- but for non-recurring items the Company's losses for 1992 should be negligible, there is no evidence of negative cash flows and a turnaround is in sight with a return to profitability in 1993;
- the Company's assets allow for a modest profit in the near term, and more significant profits as the economy recovers;
- the restatement of actuarial reserves proposed by Mr. Clark are necessary as the reserves would otherwise be inappropriate; as a result of such restatement, the Company is in substantially better financial condition that [sic] was thought; and

L'essentiel de ces renseignements se trouve dans le rapport que l'actuaire a remis au conseil d'administration de la Sovereign Life Insurance Company le 9 novembre 1992, et dans le supplément du 11 novembre 1992 (le rapport Clark) . . .

. . .

En bref, M. Clark a donné son opinion professionnelle en se disant d'avis que:

- la situation financière actuelle et prévue de la Sovereign Life est bien meilleure que ce que prétend le Bureau;
- la compagnie était solvable à la fin de 1991 et continuera de l'être à la fin de 1992;
- la compagnie satisfait—et, à vrai dire, dépasse—les [TRADUCTION] «exigences minimales en matière de capitaux propres et d'excédent» du Bureau tant à la fin de 1991 qu'à la fin de 1992;
- la compagnie ne court aucun danger immédiat à condition qu'elle soit perçue et administrée dans l'intervalle comme une entreprise active;
- la compagnie a besoin de capitaux supplémentaires, et l'injonction de capitaux supplémentaires mêmes minimaux dissiperait les inquiétudes du public au sujet de la viabilité de la compagnie.

Cette description de la Sovereign Life offre un contraste marqué avec le portrait sombre et négatif dépeint par le Bureau.

[21] Voici un extrait des conclusions du rapport et des observations de la Sovereign:

Voici, selon nous, les réponses aux conclusions du Bureau:

- la compagnie dispose de capitaux suffisants pour répondre aux demandes d'indemnité de ses souscripteurs;
- exception faite de montants exceptionnels hors exploitation, les pertes de la compagnie pour 1992 devraient être négligeables, rien ne permet de penser que la marge brute d'autofinancement est négative et une reprise est à l'horizon et un retour à la rentabilité est prévu pour 1993;
- les actifs de la compagnie lui permettront de réaliser prochainement de modestes bénéfices et de réaliser des bénéfices plus importants avec la reprise économique;
- la rectification des réserves actuarielles proposée par M. Clark est nécessaire, étant donné qu'autrement, les réserves seraient inexactes; par suite de cette rectification, la compagnie se trouve dans une situation financière bien meilleure que ce que l'on croyait;

— with the new financial information available, there are reasonable possibilities of finding an investor.

— grâce aux nouveaux renseignements financiers qui ont été communiqués, les chances de trouver un investisseur sont bonnes.

...

In the circumstances we would strongly recommend that the Minister not take the action requested by OSFI and that the Company should be permitted to continue in business without restriction. Naturally, we would understand that this decision is subject to review at any time and we would undertake to immediately report any material adverse change in the circumstances of the Company. In view of the extraordinary strain placed on the personnel of the Company over the past several months we would also ask that barring any unusual circumstances no further action be taken in respect of the Company at least until the audited 1992 financial statements are available at the end of February 1993.

Dans ces conditions, nous recommandons fortement que le ministre ne prenne pas la mesure demandée par le Bureau et que la compagnie soit autorisée à poursuivre ses activités sans restrictions. Naturellement, nous comprendrions que cette décision puisse être révisée en tout temps, auquel cas nous rendrions sans délai compte de tout changement négatif survenu dans la situation de la compagnie. Compte tenu de la pression extraordinaire qui a été exercée sur le personnel de la compagnie au cours des derniers mois, nous demandons également que, à moins de circonstances exceptionnelles, aucune autre mesure ne soit prise à l'égard de la compagnie tant que les états financiers vérifiés de 1992 ne seront pas publiés à la fin de février 1993.

[22] Toward the end of the meeting on November 30, at the request of the Minister of State, the Superintendent, Mr. Mackenzie, commented and had the following exchange with Mr. Clark:

[22] Vers la fin de la rencontre du 30 novembre, à la demande du ministre d'État, le surintendant, M. Mackenzie, a formulé les commentaires suivants et a eu l'échange suivant avec M. Clark:

MR. MACKENZIE: Minister, first of all I should make it abundantly clear to you that to write the memorandum that we did some weeks ago was done by us, contrary to the impression given here this morning, with extraordinary reluctance. There is no question, we do not desire to sink a company that is solvent. That's the last thing on earth we want to do. Secondly, that this situation as you know has been going on for some time and the activities to search out a new buyer have been going for some time and the buyers identified here, potential buyers, are very sophisticated people armed with their own competent actuaries as well as other personnel. Thirdly, I guess the only real new information that we have as of a result of this morning is that Mr. Clark has moved from a provisional opinion to a concrete definitive opinion.

[TRADUCTION] M. MACKENZIE: Monsieur le Ministre, en premier lieu, je tiens à préciser que, contrairement à l'impression qui a été donnée ici ce matin, c'est avec beaucoup de réticence que nous avons écrit la note de service que nous avons envoyée il y a quelques semaines. Nous ne voulons absolument pas ruiner une compagnie qui est solvable. C'est la dernière chose au monde que nous voulons faire. Deuxièmement, nous tenons à préciser que, comme vous le savez, cette situation dure depuis un certain temps, que des démarches ont été entreprises depuis un certain temps pour trouver un nouvel acheteur et que les acheteurs éventuels qui ont été trouvés sont des personnes très compétentes qui possèdent leurs propres actuaires compétents et d'autres employés. Troisièmement, je crois que le seul renseignement vraiment nouveau que nous avons obtenu à la suite de la rencontre de ce matin est que M. Clark a donné une opinion concrète et définitive et non plus une opinion provisoire.

MR. CLARKE: Oh, let me interrupt, please. That's not the case. I think I used the word provisional. I used the word provisional because we need better quality information for me to give a definitive opinion. The word provisional is in my report and I used the word provisional in my oral presentation today.

M. CLARKE: Permettez-moi de vous interrompre. Ce n'est pas le cas. Je crois que j'ai employé le terme «provisoire». J'ai employé le mot «provisoire» parce que nous avons besoin de renseignements de meilleure qualité pour que je puisse donner une opinion définitive. Le terme «provisoire» se trouve dans mon rapport et j'ai employé le terme «provisoire» dans mon exposé oral aujourd'hui.

...

MR. MACKENZIE: Well, finally, Mr. Minister . . . I'm just reflecting on that last statement. I have not at the moment, based on what I've heard this morning, been persuaded to change my view. I have heard nothing that is a surprise to

M. MACKENZIE: Eh bien, finalement, Monsieur le Ministre . . . Je réfléchis à cette dernière affirmation. Pour le moment, on ne m'a pas convaincu de changer d'avis, compte tenu de ce que j'ai entendu ce matin. Je n'ai rien

me in that sense. I mean I obviously owe it to the situation, that we've been given a substantial amount of information here, that we will promptly review this information and get back to you [the Minister of State] tomorrow to confirm or not our conclusion as stated.

The Minister of State thanked those attending and concluded:

I will be reporting to the Minister of Finance what transpired today and he will be making a decision regarding this in the near future and we'll so inform you.

[23] The Superintendent reported to the Minister on 1 December 1992. He wrote:

I note that Mr. Clark on being questioned on the point, confirmed that the Report of the Appointed Actuary mentioned above, on which much emphasis was placed in the representations, set out his provisional conclusions; these did not constitute a signed actuarial opinion.

The company's representatives requested that the Minister delay his decision to allow more time for them to complete the actuarial analysis and produce audited financial statements as at December 31, 1992. Completion of these financial statements would take at least until the end of February 1993.

I understood the representatives' rationale for the request to be their belief that neither they nor our Office had sufficient, accurate information to make such important decisions at this time. I disagree with the contention and am satisfied that my report of November 18 presents a reasonable and accurate estimation of the company's financial situation. I do not believe that additional time will result in our differences regarding the company's current financial situation being resolved in favour of the position of the company's representatives.

In the result, the Superintendent concluded:

In the absence of a reasonable business plan that includes a substantial capital input to the company, I reiterate the conclusion presented in my report of November 18, 1992, that the interests of all policyholders will be best served by liquidating the company under the Winding-up Act, using a scheme of proportional reinsurance.

I therefore recommend that you not accede to the company's request to delay your decision.

entendu de nouveau. Compte tenu du fait que nous avons reçu beaucoup de renseignements, nous devons examiner ces renseignements rapidement et vous [le ministre d'État] faire savoir demain si nous confirmons ou non notre conclusion.

Le ministre d'État a remercié les personnes présentes et a conclu en disant:

[TRADUCTION] Je ferai rapport au ministre des Finances au sujet de ce qui s'est passé aujourd'hui et il prendra prochainement une décision à ce sujet. Nous vous tiendrons au courant.

[23] Le surintendant a fait rapport au ministre le 1^{er} décembre 1992 dans la lettre suivante:

[TRADUCTION] Je constate qu'interrogé sur le sujet, M. Clark a confirmé que, dans son rapport susmentionné auquel on a accordé beaucoup d'importance lors de la présentation des observations, l'actuaire désigné a formulé ses conclusions provisoires. Ces conclusions ne constituaient pas une opinion actuarielle signée.

Les représentants de la compagnie ont demandé au ministre de reporter à plus tard sa décision pour leur accorder plus de temps pour procéder à l'analyse actuarielle et pour produire les états financiers vérifiés au 31 décembre 1992. Il faudra attendre au moins jusqu'à la fin de février 1993 pour connaître ces états financiers.

Si j'ai bien compris, la raison pour laquelle les représentants ont formulé cette demande était qu'ils croyaient que ni vous ni votre Bureau n'aviez de renseignements exacts leur permettant de prendre une décision aussi importante à ce moment-là. Je ne suis pas d'accord avec cette affirmation et je suis convaincu que mon rapport du 18 novembre constitue une estimation raisonnable et fidèle de la situation financière de la compagnie. Je ne crois pas que le fait que nos divergences d'opinion au sujet de la situation financière actuelle de la compagnie seraient résolues en faveur de la position des représentants de la compagnie créerait des délais supplémentaires.

Le directeur a en conséquence conclu:

[TRADUCTION] Faute de plan d'entreprise raisonnable prévoyant un apport de capitaux important dans la compagnie, je réitère la conclusion que j'ai formulée dans mon rapport du 18 novembre 1992 et suivant laquelle l'intérêt de tous les souscripteurs sera mieux servi si la compagnie est liquidée sous le régime de la Loi sur les liquidations en recourant à un mécanisme de réassurance proportionnelle.

Je recommande donc que vous n'accédiez pas à la demande par laquelle la compagnie vous prie de reporter votre décision.

[24] A copy of this report was apparently provided to Sovereign and Sovereign replied to the Minister on 6 December 1992.

[25] On 7 December 1992 the Chairman of the Steering Committee of the lenders to Sovereign Financial Corporation, the parent of Sovereign, wrote to the Minister. He concluded:

We would therefore submit that it is in the best interests of the policyholders and the shareholders of Sovereign Life, and the Canadian life insurance industry generally, that a decision be made as expeditiously as possible to reject the recommendations made by the Superintendent in the November 18 report.

[26] On December 9 the Minister of State wrote to the Superintendent posing questions arising out of the Superintendent's memorandum to the Minister of November 18, the meeting of November 30 and the Superintendent's further memo of December 1. The Superintendent responded to the questions on December 10. Sovereign was apparently copied on this exchange and itself replied to the Minister of State.

[27] On 14 December 1992, the President of CompCorp wrote to the Minister of Finance. His letter stated in part:

We have been aware for some time now of the financial difficulties being experienced by Sovereign Life, and I am now writing to express our support for the recommendation of the Superintendent of Financial Institutions that he be instructed to take control of Sovereign Life, and that a wind-up order be sought forthwith.

The Superintendent has kept CompCorp fully informed of the situation over the past several months. We believe he has acted appropriately in the circumstances and has explored every possible alternative solution.

If the company is in fact currently viable, as is claimed in the recent Eckler report, we would have expected the current owners to inject capital at least sufficient to meet the current operating losses, as a way of buying time for a favourable work-out of the difficulties. In the circumstances, we and our advisors believe it is unlikely that any other source of capital will be found.

The letter concluded:

[24] Un exemplaire de ce rapport aurait été fourni à la Sovereign, qui a répondu au ministre le 6 décembre 1992.

[25] Le 7 décembre 1992, le président du comité d'orientation des bailleurs de fonds de la Sovereign Financial Corporation, la société mère de la Sovereign, a écrit au ministre. Il a conclu sa lettre en écrivant:

[TRADUCTION] Nous estimons par conséquent qu'il est dans l'intérêt des souscripteurs et des actionnaires de la Sovereign Life et de l'industrie canadienne de l'assurance-vie en général qu'une décision soit prise aussi rapidement que possible pour rejeter les recommandations faites par le surintendant dans son rapport du 18 novembre.

[26] Le 9 décembre, le ministre d'État a écrit au surintendant pour lui poser des questions au sujet de la note de service adressée le 18 novembre par le surintendant au ministre, de la rencontre du 30 novembre et de la seconde note de service du 1^{er} décembre rédigée par le surintendant. Le surintendant a répondu à ces questions le 10 décembre. La Sovereign a vraisemblablement reçu une copie de cet échange et a elle-même répondu au ministre d'État.

[27] Le 14 décembre 1992, le président de la CompCorp a écrit au ministre des Finances. Voici un extrait de sa lettre:

[TRADUCTION] Nous sommes au courant depuis un certain temps des difficultés financières qu'éprouve la Sovereign Life. Par la présente, nous désirons vous faire savoir que nous appuyons la recommandation par laquelle le surintendant des institutions financières demande au ministre de lui donner l'ordre de prendre le contrôle de la Sovereign Life et de requérir sans délai une ordonnance de liquidation.

Le surintendant a tenu la CompCorp pleinement au courant de la situation au cours des derniers mois. Nous estimons qu'il a agi correctement dans les circonstances et qu'il a examiné toutes les solutions de rechange possible.

Si la compagnie est effectivement viable en ce moment comme le prétend le récent rapport Eckler, nous nous serions attendus à ce que les propriétaires actuels injectent à tout le moins assez de capitaux pour éponger les pertes d'exploitation actuelles, pour gagner du temps en attendant un dénouement heureux à ces problèmes. Dans ces conditions, nos conseillers et nous-mêmes estimons qu'il est peu probable que l'on trouve d'autres sources de capitaux.

La lettre se terminait comme suit:

. . . we urge that you act promptly to accept the recommendation of the Superintendent. We believe that any further delay in winding up Sovereign's operations will simply exacerbate an already difficult and costly situation.

[28] On 17 December 1992, the Minister of State reported to the Minister of Finance in writing. He concluded by supporting the recommendations contained in the Superintendent's memorandum of 18 November 1992.

[29] In the result, on 21 December 1992, the Minister issued the direction to the Superintendent that is here under appeal. There was no evidence before me that Sovereign was provided an opportunity to reply, either to the CompCorp letter, or to the report of the Minister of State.

EVIDENCE PURPORTING TO DEMONSTRATE THAT THE MINISTER DID NOT MAKE THE DECISION UNDER APPEAL

[30] By order dated the 11th of December 1996, I added to the appeal case in this matter two affidavits, one sworn by Wendy Harvey on 31 December 1992 and the other sworn by Brock Ketcham dated 20 January 1994.

[31] Ms. Harvey attested that she was a receptionist for Sovereign. On 21 December 1992, she noted the Minister on television indicating that Sovereign was in deep financial difficulty with no prospective purchaser at hand. She regarded this as a misconception on the part of the Minister and, that same evening, attempted to reach him by telephone at his home. She was unsuccessful on her first call. On the second attempt, she reached the Minister. She expressed her views to the Minister that Sovereign was not in deep financial difficulty. She attested:

Mr. Mazankowski's [the Minister's] reaction to these statements was that he was not familiar with the actual financial condition of the Company and that he made his decision based on the recommendation of the Superintendent of Financial Institutions, Mr. Michael Mackenzie. Mr. Mazankowski went on to state that under the law he was obligated to act on the recommendation of the Superintendent.

[TRADUCTION] . . . nous vous prions d'agir rapidement et d'accepter la recommandation du surintendant. Nous croyons que plus tout autre retard en ce qui concerne la liquidation de la Sovereign ne fera qu'empirer une situation déjà difficile et onéreuse.

[28] Le 17 décembre 1992, le ministre d'État a fait rapport par écrit au ministre des Finances. Il a conclu en appuyant les recommandations contenues dans la note de service du 18 novembre 1992 du surintendant.

[29] En conséquence, le 21 décembre 1992, le ministre a donné au surintendant l'ordre qui est en litige dans le présent appel. On ne m'a soumis aucun élément de preuve permettant de conclure que la Sovereign a eu l'occasion de répondre à la lettre de la CompCorp ou au rapport du ministre d'État.

ÉLÉMENTS DE PREUVE TENDANT À DÉMONSTRER QUE LE MINISTRE N'A PAS PRIS LA DÉCISION FRAPPÉE D'APPEL

[30] Aux termes de l'ordonnance que j'ai prononcée le 11 décembre 1996, j'ai autorisé le dépôt de deux affidavits au dossier d'appel de la présente affaire. Le premier affidavit a été souscrit le 31 décembre 1992 par Wendy Harvey et le second a été souscrit le 20 janvier 1994 par Brock Ketcham.

[31] M^{me} Harvey affirme qu'elle était réceptionniste à la Sovereign. Le 21 décembre 1992, elle a vu à la télévision le ministre, qui déclarait que la Sovereign éprouvait de sérieuses difficultés financières et qu'aucun acheteur éventuel n'était en vue. Elle a cru que le ministre se trompait et, le même soir, elle a essayé de le joindre au téléphone chez lui. Sa première tentative a échoué. La seconde fois, elle a réussi à parler au ministre. Elle lui a dit qu'elle ne croyait pas que la Sovereign éprouvait de graves difficultés financières. Elle a affirmé:

[TRADUCTION] M. Mazankowski [le ministre] a réagi à ces affirmations en déclarant qu'il ne connaissait pas bien la situation financière actuelle de la compagnie et qu'il avait pris sa décision d'après la recommandation du surintendant des institutions financières, M. Michael Mackenzie. M. Mazankowski a poursuivi en déclarant qu'il était tenu de par la loi de donner suite à la recommandation du surintendant.

[32] Mr. Ketcham attested that he was a reporter for the *Calgary Herald* and wrote an article entitled "Tale of Intrigue" which appeared in the 15th of August 1993 edition of that newspaper. That article included the following:

"The Superintendent is the person who makes the call", Mazankowski said from his home in Vegreville. "I had an obligation to conform."

Mr. Ketcham attested that the foregoing quotation was a true and accurate reflection of words spoken to him by the Minister in a conversation between the Minister and Mr. Ketcham, himself.

STANDARD OF REVIEW

[33] In *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*,³ a statutory appeal with leave direct to the Supreme Court of Canada from an exercise of statutory discretion by the Immigration Appeal Board, Mr. Justice Abbott wrote:

In my opinion however, such an appeal can succeed only if it be shown that the Board (a) has refused to exercise its jurisdiction or (b) failed to exercise the discretion given under s. 15 in accordance with well established legal principles. As to those principles, Lord Macmillan speaking for the Judicial Committee said in *D. R. Fraser and Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* . . . :

The criteria by which the exercise of a statutory discretion must be judged have been defined in many authoritative cases, and it is well settled that if the discretion has been exercised bona fide, uninfluenced by irrelevant considerations and not arbitrarily or illegally, no court is entitled to interfere even if the court, had the discretion been theirs, might have exercised it otherwise.

Much more recently, in a decision relating to the exercise of statutory discretion by a minister, in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁴ Mr. Justice Strayer wrote:

It is striking that subsection 70(5) says that no appeal may be made under subsection 70(1) "where the Minister is of the opinion" [underlining added], not "where a judge is of

[32] M. Ketcham a pour sa part déclaré qu'il était journaliste au *Calgary Herald* et qu'il avait écrit un article intitulé «Tale of Intrigue» qui avait paru dans la livraison du 15 août 1993 de ce journal. Voici un extrait de cet article:

[TRADUCTION] «C'est le surintendant qui prend la décision» a déclaré Mazankowski, qui se trouvait chez lui, à Vegreville. «J'étais tenu de me conformer à cette décision.»

M. Ketcham a affirmé que cette citation correspondait fidèlement à ce que le ministre lui avait déclaré lors de la conversation qu'il a eue avec lui.

NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[33] Dans l'arrêt *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*³, qui portait sur un appel interjeté en vertu de la loi sur autorisation directement à la Cour suprême du Canada relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi à la Commission d'appel de l'immigration, le juge Abbott écrit:

À mon avis, cependant, un appel ne peut réussir que si l'on établit que la Commission a) a refusé d'exercer sa compétence ou b) n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 15 conformément aux principes de droit bien établis. Quant à ces principes, Lord Macmillan, au nom du Comité judiciaire, dit dans l'arrêt *D. R. Fraser and Co. Ltd. c. Le ministre du Revenu national* . . .

[TRADUCTION] Les critères selon lesquels il faut juger l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi ont été définis dans plusieurs arrêts qui font jurisprudence et il est admis que si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi, sans influence d'aucune considération étrangère, ni de façon arbitraire ou illégale, aucune cour n'a le droit d'intervenir, même si cette cour eût peut-être exercé ce pouvoir discrétionnaire autrement s'il lui avait appartenu.

Beaucoup plus récemment, dans une décision relative à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un ministre, le juge Strayer a écrit, dans l'arrêt *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁴:

Il est frappant que le paragraphe 70(5) dispose que ne peut faire appel l'intéressé qui constitue un danger «selon le ministre» [soulignement ajouté] et non «selon le juge». Par

the opinion” that the deportee constitutes a danger. Nor did Parliament put the matter in objective terms whereby a certificate precluding further appeal could only be issued where it is “established” or “determined” that the appellant constitutes a danger to the public in Canada. Instead the power to make such a finding is stated in subjective terms: the test is not whether the permanent resident is a danger to the public but whether “the Minister is of the opinion” [underlining added] that he is such a danger. There is ample authority that, unless the overall scheme of the Act indicates otherwise through e.g. an unlimited right of appeal of such an opinion, such subjective decisions cannot be judicially reviewed except on grounds such as that the decision maker acted in bad faith, or erred in law, or acted upon the basis of irrelevant considerations.

By footnote referencing the “unlimited right of appeal of such an opinion”, Mr. Justice Strayer refers to a matter where a right of appeal was provided by statute to be in the nature of a trial *de novo*. That is not the case with the appeal before me. While Mr. Justice Strayer had before him a matter where the discretionary decision of the Minister was subject to judicial review rather than to a statutory appeal, I am satisfied that his statement of the appropriate standard of review is equally applicable to the standard of review on this statutory appeal. I am further satisfied that the term “illegally” as adopted by Mr. Justice Abbott in *Boulis* and the expression “erred in law” as used by Mr. Justice Strayer in *Williams*, include errors of jurisdiction and breaches of natural justice and procedural fairness.

ISSUES

[34] Before me, counsel for Sovereign raised a range of issues, all within the grounds for Sovereign’s appeal that are set out earlier on in these reasons. The following analysis addresses the issues as raised.

DID THE MINISTER MAKE THE DECISION UNDER APPEAL?

[35] On the basis of the Harvey and Ketcham affidavits, and on the basis of the evidence of a very

ailleurs, le législateur n’a pas formulé la disposition de manière objective, c’est-à-dire en prescrivant qu’une attestation interdisant un autre appel peut uniquement être délivrée s’il est «établi» ou «décidé» que l’appelant constitue un danger pour le public au Canada. Le législateur a plutôt eu recours à une formulation subjective pour énoncer le pouvoir de tirer une telle conclusion: le critère n’est pas celui de savoir si le résident permanent constitue un danger pour le public, mais celui de savoir si, «selon le ministre» [soulignement ajouté], il constitue un tel danger. Il existe une jurisprudence abondante selon laquelle, à moins que toute l’économie de la Loi n’indique le contraire en accordant par exemple un droit d’appel illimité contre un tel avis, ces décisions subjectives ne peuvent pas être examinées par les tribunaux, sauf pour des motifs comme la mauvaise foi du décideur, une erreur de droit ou la prise en considération de facteurs dénués de pertinence.

Au sujet du «droit d’appel illimité contre un tel avis», le juge Strayer renvoie, dans une note infrapaginale, à une décision dans laquelle le droit d’appel prévu par une loi avait été considéré comme un nouveau procès. Ce n’est pas le cas de l’appel dont je suis saisi. Bien que le juge Strayer fût saisi d’une affaire dans laquelle le pouvoir discrétionnaire du ministre faisait l’objet d’un contrôle judiciaire plutôt que d’un appel interjeté en vertu de la loi, je suis convaincu que son explication de la norme de contrôle applicable vaut également pour la norme de contrôle qui régit le présent appel interjeté en vertu de la loi. Je suis en outre convaincu que le terme «illégalement» qu’utilise le juge Abbott dans l’arrêt *Boulis* et l’expression «a commis une erreur de droit» que le juge Strayer emploie dans l’arrêt *Williams* englobent les erreurs de compétence et les manquements aux principes de justice naturelle et d’équité procédurale.

QUESTIONS EN LITIGE

[34] Devant moi, l’avocat de la Sovereign a soulevé plusieurs questions, qui recourent tous les moyens d’appel de la Sovereign qui ont déjà été articulés dans les présents motifs. L’analyse suivante porte sur les questions qui ont été soulevées.

LE MINISTRE A-T-IL PRIS LA DÉCISION FRAPPÉE D’APPEL?

[35] Vu les affidavits souscrits par M^{me} Harvey et M. Ketcham, vu les éléments de preuve démontrant

brief lapse of time between the completion of the material allegedly before the Minister on which he was required to base his decision and the date of the decision itself, counsel for Sovereign argued that the Minister made no decision, but rather fettered his discretion by simply acting on the recommendation of the Superintendent without forming the belief that was a condition precedent to his authority under subsection 680(2) to require the Superintendent to take control of Sovereign. As such, counsel urged that the decision that is the subject of this appeal is void.

[36] In support of this position, counsel cited *Administrative Law*⁵ where at page 347, the learned authors wrote:

An element which is essential to the lawful exercise of power is that it should be exercised by the authority upon whom it is conferred, and by no one else. The principle is strictly applied, even where it causes administrative inconvenience, except in cases where it may reasonably be inferred that the power was intended to be delegable. Normally the courts are rigorous in requiring the power to be exercised by the precise person or body stated in the statute, and in condemning as ultra vires action taken by agents, sub-committees or delegates, however expressly authorized by the authority endowed with the power.

[37] While section 704 of the Act, quoted earlier in these reasons, provides limited authority to the Minister to delegate any of his powers, duties and functions under the Act, that authority is to delegate to a Minister of State appointed pursuant to the *Ministries and Ministers of State Act* [R.S.C., 1985, c. M-8] to assist the Minister. Section 704 certainly cannot be read as authorizing a delegation of the Minister's decision-making responsibility under subsection 680(2) to the Superintendent.

[38] Wade and Forsyth continue at page 356 in the following terms:

Departments of the central government have the benefit of a special rule whereby officials may act in their ministers' names without any formal delegation of authority. When

qu'il s'est écoulé très peu de temps entre la rédaction des documents qui auraient été soumis au ministre et sur lesquels celui-ci aurait fondé sa décision et la date de la décision elle-même, l'avocat de la Sovereign soutient que le ministre n'a pris aucune décision, mais qu'il a plutôt entravé l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire en se contentant de donner suite à la recommandation du surintendant sans se former l'opinion qui constituait une condition préalable à l'exercice du pouvoir que lui conférait le paragraphe 680(2) d'obliger le surintendant à prendre le contrôle de la Sovereign. L'avocat soutient en conséquence que la décision qui fait l'objet du présent appel est entachée de nullité.

[36] À l'appui de sa thèse, l'avocat cite l'ouvrage *Administrative Law*⁵, dans lequel les auteurs écrivent, à la page 347:

[TRADUCTION] Il est essentiel à l'exercice légitime d'un pouvoir qu'il soit exercé par la personne à qui il est conféré, et par personne d'autre. Ce principe est appliqué de façon stricte, même lorsqu'il crée des inconvénients sur le plan administratif, sauf dans les cas où l'on peut raisonnablement inférer que l'on voulait que ce pouvoir puisse être délégué. Normalement, les tribunaux exigent de façon rigoureuse que le pouvoir soit exercé par la personne ou l'organe qui est expressément nommé dans la loi et ils condamnent rigoureusement les actes accomplis sans pouvoir par les mandataires, sous-comités ou délégués, même s'ils ont été expressément autorisés par l'autorité à qui le pouvoir a été conféré.

[37] Bien que l'article 704 de la Loi, qui a déjà été cité dans les présents motifs, confère au ministre le pouvoir limité de déléguer les attributions que lui confère la Loi, le seul pouvoir qu'a le ministre est celui de déléguer à un ministre d'État nommé en vertu de la *Loi sur les départements et ministres d'État* [L.R.C. (1985), ch. M-8] le pouvoir de l'aider. L'article 704 ne peut certainement pas être interprété comme permettant au ministre de déléguer au surintendant le pouvoir de prendre une décision en vertu du paragraphe 680(2).

[38] Les auteurs Wade et Forsyth poursuivent dans les termes suivants à la page 356 de leur ouvrage:

[TRADUCTION] Les ministères du gouvernement central bénéficient d'une règle spéciale qui permet aux fonctionnaires d'agir au nom de leur ministre sans délégation de

powers are conferred upon ministers who have charge of large departments, it is obvious that they will often not be exercised by the minister in person. Parliament is well aware of this, and ministerial powers are therefore taken to be exercisable by officials of the minister's department acting in his name in the customary way.

[39] Counsel for Sovereign argued that, given the specific statutory provision regarding delegation that is section 704 of the Act, the foregoing statement from Wade and Forsyth is overridden in the circumstances of the particular decision here under appeal and other decisions of the Minister for which he or she is specifically made responsible by the Act.

[40] In *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*⁶ Mr. Justice Stone wrote at page 218:

Secondly, the evidence before us strongly suggests that the decision to refuse the appellant's application was made by a Government of Ontario official rather than by the visa officer. That evidence appears in paragraph 3(m) of the appellant's affidavit . . . It relates to what transpired at the appellant's interview . . . by the visa officer. He states:

I was told straight away by Mr. Lukie that my application was being refused and he showed me as constituting the reason therefore, a telex sent to him from what I understood to be the Province of Ontario, refusing my application. I asked him, why did he call me for an interview if an assessment by him was not to be made, and he said he was very sympathetic to my case, but he was sorry for as the decision was made by the authority who sent the telex, there was nothing he could do about it . . . The interview left me with no doubt that the decision (or assessment) had not been made by him but rather by the person or authority who sent the telex and that he had neither authority or discretion in the matter. (Emphasis added.)

That evidence, as I have already observed, has not been contradicted in any way by the respondents.

It is elementary that the decision on the application had to be made by the visa officer and that it could not be delegated in the above fashion. The visa officer appears to have allowed it to be made by the person in Ontario from whom he received information regarding the viability of the appellant's business plan. Though he was entitled to receive information on that subject from that source it remained his duty to decide the matter in accordance with the Act and the regulations. It was therefore a serious error to allow the

pouvoirs officielle. Lorsque des pouvoirs sont conférés à des ministres qui sont à la tête d'importants ministères, il est évident qu'il arrive souvent que ces pouvoirs ne sont pas personnellement exercés par le ministre. Le Parlement est bien conscient de ce fait et l'on considère que les pouvoirs ministériels peuvent être exercés par les fonctionnaires du ministère du ministre qui agissent habituellement au nom de ce dernier.

[39] L'avocat de la Sovereign soutient que, compte tenu de la disposition législative spécifique que constitue l'article 704 de la Loi, l'énoncé de principe de Wade et Forsyth est annulé eu égard aux circonstances de la décision qui fait l'objet du présent appel et des autres décisions que le ministre est expressément chargé de prendre aux termes de la Loi.

[40] Dans l'arrêt *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁶, le juge Stone écrit, à la page 218:

Deuxièmement, la preuve qui nous a été soumise laisse fortement entendre que la décision de rejeter la demande de l'appelant a été prise par un fonctionnaire du gouvernement de l'Ontario en non par l'agent des visas. Cette preuve ressort du paragraphe 3m) de l'affidavit de l'appelant . . . Il se rapporte à ce qui s'est produit pendant l'entrevue de l'appelant avec l'agent des visas . . . L'appelant y déclare:

M. Lukie m'a immédiatement informé que ma demande était rejetée; pour expliquer ce rejet, il m'a montré un télex que lui avait fait parvenir ce que j'ai compris être la province de l'Ontario et dans lequel ma demande était rejetée. Je lui ai demandé pourquoi il m'avait convoqué à une entrevue s'il n'entendait pas faire une appréciation, et il a dit qu'il était sympathique à ma cause mais qu'il était désolé parce que, comme la décision avait été prise par les autorités qui avaient envoyé le télex, il ne pouvait rien faire . . . L'entrevue m'a convaincu que ce n'est pas lui qui a pris la décision (ou qui a fait l'appréciation) mais plutôt la personne ou les autorités qui ont transmis le télex, et qu'il n'avait aucune autorité ou pouvoir discrétionnaire sur la question. (C'est moi qui souligne.)

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, cette preuve n'a été contredite en aucune manière par les intimés.

Il va sans dire que la décision sur la demande devrait être prise par l'agent des visas et qu'elle ne pouvait être déléguée de la manière précédemment décrite. Il semble que l'agent a permis qu'elle soit prise par le fonctionnaire de l'Ontario de qui il a reçu les renseignements relatifs à la viabilité du projet d'entreprise de l'appelant. Bien qu'il ait été habilité à recevoir des renseignements de cette source sur ce sujet, il n'en demeure pas moins qu'il avait le devoir de trancher la question conformément à la Loi et au Règlement.

decision to be made by the Ontario official rather than kept in his own hands where it properly belonged. That being so, I think the appeal should succeed on this ground as well.⁷

[41] On the face of the Harvey and Ketcham affidavits, material, the foregoing authorities would appear to be decisive of this matter. The substance of the affidavit evidence is to the effect that a senior Minister of the Crown, charged with the responsibility to form a belief before giving a direction to a senior official, simply accepted the recommendation of that official without forming the belief on the basis that he was somehow obliged to do so. The affidavit evidence stands uncontradicted by, for example, an affidavit of the Minister, or of some other person able to attest to the fact that the Minister actually turned his mind to forming the belief. Neither affiant was cross-examined on her or his affidavit despite the fact that the hearing of this matter was adjourned, at least in part, to allow time for such cross-examination.

[42] On the other hand, the affidavit evidence may not be as strong as it appears at first glance. The statement contained in the Harvey affidavit that the Minister stated “that under the law he was obligated to act on the recommendation of the Superintendent”, is capable of at least two meanings. I think it is fair to say that the Minister was indeed obligated to act on the recommendation of the Superintendent on all of the facts of this matter. He was obligated to act either by accepting the recommendation, giving a direction that varied from the recommendation, or rejecting the recommendation. He could not simply ignore it. To say he was obligated to act is not the same as to say that he was obligated to accept the recommendation. In the event, he only accepted the recommendation in part.

[43] The statement attributed to the Minister in the Ketcham affidavit is less ambiguous. It runs:

The Superintendent is the person that makes the call. . . . I had an obligation to conform.

Il a donc commis une grave erreur en permettant que la décision soit prise par le fonctionnaire du gouvernement de l'Ontario au lieu de la rendre lui-même ainsi qu'il devait le faire. Cela étant, je pense que l'appel doit également être accueilli sur ce moyen⁷.

[41] Vu les affidavits souscrits par M^{me} Harvey et M. Ketcham, il semblerait que les autorités précitées tranchent la question de façon décisive. Il ressort de la preuve par affidavit qu'un des principaux ministres de la Couronne, qui était chargé de se former une opinion avant de donner un ordre à un haut fonctionnaire, s'est contenté d'accepter la recommandation de ce fonctionnaire sans se former l'opinion requise, parce qu'il croyait qu'il était en quelque sorte tenu de donner suite à cette recommandation. La preuve par affidavit n'est pas contredite par, par exemple, un affidavit du ministre ou d'une autre personne qui serait en mesure d'attester que le ministre a effectivement pris le temps de se former une opinion. Aucun des deux auteurs des affidavits n'a été contre-interrogé au sujet de son affidavit malgré le fait que l'audition de la présente affaire a été ajournée, en partie du moins, pour permettre un tel contre-interrogatoire.

[42] En revanche, la preuve par affidavit n'est peut-être pas aussi solide qu'elle le semble de prime abord. La déclaration contenue dans l'affidavit de M^{me} Harvey, suivant laquelle le ministre avait déclaré qu'il était [TRADUCTION] «tenu de par la loi de donner suite à la recommandation du surintendant» se prête à au moins deux interprétations. Je crois qu'on peut légitimement dire que le ministre était effectivement obligé de donner suite à la recommandation du surintendant eu égard à tous les faits de la présente affaire. Il était tenu d'agir en acceptant la recommandation, en donnant un ordre qui modifiait la recommandation ou en rejetant la recommandation. Il ne pouvait se contenter de l'ignorer. Dire qu'il était tenu d'agir n'équivaut pas à dire qu'il était tenu d'accepter la recommandation. En fait, il n'a accepté la recommandation qu'en partie.

[43] La déclaration attribuée au ministre dans l'affidavit de Ketcham est moins ambiguë. La voici:

[TRADUCTION] C'est le surintendant qui prend la décision. J'étais tenu de me conformer à cette décision.

This statement appears from the *Calgary Herald* article to have been made, like the statement to Ms. Harvey, in a telephone conversation with the Minister at his home.

[44] I am loathe to give significant weight to a quotation derived from a telephone conversation with a senior Minister of the Crown where the call was made to the Minister's home, and is unsupported by other than the ambiguous statement to Ms. Harvey, and is in fact contradicted by the Minister's own actions.

[45] The Minister here in question was a very senior and experienced Minister. The matter that he was charged to deal with was an important one with very significant economic, social and political implications. There is evidence that he acted prudently and did form the requisite opinion. He did not simply make the determination that was recommended to him. The recommendation made to him consisted of three elements. He adopted two and rejected the third. He was obliged to provide Sovereign with a "reasonable opportunity" to make representations; he went further. He ensured that there was an opportunity to make those representations in person, not merely in writing or before his officials, but before one of his colleagues in Cabinet who had been assigned to assist him. He received a report on those representations, not merely from officials, but also from his colleague.

[46] I attach little weight to the fact that the decision was made quickly once the file was complete. I am not prepared to assume that the Minister faced the issue for the first time once the file was complete. Rather, I assume he was familiar with the issue and would only have had to refresh his memory in light of the latest material to come forward.

[47] On all of the evidence before me, I am not prepared to give the weight to the affidavit evidence and to the short interval for a reasoned decision that

Suivant l'article paru dans le *Calgary Herald*, cette déclaration aurait été, tout comme la déclaration faite à M^{me} Harvey, faite au cours de la conversation téléphonique que cette dernière a eue avec le ministre, qui se trouvait chez lui.

[44] Je répugne à accorder une grande importance à une citation tirée d'une conversation téléphonique qu'une personne a eue avec un des principaux ministres de la Couronne alors que cette conversation a eu lieu depuis la maison du ministre concerné et qu'elle n'est appuyée que par l'affirmation ambiguë de M^{me} Harvey et qu'elle est en fait contredite par les gestes du ministre lui-même.

[45] Le ministre en question est un ministre très en vue et très expérimenté. La question qu'il était chargé d'examiner était importante et elle avait des implications économiques, sociales et politiques importantes. Suivant la preuve, il a agi avec prudence et s'est effectivement formé l'opinion requise. Il ne s'est pas contenté de prendre la décision qui lui était recommandée. La recommandation qui lui avait été faite comportait trois volets. Il en a retenu deux et a rejeté le troisième. Il était tenu d'accorder à la Sovereign «la possibilité de présenter ses observations». Or, il est allé plus loin. Il s'est assuré que la Sovereign ait la possibilité de présenter ses observations en personne, et non seulement par écrit ou devant ses fonctionnaires, mais devant l'un de ses collègues du Cabinet à qui la tâche de l'aider avait été confiée. Il a reçu, non seulement des fonctionnaires, mais également de son collègue, un rapport sur les recommandations en question.

[46] J'accorde peu d'importance au fait que la décision a été prise rapidement une fois que le dossier était complet. Je ne suis pas disposé à supposer que le ministre s'est penché pour la première fois sur la question lorsque le dossier a été complet. Je suppose plutôt qu'il connaissait bien la question et qu'il lui suffisait de se rafraîchir la mémoire à la lumière des éléments les plus récents.

[47] Vu l'ensemble de la preuve qui m'a été soumise, je ne suis pas disposé à accorder à la preuve par affidavit et au court laps de temps qui s'est écoulé

counsel for Sovereign would have me give to it. I am not prepared to conclude that, on the evidence as a whole, the Minister failed to form the belief that was a condition precedent to the validity of the direction that he gave to the Superintendent. In the result, this argument on behalf of Sovereign fails.

DID THE MINISTER IMPROPERLY DELEGATE HIS DECISION-MAKING AUTHORITY TO THE MINISTER OF STATE OR FETTER HIS DISCRETION BY SIMPLY ADOPTING THE RECOMMENDATION OF THE MINISTER OF STATE?

(a) Improper Delegation

[48] Counsel for Sovereign urged that the Minister had no authority to delegate his responsibility under subsection 680(2) to the Minister of State and that if he did have such authority, he was obliged to delegate the whole of his responsibility and not merely part thereof. In particular, counsel urged that it was improper for the Minister to delegate the responsibility to preside at a meeting intended to provide Sovereign a reasonable opportunity to be heard, while retaining to himself the decision-making responsibility. For ease of reference, I quote again section 704 of the Act:

704. The Minister may delegate any of the Minister's powers, duties and functions under this Act to any Minister of State appointed pursuant to the *Ministries and Ministers of State Act* to assist the Minister.

It was not in dispute before me that the Minister of State who met with Sovereign's delegation on 30 November 1992 and heard their oral presentation, and subsequently reported to the Minister with recommendations, was a Minister to whom a delegation could be made under section 704. But did the Minister, by entrusting to the Minister of State the function of hearing Sovereign's oral representations, make a delegation within the meaning of section 704 of the Act?

[49] I think not.

avant qu'une décision raisonnée ne soit prise l'importance que l'avocat de la Sovereign voudrait que je leur accorde. Je ne suis pas disposé à conclure que, vu l'ensemble de la preuve, le ministre ne s'est pas formé l'opinion qui constitue une condition préalable à la validité de l'ordre qu'il a donné au surintendant. En conséquence, ce moyen invoqué par la Sovereign échoue.

LE MINISTRE A-T-IL DÉLÉGUÉ IRRÉGULIÈREMENT SON POUVOIR DE PRISE DE DÉCISION AU MINISTRE D'ÉTAT OU A-T-IL ENTRAVÉ L'EXERCICE DE SON POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EN SE CONTENTANT DE SUIVRE LA RECOMMANDATION DU MINISTRE D'ÉTAT?

a) Délégation irrégulière de pouvoirs

[48] L'avocat de la Sovereign soutient que le ministre n'avait pas le pouvoir de déléguer au ministre d'État les attributions qui lui étaient conférés par le paragraphe 680(2) et que, s'il avait effectivement ce pouvoir, il était tenu de les déléguer en entier et qu'il ne pouvait se contenter de les déléguer en partie. L'avocat fait plus particulièrement valoir que le ministre a agi irrégulièrement en déléguant le pouvoir de présider la rencontre visant à accorder à la Sovereign la possibilité d'être entendue tout en se gardant le pouvoir de prendre la décision. Par souci de commodité, je cite à nouveau l'article 704 de la Loi:

704. Le ministre peut déléguer les attributions que lui confère la présente loi à tout ministre d'État nommé en application de la *Loi sur les départements et ministres d'État*.

Il est acquis aux débats que le ministre d'État qui a rencontré les représentants de la Sovereign le 30 novembre 1992 et qui a entendu leurs observations orales et a par la suite fait rapport au ministre en présentant ses recommandations était un ministre à qui une délégation de pouvoirs pouvait être faite en vertu de l'article 704. Mais, en confiant au ministre d'État la tâche d'entendre les observations orales de la Sovereign, le ministre a-t-il délégué ses attributions au sens de l'article 704 de la Loi?

[49] Je ne le crois pas.

[50] The Minister's responsibility to Sovereign under subsection 680(2) of the Act was to afford Sovereign a reasonable opportunity to make representations. I do not read that statutory obligation to encompass a duty on the part of the Minister to meet personally with Sovereign's representatives and allow them to submit oral representations or indeed to have any other person on his behalf meet with Sovereign's representatives to receive oral representations. It was sufficient on the face of subsection 680(2) that the Minister provided Sovereign an opportunity to make written representations, as he did. In providing an opportunity for oral representations, the Minister was acting in good faith and, one might assume, out of an abundance of caution or fairness, presumably in recognition of the significance for Sovereign, its employees, creditors, policyholders and shareholders of the decision he was called upon to make. In providing such an opportunity and designating the Minister of State to preside at that meeting and to report to him, the Minister was delegating nothing since he had no obligation to provide for such a hearing.

[51] I conclude that the Minister made no error, and certainly no error justifying relief to Sovereign on an appeal such as this, in providing for an oral hearing and designating the Minister of State to preside thereat.

(b) Fettering Discretion

[52] As indicated earlier in these reasons, following the opportunity to make oral representations that was presided over by the Minister of State, the Minister of State reported to the Minister of Finance and included in that report conclusions and recommendations. That the Minister of State would be reporting on the representations he received was made abundantly clear, accordingly to the transcript of the meeting, at both the beginning of the meeting and at the close of the meeting. However, in neither statement did the Minister of State indicate that he would be drawing conclusions and making recommendations.

[50] La responsabilité qu'avait le ministre envers la Sovereign sous le régime du paragraphe 680(2) de la Loi était de donner à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations. Suivant mon interprétation de cette obligation, le ministre n'était pas tenu de rencontrer personnellement les représentants de la Sovereign et de leur permettre de présenter verbalement leurs observations ou de prendre des dispositions pour que quelqu'un rencontre en son nom des représentants de la Sovereign pour entendre leurs observations verbales. Au vu du paragraphe 680(2), il suffisait pour le ministre de donner à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations par écrit, comme il l'a fait. En donnant à la Sovereign la possibilité de présenter ses observations oralement, le ministre agissait de bonne foi et, peut-on supposer, par excès de prudence ou par souci d'équité, vraisemblablement parce qu'il reconnaissait l'importance de la décision qu'il était appelé à prendre pour la Sovereign, ses employés, créanciers, souscripteurs et actionnaires. En donnant cette possibilité et en confiant au ministre d'État la tâche de présider cette rencontre et de lui faire rapport, le ministre ne déléguait rien, étant donné qu'il n'était pas tenu d'accorder une telle audience.

[51] Je conclus que le ministre n'a commis aucune erreur, et qu'il n'a certainement pas commis d'erreur qui justifierait d'accorder une réparation à la Sovereign dans un appel comme celui-ci, en accordant une audience et en confiant à un ministre d'État la tâche de présider cette audience.

b) Entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[52] Ainsi qu'il a déjà été précisé dans les présents motifs, après avoir accordé la possibilité de présenter verbalement des observations lors d'une audience présidée par le ministre d'État, celui-ci a présenté ses conclusions et ses recommandations au ministre des Finances. Suivant le procès-verbal de cette réunion, le ministre d'État a indiqué dans les termes les plus nets, tant au début qu'à la fin de la réunion, qu'il rendrait compte des observations qu'il recevrait. Le ministre d'État n'a cependant pas précisé, dans l'une ou l'autre des déclarations, qu'il tirerait des conclusions et qu'il ferait des recommandations.

[53] The conclusions of the Minister of State in his report to the Minister of Finance are in the following terms:

The Superintendent is recommending that you direct him to take control of the company and request that the Attorney General apply to the Court for the winding up of the company. The company is asking that it be given until February to verify its view of its financial condition and potentially line up new investors to inject more capital.

The company has been provided with reasonable opportunities to make representations.

The possibility exists under the *Insurance Companies Act* for an independent actuarial assessment to be done of the company. However, while this possibility was referred to in the company's original written submission, it was not raised by Sovereign's representatives at their meeting with me and their formal recommendation remains as set out above. Appointing an independent actuary and having his report would take significant time and thus would in practice amount to agreeing with the company's suggestion and rejecting the approach of the Superintendent. Accordingly, I do not believe it is a separate option that needs to be considered.

I think that there are three main issues to be addressed. They are set out in my letter to the Superintendent dated December 9, 1992. [The letter requesting answers to certain questions, as referred to earlier in these reasons] The first is the issue of potential investors willing to inject additional capital to cover potential or actual losses and to increase the earning capacity of the company. The second is the reasonable level of loan loss provisions. The third is the issue of the possible reduction of actuarial reserve liabilities, thus adding to the company's capital.

While the company has sought to demonstrate that the company's financial condition is not as serious as described by the Superintendent, certain points cannot be ignored. Many of these are not actuarial in nature but are rather issues of what is reasonable to assume about loan losses and investment performance. There has been disagreement about the key assumptions used by the Superintendent versus Sovereign and indeed about whether the Superintendent was provided full information about Mr. Clark's analysis. (The Superintendent noted in his November 18 report that the necessary support for Mr. Clark's assumptions was not documented, while Sovereign noted that Mr. Clark has articulated his assumptions and methodology. I have noted that on November 11, Mr. Clark provided the Board of

[53] Voici les conclusions que le ministre a tirées dans le rapport qu'il a soumis au ministre des Finances:

[TRADUCTION] Le surintendant vous recommande de lui donner l'ordre de prendre le contrôle de la compagnie et de demander au procureur général de présenter au tribunal une demande de liquidation de la compagnie. La compagnie demande qu'il lui accorde jusqu'en février pour vérifier son opinion de sa condition financière et pour se trouver éventuellement de nouveaux investisseurs pour injecter de nouveaux capitaux.

La compagnie a eu l'occasion de faire valoir son point de vue.

La *Loi sur les sociétés d'assurances* permet à la compagnie d'obtenir une évaluation actuarielle indépendante. Toutefois, bien que cette possibilité ait été évoquée dans les observations écrites originales de la compagnie, elle n'a pas été soulevée par les représentants de la Sovereign lors de la rencontre qu'ils ont eue avec moi. Leur recommandation officielle demeure donc celle qui a déjà été citée. Nommer un actuaire indépendant et attendre qu'il soumette son rapport prendrait beaucoup de temps et reviendrait en pratique à accepter la suggestion de la compagnie et à écarter la solution proposée par le surintendant. En conséquence, je ne crois pas qu'il s'agisse d'une solution de rechange qui doit être examinée.

Je crois qu'il y a trois principales questions à examiner. Elles sont exposées dans la lettre que j'ai écrite le 9 décembre 1992 au surintendant [la lettre déjà mentionnée dans les présents motifs dans laquelle le ministre demande au surintendant de répondre à certaines questions]. La première question est celle des investisseurs éventuels qui seraient prêts à injecter des capitaux supplémentaires pour essuyer les pertes actuelles ou éventuelles et pour rendre la compagnie plus rentable. La deuxième question concerne l'établissement de provisions pour pertes sur prêts suffisantes. La troisième a trait à la possible réduction des obligations relatives aux réserves actuarielles, réduction qui aurait pour effet d'augmenter les capitaux propres de la compagnie.

Bien que la compagnie ait tenté de démontrer que sa situation financière n'est pas aussi grave que ce qu'affirme le surintendant, certains aspects ne peuvent être ignorés. Bon nombre de ces aspects ne sont pas de caractère actuariel, mais concernent plutôt les hypothèses raisonnables qui peuvent être formulées au sujet des pertes sur prêts et du rendement des placements. Il y a des divergences de vues au sujet des principales hypothèses retenues par le surintendant et celles qu'a formulées la Sovereign. On ne s'entend pas non plus sur la question de savoir si le surintendant a obtenu des renseignements complets au sujet de l'analyse de M. Clark. (Le surintendant a noté dans son rapport du 18 novembre que les hypothèses sur lesquelles le rapport de M. Clark était fondé n'étaient pas vérifiées ou confirmées

Sovereign with a supplement to his report of November 9 in which he notes "my statutory report to OSFI for the 1992 financial statements will describe completely the revised basis, including the revised basis for the asset impairment assumptions".)

On the first point about potential investors, I would note that, despite clear deadlines to come up with an offer, no one has indicated an unqualified willingness to put up money in order to cover losses and preserve the right to buy the company. The most recent exchange of correspondence makes clear that there are no firm commitments to inject material new capital and indeed, the Superintendent notes that one potential buyer's interest (Sun Life) was significantly overstated to me in the company's initial written and oral representations (a fact that the company's latest submission does not rebut).

On the second issue of loan and real estate losses, the loan loss provisions determined by the Superintendent are at least \$17 million higher than the company's at the end of this year. According to the Superintendent, approximately 25% of the company's assets (some \$200 million) are either non-performing, or under-performing or at risk of becoming so, and this is supported by credit consultants working with the Superintendent's examination staff. As at the end of October, loan arrears were continuing to rise. The company questions this but the table which the company provides indicates that there is support for the Superintendent's view (particularly if one looks at the gross totals before deducting loans that are committed to be brought back on side or sold—which is sensible to focus on since commitments may not materialize). The Superintendent's approach is based on a combination of company-specific and more general provisions for losses. The Superintendent has considerable experience in this area since he deals with a wide range and large number of financial institutions. The Superintendent has indicated that a conservative view of the full value of future losses from a \$200 million problem loan and real estate portfolio is closer to \$100 million, which is much higher than the company is providing for. Ultimately this has to be a matter of your relying on the judgment of those responsible for regulating financial institutions.

Thirdly, there is a debate over whether it is prudent to release a substantial amount of money from the company's actuarial policy reserves, and whether this would solve the

par des documents à l'appui, alors que la Sovereign a souligné que M. Clark avait bien expliqué ses hypothèses et sa méthodologie. J'ai constaté que, le 11 novembre, M. Clark a soumis au conseil d'administration de la Sovereign un rapport complémentaire à son rapport du 9 novembre. Dans ce rapport, M. Clark souligne que [TRADUCTION] «le rapport exigé par la loi que j'ai soumis au Bureau au sujet des états financiers de 1992 explique en détail les données révisées, notamment les données révisées relatives aux hypothèses concernant l'insuffisance de l'actif»).

Pour ce qui est de la première question, celle des investisseurs éventuels, je tiens à souligner que, malgré la date limite précise qui avait été fixée pour la présentation d'offres, personne n'a exprimé être disposé sans réserve à investir de l'argent pour combler les pertes ou conserver le droit de racheter la compagnie. Il ressort de la correspondance la plus récente qu'aucun engagement ferme n'a été pris en vue d'injecter de nouveaux capitaux significatifs. D'ailleurs, le surintendant souligne que l'intérêt d'un des éventuels acheteurs (la Sun Life) avait été grandement exagéré dans les observations écrites et orales initiales de la compagnie (un fait que la compagnie n'a pas réfuté dans ses observations ultérieures).

Sur la deuxième question, celle des pertes sur prêts et des pertes immobilières, les provisions pour pertes sur prêts étaient, selon les calculs du surintendant, supérieures d'au moins 17 millions de dollars à celles de la compagnie à la clôture de l'exercice. Selon le surintendant, environ le quart des avoirs de la compagnie (quelque 200 millions de dollars) ne sont pas productifs, ne le sont pas suffisamment ou risquent de devenir improductifs. Cette conclusion est appuyée par les conseillers en crédit qui travaillent avec les examinateurs du surintendant. À la fin d'octobre, les arriérés de prêts continuaient à augmenter. La compagnie conteste cette opinion, mais le tableau fourni par la compagnie appuie l'opinion du surintendant (surtout lorsqu'on examine le total brut avant déduction des prêts que l'on s'est engagé à réduire ou à vendre, ce qui est logique, étant donné que les engagements ne se matérialisent pas toujours). La méthode du surintendant repose sur une combinaison de provisions pour pertes propres à la compagnie et de provisions pour pertes plus générales. Le surintendant possède une vaste expérience dans ce domaine, étant donné qu'il s'occupe d'une foule d'institutions financières des plus diverses. Le surintendant déclare qu'en considérant de façon conservatrice la pleine valeur des pertes futures découlant d'un portefeuille de prêts et d'un portefeuille immobilier de 200 millions de dollars qui crée des problèmes, on en arrive plutôt à un chiffre de 100 millions de dollars, un chiffre beaucoup plus élevé que ceux de la compagnie. Vous devez en fin de compte vous fier au jugement de ceux qui sont chargés de réglementer les institutions financières.

En troisième lieu, on se demande s'il est prudent de retirer une importante somme d'argent des réserves techniques d'assurance de la compagnie, et si ce retrait réglerait les

company's problems. The company's actuary stands by his view that \$52 million can be shifted into capital and the company has noted that some other actuaries agree with its approach. The Superintendent, however, believes that only \$16 million can reasonably be shifted and, in his November 18 report, the Superintendent noted that this would not provide a solution to the company's problem. Sun Life says that such a reduction in policy reserves, even if agreed to by the Superintendent, does not improve Sun Life's interest in acquiring the company without someone providing guarantees against expected losses on the loan and real estate portfolios.

According to the Superintendent, the key difference in approaches is the investment return assumed in setting up the actuarial reserves. I would note that, the letter I received from Mr. McCrossan and Mr. Clark dated December 13 suggests that a change in the valuation interest rate would not have a material dollar effect on liabilities. At the same time, Mr. Clark's report dated November 11 to the Board of Sovereign indicates that the main difference between his valuation of policy liabilities and the valuation of policy liabilities made by Sovereign's former actuary is the assumed investment return rate.

I believe there is reasonable doubt whether a company such as Sovereign with poor quality assets can earn the return necessary to justify the reduction in policy reserves requested by the company. I would also note that even if the Superintendent were to accept the company's view that a large release in actuarial reserves is warranted, I do not believe that the Superintendent would change his recommendations, given his other concerns about lack of adequate provisions for loan and real estate losses and poor earning capacity.

I believe that you have to weigh these factors in light of the risks for policy holders. It is certainly the case that, if the company should prove able to meet its liabilities as they come due, that is the best outcome for policyholders. However given the views of the Superintendent, that outcome cannot be considered as anything close to certain. Thus I believe that you should weigh the risk for policyholders resulting from the various options. Indeed, I believe that policyholders' interests have to be the priority.

It should be noted, for background, that, under a liquidation with proportional reinsurance as recommended by the Superintendent, a buyer would assume Sovereign's business at a price dictated by what Sovereign's assets are worth: the lower the value of the assets, the larger discount to the face value of the policy (i.e. the less coverage) the buyer would provide to policyholders. Policies up to \$200,000 and annuities up to \$60,000 are fully protected by the industry-

problèmes de la compagnie. L'actuaire de la compagnie maintient que l'on peut transférer 52 millions de dollars dans le capital et que la compagnie a constaté que certains autres actuaires souscrivent à cette solution. Le surintendant estime toutefois que l'on ne peut raisonnablement transférer seulement 16 millions de dollars et, dans son rapport du 18 novembre, le surintendant signale que ce transfert ne réglerait pas le problème de la compagnie. La Sun Life affirme que, même si le surintendant y consentait, une telle réduction des provisions établies à l'égard des polices d'assurance ne rendrait pas la Sun Life plus intéressée à acquérir la compagnie si quelqu'un ne fournit pas de garanties contre les pertes prévues sur le portefeuille des prêts et le portefeuille immobilier.

Suivant le surintendant, la différence essentielle entre ces méthodes est le rendement de l'investissement présumé lors de l'établissement des réserves actuarielles. Je tiens à faire remarquer qu'il ressort de la lettre du 13 décembre que j'ai reçue de MM. McCrossan et Clark que la modification du taux d'intérêt d'inventaire n'aurait pas d'incidence appréciable sur le passif. Par ailleurs, il ressort du rapport que M. Clark a soumis le 11 novembre au conseil d'administration de la Sovereign que la principale différence qui existe entre son évaluation des dettes imputables aux polices et celle qu'avait faite l'ancien actuaire de la Sovereign concerne le taux présumé de rendement de l'investissement.

J'estime qu'il existe un doute raisonnable qu'une compagnie qui, comme la Sovereign, a un actif d'aussi piètre qualité, puisse obtenir le rendement nécessaire pour justifier la réduction de réserves techniques d'assurance demandée par la compagnie. Je tiens également à faire remarquer que, même si le surintendant devait retenir l'opinion de la compagnie suivant laquelle un déblocage massif de réserves actuarielles est justifié, je ne crois pas que le surintendant modifierait ses recommandations, compte tenu de ses autres préoccupations au sujet des provisions pour pertes sur prêts et sur biens immobiliers insuffisantes et de la mauvaise rentabilité de la compagnie.

Je crois qu'il faut apprécier ces facteurs à la lumière des risques que courent les souscripteurs. Il ne fait pas de doute que, s'il s'avère que la compagnie est capable d'honorer à l'échéance ses engagements, c'est la meilleure issue pour les souscripteurs. Toutefois, compte tenu de l'opinion du surintendant, cette issue semble fort improbable. J'estime donc que vous devez évaluer le risque que courent les souscripteurs en tenant compte des diverses options. Je crois de fait que c'est l'intérêt des souscripteurs qui doit primer.

Il convient de noter, à titre d'information, que, dans le cas d'une liquidation assortie d'une réassurance proportionnelle comme celle que recommande le surintendant, l'acheteur prendrait l'entreprise de la Sovereign en charge au prix dicté par la valeur des actifs de la Sovereign. Moins la valeur des actifs est élevée, plus la réduction que l'acheteur consent aux souscripteurs sur la valeur nominale de la police est élevée. Les polices dont le montant s'élève jusqu'à

run CompCorp policyholder insurance arrangement. Policyholders with policies over the \$200,000 CompCorp limit would stand to lose as coverage would be reduced by the amount of the discount of the buyer of the business.

If the company remains open pursuant to the company's recommendation, and deteriorates further as the Superintendent believes, or is found as of February to be in worse shape than the company now believes, it is policyholders who will be harmed. For example, policyholders with claims prior to a closure would be paid out in full while policyholders with claims after a closure would receive payouts only to the maximum of \$200,000 provided by CompCorp. Also, while a liquidation could probably be done now with all of the assets and liabilities being sold to a buyer at a small discount, a liquidation done later might only be done by selling the assets and liabilities at a much deeper discount. I think that it is valid to base a decision on minimising the risk of further downsize for policyholders as opposed to basing a decision on a chance of an upside.

In the result, the Minister of State recommended that the Minister of Finance adopt the Superintendent's three recommendations.

[54] The "conclusions" of the Minister of State, which really amount to an analysis of the material before the Minister as well as conclusions, were clearly a succinct summary, from one individual's perspective, of the position of the Superintendent and the sum total of the representations of Sovereign that were before the Minister. They undoubtedly would not have been supported by Sovereign if Sovereign had been provided an opportunity to respond to them. But that is not the issue or question here under examination. To reiterate, the issue or question under examination is whether or not the Minister fettered his discretion by receiving and presumably taking into account a report from the Minister of State containing analysis and conclusions and making recommendations.

[55] Counsel for Sovereign urged that the Minister of State, in effect, acted as the decision-maker and

200 000 \$ et les rentes dont le montant s'élève jusqu'à 60 000 \$ sont pleinement protégées par le régime d'assurance de la CompCorp qui est géré par l'industrie. Les souscripteurs qui ont des polices dont la valeur dépasse la limite de 200 000 \$ fixée par la CompCorp risqueraient de perdre, étant donné que leur protection serait diminuée en fonction du montant de la réduction consentie à l'acheteur de l'entreprise.

Si la compagnie demeure ouverte conformément à la recommandation de la compagnie, et que sa situation se détériore encore plus, comme le surintendant le croit, ou qu'on découvre en février qu'elle est dans un état pire que ce qu'elle prévoit présentement, ce sont les souscripteurs qui subiront un préjudice. Par exemple, les souscripteurs dont les créances sont antérieures à la cessation des activités verraient leurs demandes d'indemnité entièrement réglées, tandis que les souscripteurs dont les demandes d'indemnité sont postérieures à cet événement ne seraient payés que jusqu'à concurrence de la limite de 200 000 \$ garantie par la CompCorp. De plus, bien qu'une liquidation puisse probablement avoir lieu présentement de sorte que l'actif et le passif seraient vendus en entier à un acheteur avec une modeste réduction, une liquidation effectuée plus tard ne pourrait être effectuée qu'en vendant l'actif et le passif à un prix beaucoup moins élevé. J'estime qu'on peut valablement fonder la décision à prendre en fonction de la minimisation des risques que courent les souscripteurs d'assister à une baisse de valeur encore plus grande plutôt qu'en fonction des possibilités de reprise.

En conséquence, le ministre d'État a recommandé que le ministre des Finances accepte les trois recommandations du surintendant.

[54] Les «conclusions» du ministre d'État, qui équivalent en réalité à une analyse des documents soumis au ministre ainsi qu'à des conclusions, étaient de toute évidence un résumé succinct, du point de vue d'un individu déterminé, de la position du surintendant et de la totalité des observations de la Sovereign qui avaient été soumises au ministre. Il est indubitable que la Sovereign ne les aurait pas appuyées si elle avait eu la possibilité d'y répondre. Mais ce n'est pas la question qui nous intéresse en l'espèce. Une fois de plus, la question à l'examen est celle de savoir si le ministre a entravé ou non l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en recevant un rapport du ministre d'État qui renfermait une analyse et des conclusions et en en tenant vraisemblablement compte pour faire ses recommandations.

[55] L'avocat de la Sovereign affirme que c'est effectivement le ministre d'État qui a pris la décision

made the decision required by the Act to be made by the Minister of Finance, in the absence of full delegation under section 704 of the Act. He argued that, the report of the Minister of State having been made on 17 December 1992, a Thursday, and the decision letter of the Minister having been dated Monday the 21st of December, I should conclude that the Minister of Finance made no decision at all. I have already concluded earlier in these reasons that the Minister formed his own belief and made his own decision.

[56] In the context of an administrative decision-making process such as that here at issue, I am satisfied that it is open to the Minister of the Crown charged with making a decision of wide and significant import to seek advice where he or she considers it appropriate to do so, subject of course to conflict of interest considerations and limitations provided by law. I have already noted my conclusion that the Minister of State was not acting under a delegation under section 704 of the Act that in any way constrained his initiative in reporting to the Minister of Finance as he clearly and unequivocally indicated to representatives of Sovereign that he would. I find no basis whatsoever for concluding that the Minister of State erred in jurisdiction by exercising the initiative to analyze the representations, on both sides of the issue, made directly to him and directly to the Minister of Finance, by drawing conclusions from that analysis, and by making recommendations to the Minister of Finance. It was entirely open to the Minister of Finance, if he chose so to do, to ignore the analysis, conclusions, and recommendations of the Minister of State. In the event, he did not fully adopt the recommendations of either the Superintendent or the Minister of State.

DID THE MINISTER BREACH THE DUTY OF FAIRNESS IN FAILING TO SHARE WITH SOVEREIGN THE REPORT BY THE MINISTER OF STATE AND THE LETTER FROM COMPCORP?

qui, selon la Loi, devait être prise par le ministre des Finances, sans que la totalité des pouvoirs prévus à l'article 704 lui soient délégués conformément à cet article. Il ajoute que, comme le rapport du ministre d'État a été fait le 17 décembre 1992, un jeudi, et que le ministre a pris sa décision dans une lettre portant la date du lundi 21 décembre, je devrais conclure que le ministre des Finances n'a pris aucune décision. Or, j'ai déjà conclu dans les présents motifs que le ministre s'était formé sa propre opinion et qu'il avait pris sa propre décision.

[56] Je suis convaincu que, dans le contexte d'un processus administratif de prise de décision comme celui qui est en litige en l'espèce, il est loisible au ministre de la Couronne qui est chargé de prendre une décision ayant des répercussions profondes et significatives de consulter les personnes qu'il juge bon de consulter, sous réserve évidemment de tout conflit d'intérêt et des limites prescrites par la loi. J'ai déjà souligné que je concluais que le ministre d'État n'agissait pas en vertu d'une délégation de pouvoirs faite selon l'article 704 de la Loi qui l'empêchait de quelque façon que ce soit de faire rapport au ministre des Finances comme il a clairement indiqué aux représentants de la Sovereign qu'il le ferait. Il n'existe selon moi absolument aucune raison de conclure que le ministre d'État a commis une erreur de compétence en prenant l'initiative d'analyser les observations relatives aux deux aspects de la question qui lui avaient été soumises directement à lui et qui avaient été soumises directement au ministre des Finances, en tirant des conclusions de cette analyse, et en faisant des recommandations au ministre des Finances. Il était entièrement loisible au ministre des Finances, s'il décidait d'agir ainsi, de ne tenir aucun compte de l'analyse, des conclusions et des recommandations du ministre des Finances. En réalité, il n'a pas retenu toutes les recommandations du surintendant ou du ministre d'État.

LE MINISTRE A-T-IL MANQUÉ À SON OBLIGATION D'AGIR AVEC ÉQUITÉ EN NE COMMUNIQUANT PAS À LA SOVEREIGN LE RAPPORT DU MINISTRE D'ÉTAT ET LA LETTRE DE LA COMPCORP?

[57] I am satisfied that the duty of fairness owed by the Minister on an administrative decision such as this is relatively low. In *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*,⁸ Mr. Justice La Forest wrote at pages 1231 and 1232:

The aldermen who participate in such a process should be viewed accordingly not as judges, but as elected representatives who are answerable to the concerns of their constituents.

The above result finds support in the decisions of this Court in *Martineau v. Matsqui Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, and *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, which both stress that the attributes of natural justice that apply in a given context will vary according to the character of the decision made. Dickson J. puts the matter well in *Martineau*, *supra*, at pp. 628-29:

... A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual no procedural protection, and any attack upon such a decision will have to be founded upon abuse of discretion. Similarly, public bodies exercising legislative functions may not be amenable to judicial supervision. On the other hand, a function that approaches the judicial end of the spectrum will entail substantial procedural safeguards. Between the judicial decisions and those which are discretionary and policy-oriented will be found a myriad decision-making processes with a flexible gradation of procedural fairness through the administrative spectrum.

On the facts before me, I am satisfied that I am examining a ministerial decision, based on broad grounds of public policy, which in the words of Mr. Justice Dickson, as he then was, quoted with approval by Mr. Justice La Forest, "will typically afford the individual [in this case Sovereign] no procedural protection". An exception must, of course, be made for procedural protection required on the face of the statute authorizing the ministerial discretion, in this case, the Minister's obligation to provide Sovereign a reasonable opportunity to make representations.

[58] In *League for Human Rights of B'nai Brith Canada and Commission of Inquiry on War Criminals*,

[57] Je suis convaincu que l'obligation d'agir avec équité qui est imposée au ministre dans le cas d'une décision administrative comme celle qui nous occupe en l'espèce est relativement peu onéreuse. À cet égard, voici ce que le juge La Forest a écrit, dans l'arrêt *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*⁸, à la page 1232:

Les conseillers municipaux qui participent à un tel processus devraient être considérés en conséquence non pas comme des juges mais comme des représentants élus qui doivent répondre aux préoccupations de leurs électeurs.

Le résultat qui précède trouve appui dans les arrêts de notre Cour *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, et *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, qui soulignent, dans les deux cas, que les attributs de la justice naturelle qui s'appliquent dans un contexte donné varient selon la nature de la décision rendue. Le juge Dickson expose bien la question dans l'arrêt *Martineau*, précité, aux pp. 628 et 629:

... Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu, et une contestation de pareille décision devra se fonder sur un abus de pouvoir discrétionnaire. De même, on ne pourra soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative. D'autre part, une fonction qui se situe à l'extrémité judiciaire du spectre comportera des garanties procédurales importantes. Entre les décisions de nature judiciaire et celles qui sont de nature discrétionnaire et en fonction d'une politique, on trouve une myriade de processus décisionnels comportant un élément d'équité dans la procédure dont l'intensité variera selon sa situation dans le spectre administratif.

Vu l'ensemble des faits qui ont été portés à ma connaissance, je suis convaincu que nous sommes en présence d'une décision administrative fondée sur des motifs généraux d'ordre public, laquelle décision, pour reprendre les propos du juge Dickson, alors juge puîné que le juge La Forest a cités et fait siens: «n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu [en l'occurrence, à la Sovereign]». Une exception doit évidemment être faite dans le cas de la protection procédurale exigée au vu de la loi qui autorise le pouvoir discrétionnaire administratif, en l'occurrence, l'obligation de la Sovereign de donner à celle-ci la possibilité de présenter ses observations.

[58] Dans l'arrêt *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada et la Commission d'enquête sur*

Re,⁹ Mr. Justice Mahoney wrote at page 267:

In the particular circumstances of this Commission, the reports of the working group will not play the peripheral or incidental role which legal opinions usually play in the result of an inquiry. Instead, they are directed precisely to matters which the Commission is expressly required to address in its report. They are in the nature of expert evidence and to be dealt with accordingly. One would ordinarily expect the advice to a commission of any independent expert chosen by it to carry significant weight. [Underlining added by me for emphasis.]

Mr. Justice Mahoney continued at page 268:

It cannot be said that the opportunity afforded the appellant and other interested parties to present their own views and comment on the views of others fulfils the duty of fairness absent the opportunity to comment on the opinions of the independent experts.

It is trite law that what is required to discharge the duty of fairness varies with the circumstances of each case. In the present circumstances, I am satisfied that the opportunity to comment on the working group's reports is required. Fairness does not, however, in my opinion, demand that opportunities be afforded for further comment on the comments others may make on those reports. [Underlining added by me for emphasis.]

[59] In *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*,¹⁰ Mr. Justice Décaré wrote at page 13:

In the case at bar, the appellant certainly was never in a position to foresee, *a fortiori* to counter, the decision the Commission was going to make, nor to know nor even suspect the grounds on which it would decide not to follow its investigator's recommendation. The investigation report was in fact favourable to her. The Service's comments were filed without her knowledge and outside the time limit which the Commission had imposed and described as mandatory. These comments were much more than argument based on the facts set out by the investigator in his report; on the contrary, they were replete with facts that did not appear in the file that had until then been before the Commission, and went so far as to attack the appellant's credibility.

Mr. Justice Décaré continued at page 14:

I am not saying that the rules of procedural fairness require that the Commission systematically disclose to one

*les criminels de guerre, Re*⁹, le juge Mahoney écrit, à la page 267:

Dans les circonstances particulières dans lesquelles se trouve la Commission, les rapports du groupe de travail ne joueront pas le rôle secondaire ou accessoire ordinairement réservé aux avis juridiques dans le résultat d'une enquête. Ils visent au contraire précisément les questions dont la Commission doit expressément traiter dans son rapport. Ils s'apparentent aux témoignages d'experts et doivent être considérés comme tels. Il serait normal de s'attendre à ce que l'avis d'un expert indépendant à la Commission qui l'a choisi ait un poids considérable. [Mots non soulignés dans l'original.]

Le juge Mahoney poursuit en déclarant, à la page 268:

On ne peut pas dire que la possibilité accordée à l'appelante et à d'autres parties intéressées d'exprimer leurs vues et de faire des observations sur la position d'autres parties remplit l'obligation d'équité faite à la Commission si on ne leur permet pas aussi de présenter des observations sur les avis des experts indépendants.

C'est une règle de droit bien établie que l'obligation d'équité se respecte de diverses façons, selon les circonstances de l'espèce. Dans les circonstances présentes, je ne doute pas que la possibilité de faire des observations sur les rapports du groupe de travail doit être offerte. Cependant, la justice n'exige pas, à mon avis, qu'il y ait aussi possibilité de faire des remarques sur les commentaires que d'autres pourront passer sur ces rapports. [Mots non soulignés dans l'original.]

[59] Dans l'arrêt *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*¹⁰, le juge Décaré a tenu les propos suivants, à la page 13:

En l'espèce, il est certain que l'appelante n'a jamais été en mesure de prévoir, et *a fortiori*, de parer, la décision qu'allait rendre la Commission, non plus que de connaître ou même soupçonner les motifs qui allaient amener celle-ci à ne pas se rendre à la recommandation de son enquêteur. Le rapport d'enquête, en effet, lui était favorable. Les observations du Service ont été déposées à son insu et à l'extérieur d'un délai qualifié de rigueur par la Commission et imposé par celle-ci. Ces observations constituaient bien davantage qu'une argumentation fondée sur les faits relatés par l'enquêteur dans son rapport; elles étaient au contraire porteuses de faits qui n'apparaissaient pas au dossier placé jusqu'alors devant la Commission et allaient jusqu'à attaquer la crédibilité de l'appelante.

Le juge Décaré poursuit en déclarant, à la page 14:

Je ne dis pas que les règles d'équité procédurale exigent de la Commission qu'elle communique systématiquement à

party the comments it receives from the other; I am saying that they require this when those comments contain facts that differ from the facts set out in the investigation report which the adverse party would have been entitled to try to rebut had it known about them at the stage of the investigation, properly speaking.

In *Cardinal Insurance Co. and Minister of State (Finance), Re*,¹¹ a case with a fact situation much more similar to that before me than those in the immediately preceding cases and involving a decision-maker and a decision also of a more similar nature, Mr. Justice Urie wrote at pages 707 and 708:

I am of the opinion that the failure to make Cardinal aware of the existence of those documents and their contents [2 reports to the Minister by the Superintendent of Insurance and a third document in the nature of a briefing paper for a hearing held by the Minister] did not constitute a breach of a principle of natural justice. The memorandum of January 29, 1982, was, as stated, a report made in accordance with the requirements of s-s. 103.2(1) of the Act and, at the time of its issuance, all of the information contained therein was known to Cardinal, including, as already found, the possibility of the company's assets being taken over by the superintendent. In so far as the February 4th memorandum is concerned, much of the information contained therein was supplied by Cardinal and the remainder was known to it since it resulted from the meetings held with Union and Cardinal after January 29th. The briefing memorandum of February 8th, contains nothing that was not known to Cardinal.

In *Lazarov v. Secretary of State of Canada* (1973), 39 D.L.R. (3d) 738 at pp. 749-50, . . . Thurlow J., as he then was, had this to say about the requirement to disclose the existence of confidential reports and their contents:

In my opinion, therefore, the rule *audi alteram partem* applies whenever the Minister proposes to exercise his discretion to refuse an application on the basis of facts pertaining to the particular applicant or his application and where he has not already had an opportunity in the course of the proceedings before the Citizenship Court he must be afforded a fair opportunity in one way or another of stating his position with respect to any matters which in the absence of refutation or explanation would lead to the rejection of his application. That is not to say that a confidential report or its contents need be disclosed to him but the pertinent allegations which if undenied or unresolved would lead to rejection of his application must, as I see it, be made known to him to an extent sufficient to enable him to respond to them and he must have a fair

une partie les observations qu'elle reçoit de l'autre partie; je dis qu'elles l'exigent lorsque ces observations contiennent des éléments de fait distincts de ceux dont le rapport d'enquête faisait état et que la partie adverse aurait eu le droit de tenter de réfuter les eût-elle connus au stade de l'enquête proprement dite.

Dans l'arrêt *Compagnie d'assurance Cardinal et le Ministre d'État (Finances), Re*¹¹, qui portait sur une situation de fait qui ressemble beaucoup plus à celle qui m'est soumise que celle dont il était question dans les affaires que je viens de citer et qui concernait un décideur et une décision qui ressemblent bien davantage à ceux dont il est question en l'espèce, le juge Urie a écrit, aux pages 707 et 708:

Je suis d'avis que le défaut de mettre Cardinal au courant de l'existence de ces documents et de leur contenu ne constituait pas une violation d'un principe de justice naturelle. Comme indiqué plus haut, la note de service du 29 janvier 1982 était un rapport fait conformément au paragraphe 103.2(1) de la Loi et, à la date indiquée, Cardinal connaissait déjà tous les renseignements qu'elle contenait y compris, comme j'y ai déjà conclu, la possibilité d'une prise de contrôle de l'actif de la compagnie par le surintendant. En ce qui concerne la note de service du 4 février, une grande partie des renseignements émanait de Cardinal et celle-ci était au courant des autres informations puisqu'il s'agissait de comptes rendus des réunions qui avaient eu lieu entre l'Union et Cardinal après le 29 janvier. Le mémoire du 8 février ne contient rien que Cardinal ne connût déjà.

Dans *Lazarov c. Secrétariat d'État du Canada* (1973), 39 D.L.R. (3d) 738, aux pages 749 et 750 . . . le juge Thurlow, plus tard juge en chef, s'est prononcé en ces termes . . . à propos de l'obligation de divulguer l'existence de rapports confidentiels et leur contenu:

En conséquence, à mon avis, la règle *audi alteram partem* s'applique chaque fois que le Ministre se propose d'exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser une demande tenu des faits relatifs à un requérant donné ou à sa demande; et on doit accorder au requérant, d'une façon ou d'une autre, l'occasion de présenter son point de vue sur une considération qui, en l'absence d'une réfutation ou d'une explication, entraînerait le rejet de sa demande, s'il n'a pas déjà eu la possibilité de le faire au cours des procédures devant la Cour de la citoyenneté. Ceci ne veut pas dire qu'on doit nécessairement lui communiquer le texte ou la teneur d'un rapport confidentiel; mais on doit le lui faire connaître suffisamment bien pour lui permettre de répondre aux allégations pertinentes qui, si on ne leur oppose aucune dénégation ou explica-

opportunity to dispute or explain them.

I am of the opinion that this reasoning is wholly applicable to this case. There had been from the beginning complete disclosure of information in the possession of the Minister to Cardinal so that it was in a position to make full response thereto and to make all submissions and representations necessary to support its position.

[60] I am satisfied that the reasoning in *Cardinal* applies here and that the *League for Human Rights* and *Mercier* cases can be distinguished on their facts and on the basis of the nature of the decision-making bodies and the nature of the decisions to be made in those cases. The report of the Minister of State contained no new facts. Counsel for Sovereign argued that it was not a fair and complete summary of a hearing of Sovereign's representatives. Therefore, there was not before the Minister of Finance for his consideration in reaching his decision their representations or a fair and reasonable summary thereof. I reject that argument. There is no evidence before me on which to base a conclusion that Sovereign's written representations, and the transcript of its representatives' oral representations were not before the Minister.

[61] The analysis and conclusions contained in the report of the Minister of State also reflected no new facts and, further, added little if anything to the analysis and conclusions of the Superintendent. To the extent that it might have added anything, it was advice of an independent third party whose advice, I am satisfied, the Minister of Finance was entitled to seek and whose advice was not, as in the *League for Human Rights* case, in the nature of expert opinion.

[62] In the case of the CompCorp letter, I am satisfied that, on a careful reading of the letter, it contains no new information whatsoever other than the fact of CompCorp's support for the recommendations of the Superintendent. I am satisfied that that expression of support, of itself, was not information that the

tion, entraîneront le rejet de sa demande. On doit donc lui donner une possibilité raisonnable de les contester ou de s'en expliquer.

Ce raisonnement s'applique parfaitement en l'espèce, à mon avis. Dès le début, le ministre a toujours divulgué à Cardinal les renseignements qu'il avait en sa possession; cette dernière était donc en mesure d'y répondre pleinement et de soumettre tous les arguments et observations utiles pour défendre sa thèse.

[60] Je suis convaincu que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Cardinal* s'applique au cas qui nous occupe et que l'on peut établir une distinction entre la présente espèce et les affaires *Ligue des droits de la personne* et *Mercier* en raison de leur faits respectifs et des organes décideurs et des décisions à prendre dans ces affaires. Le rapport du ministre ne renfermait aucun fait nouveau. L'avocat de la Sovereign affirme que ce rapport ne constitue pas un résumé juste et complet des observations des représentants de la Sovereign. En conséquence, leurs observations ou un résumé acceptable de celles-ci n'ont pas été soumis au ministre des Finances pour qu'il en tienne compte avant de prendre sa décision. Je rejette cet argument. On ne m'a soumis aucun élément de preuve qui permette de conclure que les observations écrites de la Sovereign et la transcription des observations verbales de ses représentants n'ont pas été soumises au ministre.

[61] L'analyse et les conclusions contenues dans le rapport du ministre d'État ne révélaient pas non plus l'existence de nouveaux faits et, qui plus est, elles ajoutaient peu, sinon rien, à l'analyse et aux conclusions du surintendant. Dans la mesure où elles auraient pu ajouter quelque chose, il s'agissait de l'opinion d'un tiers indépendant. Or, je suis convaincu que le ministre des Finances avait le droit de consulter ce tiers dont l'opinion n'était pas, contrairement à l'opinion en question dans l'affaire *Ligue des droits de la personne*, de la nature d'une opinion d'expert.

[62] En ce qui concerne la lettre de la ComCorp, je suis, après l'avoir attentivement lue, convaincu qu'elle ne renferme pas le moindre nouvel élément d'information, hormis le fait que la ComCorp appuie les recommandations du surintendant. Je suis convaincu que l'expression de cet appui ne constitue pas en soi un

Minister was under an obligation to share or to provide an opportunity to respond to.

[63] In the result, I conclude that the Minister's failure to share with Sovereign the report of the Minister of State following his meeting with Sovereign's representatives and the letter of 14 December 1992 from CompCorp to the Minister provides no grounds for success by Sovereign on this appeal.

CONCLUSION

[64] I conclude that, against the standard of review applicable on an appeal such as this, Sovereign has failed to demonstrate an error that would warrant relief in its favour. In the result, this appeal will be dismissed.

[65] Rule 1312 of the *Federal Court Rules*¹² provides that no costs shall be payable by any party to a statutory appeal such as this unless the Court, in its discretion, for special reasons, so orders. No special reasons were urged on behalf of the Minister. There will be no order as to costs.

¹ S.C. 1991, c. 47. Ss. 680 to 682 have since been repealed. See S.C. 1996, c. 6, s. 96.

² R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18.

³ [1974] S.C.R. 875, at p. 877.

⁴ [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), at pp. 663-664. (not cited before me) (application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada filed June 10, 1997).

⁵ Sir William Wade and Christopher Forsyth, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1994.

⁶ [1986] 2 F.C. 205 (C.A.).

⁷ To the same effect, see *Martinoff v. Canada*, [1994] 2 F.C. 33 (C.A.), at p. 39.

⁸ [1990] 3 S.C.R. 1213.

⁹ (1986), 28 D.L.R. (4th) 264 (F.C.A.).

¹⁰ [1994] 3 F.C. 3 (C.A.).

¹¹ (1982), 138 D.L.R. (3d) 693 (F.C.A.).

¹² C.R.C., c. 663.

renseignement que le ministre était tenu de communiquer ou auquel il devait accorder la possibilité de répondre.

[63] En conséquence, je conclus que le défaut du ministre de communiquer à la Sovereign le rapport fait par le ministre d'État à la suite de sa rencontre avec les représentants de la Sovereign et la lettre du 14 décembre 1992 écrite par la ComCorp au ministre ne permet pas à la Sovereign d'obtenir gain de cause dans le présent appel.

DISPOSITIF

[64] Je conclus que, eu égard à la norme de contrôle applicable à un appel comme celui-ci, la Sovereign n'a pas réussi à démontrer l'existence d'une erreur qui justifierait qu'on lui accorde une réparation. En conséquence, le présent appel sera rejeté.

[65] La Règle 1312 des *Règles de la Cour fédérale*¹² dispose qu'il n'y a pas de dépens entre les parties à un appel interjeté en vertu de la loi comme celui-ci, à moins que la Cour, à sa discrétion, ne l'ordonne pour une raison spéciale. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

¹ L.C. 1991, ch. 47. Les art. 680 à 682 ont depuis été abrogés (voir L.C. 1996, ch. 6, art. 96).

² L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18.

³ [1974] R.C.S. 875, à la p. 877.

⁴ [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), aux p. 663 et 664 (n'a pas été cité devant moi) (demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada déposée le 10 juin 1997).

⁵ Sir William Wade et Christopher Forsyth, 7^e éd., Oxford: Clarendon Press, 1994.

⁶ [1986] 2 C.F. 205 (C.A.).

⁷ Dans le même sens, voir: *Martinoff c. Canada*, [1994] 2 C.F. 33 (C.A.), à la p. 39.

⁸ [1990] 3 R.C.S. 1213.

⁹ (1986), 28 D.L.R. (4th) 264 (C.A.F.).

¹⁰ [1994] 3 C.F. 3 (C.A.).

¹¹ (1982), 138 D.L.R. (3d) 693 (C.A.F.).

¹² C.R.C., ch. 663.

T-1928-96

The Attorney General of Canada and Bonnie Petzinger (Applicants)

v.

The Information Commissioner of Canada and Michel Drapeau (Respondents)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, October 24, 1996 and September 8, 1997.

Access to information — Act provisions precluding disclosure of information gathered in course of investigation applicable to preclude disclosure in judicial review proceedings initiated to review decision of Information Commissioner as result of investigation.

Practice — Discovery — Production of documents — Act provisions precluding disclosure of information gathered in course of investigation applicable to preclude disclosure in judicial review proceedings initiated to review decision of Information Commissioner as result of investigation — Therefore, Commissioner's objection under R. 1613(2) to production of documents sought under R. 1612, upheld.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Within Court's inherent jurisdiction to strike motion, but discretion to do so should be exercised only where clear no basis for proceeding by originating motion — Motion to strike allowed: by Minister's decision not to implement Information Commissioner's recommendation, issue raised by application for judicial review became moot — Furthermore, where recommendation not clearly unreasonable in light of evidence and materials before Commissioner, and minimal standards of fairness applicable met, Court may not intervene — Discretion Commissioner's alone, not Court's — No ground upon which Court might intervene here established, even on prima facie basis, by application and supporting affidavits.

Practice — Parties — Standing — Information Commissioner properly excluded as respondent if matter were to

T-1928-96

Le procureur général du Canada et Bonnie Petzinger (requérants)

c.

Le Commissaire à l'information du Canada et Michel Drapeau (intimés)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 24 octobre 1996 et 8 septembre 1997.

Accès à l'information — Les dispositions de la Loi empêchant la divulgation de renseignements recueillis en cours d'enquête s'appliquent pour empêcher la divulgation de ce type de renseignements dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision que le Commissaire à l'information a prise par suite d'une enquête.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Les dispositions de la Loi empêchant la divulgation de renseignements recueillis en cours d'enquête s'appliquent pour empêcher la divulgation de ce type de renseignements dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision que le Commissaire à l'information a prise par suite d'une enquête — Par conséquent, l'opposition du commissaire, en vertu de la Règle 1613(2), à la production de documents demandés aux termes de la Règle 1612 est maintenue.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — La Cour est investie d'une compétence pour accorder ce genre de réparation, mais elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en ce sens uniquement lorsqu'il est évident que la requête introductive d'instance n'est aucunement fondée — La requête en radiation est accordée: en raison de la décision du ministre de ne pas donner suite à la recommandation du Commissaire à l'information, la question soulevée par la demande de contrôle judiciaire est devenue théorique — De plus, lorsque la recommandation n'est pas manifestement déraisonnable, compte tenu de la preuve dont le commissaire à l'information est saisi, et qu'il a respecté la norme d'équité minimale applicable, la Cour ne peut pas intervenir — Cela relève seulement du pouvoir discrétionnaire du commissaire, non de celui de la Cour — Aucun élément de preuve qui permette à la Cour d'intervenir en l'espèce n'a été établi, même à première vue, dans la demande ou les affidavits déposés au soutien de celle-ci.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Si l'affaire devait être entendue, il y aurait lieu d'exclure le Commis-

proceed to hearing — Proper standing that of intervenor with full party status to make submissions on issues other than merits of his decision.

Practice — Costs — Special reasons to award costs on solicitor-client basis payable by applicants to individual in access to information case incurred after order of Motions Judge denying injunctive relief on basis that no serious issue — Should have been clear to applicants' counsel hopeless to pursue claim for costs, illicit purpose allegations against individual respondent.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to strike originating notice of motion — Within Court's inherent jurisdiction to strike, but discretion exercised only where clear no basis for proceeding by originating motion.

The respondent, Drapeau, was an officer in the Canadian Armed Forces prior to his release in 1995. The grounds for release were disputed and that matter was the subject of other proceedings. Both before and after he left the Armed Forces, the respondent had frequently resorted to access to information proceedings, which were dealt with by the applicant, Petzinger, the Access to Information and Privacy Coordinator for the DND. In the course of the internal process leading to the respondent's release, Ms. Petzinger had given evidence, perceived by the respondent to be against his interests, upon which reliance was placed by the Department in its decision to release him. After his release, the respondent became dissatisfied with the treatment of his requests for information and filed a complaint with the Information Commissioner, alleging that Ms. Petzinger was in a position of conflict of interest in dealing with his requests for information.

After investigation, the Commissioner found that, although there was no actual conflict of interest, there was an appearance of one, and recommended that Ms. Petzinger have no further involvement in decision-making with respect to the administration of the respondent's requests under the *Access to Information Act* until all review proceedings relating to the termination of his employment with DND are concluded.

On August 26, 1996 the applicants herein filed motions for judicial review and a variety of orders of relief against the Information Commissioner and Drapeau, named as respondents. On the same day, they also sought interlocutory relief, on an urgent basis, in relation to the matters raised by

saire à l'information comme partie intimée — Il demeurait habilité à agir comme intervenant et à formuler des observations au sujet de points autres que le bien-fondé de sa décision.

Pratique — Frais et dépens — Raisons spéciales justifiant d'accorder des frais payables à l'intimé Drapeau par les requérants sur la base procureur-client à l'égard des procédures d'accès à l'information engagées après l'ordonnance par laquelle le juge des requêtes a refusé l'injonction pour le motif qu'il n'y avait pas de question sérieuse — Il aurait dû apparaître clairement aux avocats des requérants qu'il était vain de continuer de réclamer des frais, et de soutenir que l'intimé Drapeau poursuivait des fins illicites.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation d'un avis de requête introductive d'instance — La Cour est investie d'une compétence pour accorder ce genre de réparation, mais elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en ce sens uniquement lorsqu'il est évident que la requête introductive d'instance n'est aucunement fondée.

L'intimé, M. Drapeau, était un officier des Forces armées canadiennes jusqu'à ce qu'il soit libéré en 1995. Les motifs de sa libération étaient contestés et cette question faisait l'objet d'une autre instance. Tant avant qu'après son départ des Forces armées, l'intimé avait formulé à maintes reprises des demandes de renseignements, qui avaient été examinées par la requérante, M^{me} Petzinger, la coordonnatrice de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du ministère de la Défense nationale (MDN). Dans le cadre de procédures internes qui avaient mené à la libération de l'intimé, M^{me} Petzinger avait présenté des éléments de preuve qui, selon lui, allaient à l'encontre de ses intérêts et sur lesquels le ministère s'est fondé pour décider de le libérer. Après son départ, l'intimé s'est montré insatisfait des réponses qu'il avait obtenues à ses demandes de renseignements et a déposé auprès du Commissaire à l'information une plainte dans laquelle il alléguait que M^{me} Petzinger était en situation de conflit d'intérêts lorsqu'elle a examiné les demandes de renseignements qu'il avait présentées.

Après enquête, le Commissaire a conclu que, même s'il n'y avait aucun conflit d'intérêts réel, il y avait apparence de conflit et il a recommandé que M^{me} Petzinger ne participe plus aux décisions concernant le traitement des demandes de l'intimé aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information* jusqu'à la fin de toutes les procédures de révision liées à sa cessation d'emploi.

Le 26 août 1996, les requérants en l'espèce ont déposé une demande de contrôle judiciaire et diverses requêtes en vue d'obtenir réparation à l'encontre du Commissaire à l'information et de M. Drapeau, qui étaient désignés intimés. Le même jour, ils ont demandé des réparations interlocutoi-

their application for judicial review. And by letter dated August 28, the Deputy Minister of National Defence advised the Information Commissioner that DND did not accept his conclusion about conflict of interest and did not intend to follow his recommendation.

McKeown J. heard the two interlocutory motions on an urgent basis on August 30, 1996. The application for injunctive relief was dismissed.

On September 11, 1996, the applicants sought to file, *ex parte*, an amended originating notice of motion and three further affidavits in support of the application for judicial review. The Motions Judge directed that the applicants seek leave of the Court to file the amended originating notice of motion, and to file the additional affidavits. On September 27, the applicants filed a further motion for leave to file an additional affidavit. In both the original and the amended originating notice of motion, the applicants requested, pursuant to Rule 1612 of the *Federal Court Rules*, that the Commissioner forward a certified copy of certain materials. In response, the Commissioner filed a written objection, under Rule 1613. The applicants also questioned the Commissioner's standing as respondent. The standing of Ms. Petzinger as an applicant was raised by the Commissioner, and Drapeau submitted that he should not be a respondent. Finally, the Commissioner and Drapeau sought orders striking out the originating notice of motion and opposed the application for leave to file the amended originating notice of motion, and the motions to file additional affidavits.

Held, the Commissioner's objection to production of documents should be upheld; the originating notice of motion, struck; and the motion for leave to file the amended originating notice of motion and supplementary affidavits, dismissed. The order allowing Drapeau's application to strike out the applicants' originating notice of motion specified that costs were payable by the applicants to the respondent on a solicitor-client basis for proceedings after August 30, 1996.

(1) The Commissioner's objection to production of documents. Rules 1612 and 1613 of the *Federal Court Rules* provide that in proceedings for judicial review, a party may request in writing relevant material that is in the possession of the federal board, commission or tribunal against whose decision relief is sought, and, unless it objects in writing, it shall produce a certified copy of the material requested. In that event a judge may, after hearing the parties, order that a certified copy of the material requested be produced.

res urgentes à l'égard des questions soulevées par leur demande de contrôle judiciaire. Dans une lettre datée du 28 août, le sous-ministre de la Défense nationale a avisé le Commissaire à l'information que le MDN n'était pas d'accord avec sa conclusion au sujet du conflit d'intérêts et qu'il n'avait pas l'intention d'y donner suite.

Le juge McKeown a entendu d'urgence les deux requêtes interlocutoires le 30 août 1996. La demande d'injonction a été rejetée.

Le 11 septembre 1996, les requérants ont tenté de produire *ex parte* un avis modifié de requête introductive d'instance et trois autres affidavits au soutien de la demande de contrôle judiciaire. Le juge des requêtes a donné des directives écrites enjoignant aux requérants d'obtenir l'autorisation de la Cour afin de produire l'avis modifié de requête introductive d'instance et les affidavits supplémentaires. Le 27 septembre, ils ont déposé une autre requête afin d'obtenir l'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire. Tant dans l'avis original de requête introductive d'instance que dans la version modifiée, les requérants demandaient au Commissaire, aux termes de la Règle 1612 des *Règles de la Cour fédérale*, d'expédier une copie certifiée de certains documents. En réponse à cette demande, le Commissaire a déposé, en application de la Règle 1613, une opposition écrite. Les requérants ont contesté également la qualité du commissaire pour agir comme intimé. Le Commissaire a contesté la qualité de M^{me} Petzinger pour agir comme partie requérante et M. Drapeau a soutenu qu'il ne devrait pas être désigné intimé. Enfin, le Commissaire et M. Drapeau ont sollicité des ordonnances radiant l'avis de requête introductive d'instance et ont contesté la demande d'autorisation de déposer l'avis modifié de requête introductive d'instance et les requêtes visant à obtenir l'autorisation de produire des affidavits supplémentaires.

Jugement: l'opposition du Commissaire à la production des documents doit être maintenue; l'avis de requête introductive d'instance doit être radié; et la requête en vue d'obtenir l'autorisation de déposer un avis modifié de requête introductive d'instance et des affidavits supplémentaires doit être rejetée. L'ordonnance faisant droit à la demande de M. Drapeau visant à radier l'avis de requête introductive d'instance des requérants mentionnait que ceux-ci étaient tenus de payer à cet intimé des frais sur la base procureur-client à l'égard des procédures engagées après le 30 août 1996.

(1) Opposition du Commissaire à la production de documents. Les Règles 1612 et 1613 des *Règles de la Cour fédérale* disposent que, dans une demande de contrôle judiciaire, une partie peut demander par écrit des documents pertinents se trouvant en la possession de l'office fédéral qui a rendu la décision visée par la demande de contrôle et l'office en question est alors tenu de produire une copie certifiée des documents demandés, sauf s'il s'y oppose par écrit. En pareil cas, un juge peut, après avoir entendu les

However, Rules 1612 and 1613 do not extend to documents and records of the Commissioner which are precluded from disclosure by the Act. Although section 32 of the Act provides that the head of the institution concerned should be notified of the intention to carry out the investigation and of the substance of the complaint, the Act clearly gives the Commissioner, subject to relevant provisions of the Act, the authority to determine the process of investigation and the procedure to be followed in the performance of any duty or function. Furthermore, under subsection 63(1) of the Act, the decision of what information to disclose to parties against whom complaints are made, is a decision based on the Commissioner's opinion of what is necessary to carry out an investigation or to establish the basis for the findings and recommendations of a report under the Act. Therefore, absent a strong case that the disclosure already made does not reasonably meet those objectives, the Court may not intervene to direct the Commissioner that the discretion vested in him has not been properly exercised, and that he must disclose further information. The decision of the Court of Appeal in *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1994] 2 F.C. 707 (C.A.), where it was held that the complainant was properly refused access to representations made to the Commissioner during an investigation, was conclusive of this issue: if that sort of information may not be compelled to be provided in review proceedings set out in the Act itself, because of provisions of the Act against disclosure, those provisions should similarly be applied to preclude disclosure in judicial review proceedings initiated to review the decision of the Commissioner as a result of an investigation, with a view to setting it aside.

(2) Amendment of, or striking out, the applicants' originating notice of motion. As indicated in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.), it is within the jurisdiction of the Court to grant such relief, but discretion to do so would be exercised only where it is clear there is no basis for proceeding by originating motion. If the originating notice of motion were not struck, then leave to amend it should be granted. However, the originating notice of motion should be struck. McKeown J.'s finding, in his decision of August 30, 1996 in earlier proceedings for injunctive and other relief in this case, that no serious issue was raised concerned the Commissioner's jurisdiction to report with his recommendations; it was not a comment on the seriousness of issues raised by the originating notice of motion as a whole. That finding, then, was not a basis for striking the original or amended originating notice of motion. However, by the Minister's decision not to implement the recommendation, the issue raised by this application for judicial review became moot. Because the relief now sought was moot in regard to any practical effect, pursuit of that relief by judicial review was futile in any

parties, ordonner la production d'une copie certifiée des pièces demandées. Cependant, les Règles 1612 et 1613 ne s'appliquent pas aux documents et dossiers du commissaire dont la Loi interdit la communication. Bien que l'article 32 de la Loi prévoit que le responsable de l'institution concernée doit être avisé de l'intention d'enquêter et de l'objet de la plainte, la Loi confère clairement au Commissaire, sous réserve des dispositions pertinentes de la Loi, le pouvoir de déterminer la procédure d'enquête et la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions. De plus, selon le paragraphe 63(1) de la Loi, la détermination des renseignements à divulguer aux parties visées par une plainte est une décision fondée sur l'avis du Commissaire quant aux renseignements nécessaires pour mener une enquête ou pour motiver les conclusions et recommandations contenues dans un rapport prévu dans la Loi. Donc, en l'absence d'une preuve prépondérante indiquant que les documents déjà communiqués ne respectent pas raisonnablement ces objectifs, la Cour ne peut intervenir pour ordonner au Commissaire de divulguer d'autres renseignements parce qu'il n'a pas bien exercé le pouvoir discrétionnaire dont il est investi. L'arrêt de la Cour d'appel rendu dans *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1994] 2 C.F. 707 (C.A.), où il a été jugé que le refus opposé au plaignant à l'égard de la communication des observations présentées au Commissaire au cours d'une enquête était bien fondé, tranchait de façon définitive la question soulevée en l'espèce: si la communication de ce type de renseignements ne peut être exigée dans des procédures de révision prévues par la Loi elle-même, en raison des dispositions de la Loi qui en interdisent la communication, il faut appliquer ces dispositions de la même façon pour empêcher la divulgation de ce type de renseignements dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision que le Commissaire a prise par suite d'une enquête.

(2) Modification ou radiation de l'avis de requête introductive d'instance des requérants. Comme il a été mentionné dans l'arrêt *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1^{re} inst.), la Cour est investie d'une compétence pour accorder ce genre de réparation, mais elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en ce sens uniquement lorsqu'il est évident que la requête introductive d'instance n'est aucunement fondée. Si la requête introductive d'instance n'était pas radiée, il faudrait alors autoriser sa modification. Cependant, la requête introductive d'instance devrait être radiée. La conclusion que le juge McKeown avait tirée, dans sa décision du 30 août 1996 au cours des procédures antérieures visant à obtenir une injonction et d'autres réparations, au sujet de l'absence de question sérieuse portait sur le pouvoir du Commissaire de présenter un rapport et des recommandations; il ne s'agissait pas d'un commentaire sur le sérieux des questions soulevées dans l'ensemble de l'avis de requête introductive d'instance. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'invoquer cette conclusion pour radier l'avis de requête introductive d'instance ou sa version modifiée. Toutefois, en raison de la décision du

practical sense. That supported a conclusion that the proceedings should now terminate by striking the originating notice of motion. Furthermore, whereas the applicants sought to challenge the appropriateness of the Commissioner's recommendation, the merits of the recommendation are not a matter for the Court. Finally, since the application and supporting affidavits did not establish a basis for finding the Commissioner acted unlawfully, that his recommendation was clearly unreasonable on the basis of material before him, or that he failed to meet the minimal standard of fairness required in the exercise of his administrative discretion, the Court could not intervene.

(3) Application to file supplementary affidavits. If the originating notice of motion were not struck, the motion to file supplementary affidavits would be allowed, without any comment on the weight any of the evidence so added would have in these proceedings.

(4) Standing of the parties. The Court of Appeal decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447, clearly determined that the federal board, commission or tribunal whose decision is subject to review is not a proper party respondent but may be an intervenor in these proceedings, not to argue the merits or the decision made, but to deal with questions of jurisdiction and process. Therefore, if this matter were to proceed to a hearing, the Commissioner should be excluded as a respondent but given standing as intervenor with full party status to make submissions on issues other than the merits of his decision. And since the respondent, Drapeau, is "an interested person who is adverse in interest to the applicant[s]" in the proceedings before the Information Commissioner, he would be properly named as a respondent in the notice of motion. Petzinger and the Minister of National Defence were properly applicants in these proceedings.

(5) Costs. Rule 1618 provides that in respect of an application for judicial review no costs shall be payable unless the Court, for special reasons, so orders. Here all parties asked for costs. Costs on a solicitor-client basis are payable by the applicants to respondent Drapeau in regard to all proceedings, after August 30, 1996, including his own motion to strike the originating notice of motion. After the decision of McKeown J. on August 30, 1996, it was clear that there was no possibility, in proceedings for judicial

ministère de ne pas donner suite à la recommandation, la question soulevée par la présente demande de contrôle judiciaire était devenue théorique. Étant donné que la réparation demandée était théorique maintenant en ce qui avait trait aux effets pratiques, la poursuite de cette demande dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire était futile en pratique. C'est pourquoi il était permis de conclure que l'affaire devrait maintenant se terminer par la radiation de l'avis de requête introductive d'instance. De plus, alors que les requérants visaient à contester le bien-fondé de la recommandation du Commissaire, le bien-fondé de cette recommandation n'était pas une question relevant de la compétence de la Cour. En dernier lieu, comme la demande et les affidavits à l'appui ne renfermaient aucun élément permettant de conclure que le Commissaire avait agi illégalement, que ses recommandations étaient manifestement déraisonnables, en regard de la preuve dont il était saisi, ou qu'il n'avait pas respecté la norme d'équité minimale exigée de lui dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, la Cour ne pouvait pas intervenir.

(3) Demande en vue de déposer des affidavits supplémentaires. Si l'avis de requête introductive d'instance n'était pas radié, la requête en vue de la production des affidavits supplémentaires serait accueillie, sans commentaire sur l'importance que l'un ou l'autre des éléments de preuve ainsi ajoutés aurait dans la présente instance.

(4) Qualité des parties. La décision que la Cour d'appel a rendue dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447, a établi clairement que l'office fédéral dont la décision est visée par une demande de contrôle judiciaire ne peut être partie intimée, mais il peut intervenir dans cette instance, non pas pour plaider le bien-fondé de la décision rendue, mais pour présenter des arguments sur les questions de la compétence et de la procédure. Par conséquent, si la présente affaire devait être entendue, il y aurait lieu d'exclure le Commissaire à l'information comme partie intimée, mais celui-ci devrait demeurer habilité à agir comme intervenant et à formuler des observations au sujet de points autres que le bien-fondé de sa décision. Et comme l'intimé, M. Drapeau, est une «personne intéressée dont les intérêts sont opposés à ceux du[des] requérant[s]» dans les procédures engagées devant le Commissaire à l'information, il serait désigné en bonne et due forme à titre d'intimé dans l'avis de requête. M^{me} Petzinger et le ministre de la Défense nationale étaient désignés requérants à bon droit en l'espèce.

(5) Frais. La Règle 1618 énonce qu'il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales. Dans la présente affaire, toutes les parties demandent des frais. Les requérants doivent payer à l'intimé, M. Drapeau, des frais sur la base procureur-client à l'égard de toutes les procédures, après le 30 août 1996, dont sa propre requête en radiation de l'avis de requête introductive d'instance. Après la décision rendue par le juge McKeown

review, of a declaration or other relief directed to Drapeau, a private citizen, yet the applicants did not withdraw all claims against him. Also, continuing the claim for costs against the respondent, Drapeau, left him no alternative to continuing in an active role, with counsel, in the proceedings to date. Finally, there was no basis to applicants' submissions that Drapeau's purposes or intent in making a complaint to the Commissioner were illicit or improper. These circumstances constituted special reasons warranting an order for costs pursuant to Rule 1618.

le 30 août 1996, il est devenu évident qu'il n'était pas possible, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, qu'un jugement déclaratoire soit rendu ou qu'une autre forme de réparation soit accordée à l'encontre de M. Drapeau, qui est un citoyen privé; pourtant, les requérants n'ont pas retiré toutes les demandes qu'ils avaient formulées contre lui. De plus, comme la demande de frais formulée contre lui n'avait pas été retirée, M. Drapeau n'avait pas le choix et devait continuer à jouer un rôle actif, avec l'aide de son avocate, dans les procédures engagées jusqu'à maintenant. Enfin, rien ne venait étayer les arguments des requérants selon lesquels les fins ou l'objet que M. Drapeau visait dans une plainte adressée au Commissaire étaient illicites ou inappropriés. Ces circonstances constituaient une raison spéciale justifiant une ordonnance fondée sur la Règle 1618.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 30 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), 32, 34, 35, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 1), 37, 41, 62, 63 (as am. *idem*), 65 (as am. *idem*).

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

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 303(1), 1602(3) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1603(1) (as enacted *idem*), 1612 (as enacted *idem*), 1613 (as enacted *idem*), 1618 (as enacted *idem*).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 30 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), 32, 34, 35, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, item 1), 37, 41, 62, 63 (mod., *idem*), 65 (mod., *idem*).

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 303(1), 1602(3) (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1603(1) (éditée, *idem*), 1612 (éditée, *idem*), 1613 (éditée, *idem*), 1618 (éditée, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council), [1994] 2 F.C. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); affd [1996] 1 S.C.R. 6; (1996), 1 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394; *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 91; 11 C.E.L.R. (N.S.) 1; 64 F.T.R. 127 (T.D.); *American Cyanamid Co. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 461; 81 F.T.R. 174 (F.C.T.D.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé), [1994] 2 C.F. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); conf. par [1996] 1 R.C.S. 6; (1996), 1 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394; *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 91; 11 C.E.L.R. (N.S.) 1; 64 F.T.R. 127 (1^{re} inst.); *American Cyanamid Co. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 461; 81 F.T.R. 174 (C.F. 1^{re} inst.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Canada (Human Rights Commission) v. Pathak, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); *Majeed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 75 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) et al. v. Information Commissioner (Can.) et al. (1996), 119 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345.

APPLICATIONS, by applicants, for leave to file an amended originating notice of motion and to file additional affidavits, and requesting that the Commissioner produce certain materials; by respondent Commissioner, objecting to the production of certain materials, and by both respondents for an order striking out the originating notice of motion. Applications by applicants dismissed; application to strike allowed, with costs on a solicitor-client basis to respondent Drapeau only; Commissioner's objection to production of documents upheld.

COUNSEL:

Dogan D. Akman and Commander Stanley J. Blythe for applicants.
Daniel Brunet and Nathalie Daigle for respondent Information Commissioner of Canada.
Martha A. Healey for respondent Michel Drapeau.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicants.
Office of Information Commissioner of Canada for respondent Information Commissioner of Canada.
Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for respondent Michel Drapeau.

The following are the reasons for order rendered in English by

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak, [1995] 2 C.F. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); *Majeed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 75 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Procureur général) et al. c. Commissaire à l'information (Can.) et al. (1996), 119 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345.

REQUÊTES présentées par les requérants en vue d'être autorisés à déposer un avis modifié de requête introductive d'instance et à déposer des affidavits supplémentaires, et demandant au commissaire de produire certains documents; par l'intimé le commissaire en vue de s'opposer à la production de certains documents, et par les deux intimés en vue d'obtenir une ordonnance radiant l'avis de requête introductive d'instance. Requêtes des requérants rejetées; requête en radiation accueillie, avec dépens sur une base procureur-client en faveur de l'intimé Drapeau seulement; opposition du commissaire à la production de documents maintenue.

AVOCATS:

Dogan D. Akman et commander Stanley J. Blythe pour les requérants.
Daniel Brunet et Nathalie Daigle pour l'intimé le Commissaire à l'information du Canada.
Martha A. Healey pour l'intimé Michel Drapeau.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les requérants.
Bureau du Commissaire à l'information du Canada pour l'intimé le Commissaire à l'information du Canada.
Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour l'intimé Michel Drapeau.

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

[1] MACKAY J.: These reasons explain my disposition of a written objection to production of documents by the Information Commissioner, and also of four motions brought by the parties at an interlocutory stage in proceedings initiated by the applicants for judicial review.

[2] To understand the context in which the motions are brought, it is necessary to sketch the background. Mr. Michel Drapeau, named as one of the respondents in this matter, is a former officer in the Canadian Armed Forces where he served until he was released in 1995. The grounds for his release were disputed and that matter was the subject of other proceedings when this application was dealt with. It is said he had frequent resort to access to information proceedings both before and after he left the Armed Forces. His requests for access were dealt with by the applicant, Ms. Bonnie Petzinger, the Access to Information and Privacy Coordinator for the Department of National Defence (DND). In the course of internal departmental proceedings leading to Mr. Drapeau's release from the Armed Forces, Ms. Petzinger had given evidence, perceived by Mr. Drapeau to be against his interests, upon which reliance was placed by the Department in its decision that his service be terminated.

[3] After his release from the service Mr. Drapeau ultimately became dissatisfied with the responses or lack of them by DND to his requests for information. He filed a complaint with the Information Commissioner pursuant to section 30 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 as amended [S.C. 1992, c. 21, s. 4] (the Act). In that complaint, it was alleged that Ms. Petzinger was in a position of conflict of interest in dealing with his requests for information which led to a lack of objectivity on her part in dealing with his requests and resulted in a poorer level of service for his requests.

[4] An investigation was initiated by the Information Commissioner in relation to Mr. Drapeau's complaint in January 1996. In March Ms. Petzinger was interviewed by the Commissioner's staff in the presence of

[1] LE JUGE MACKAY: Les présents motifs concernent la décision que j'ai rendue au sujet d'une opposition écrite du Commissaire à l'information à la production de documents ainsi que de quatre requêtes interlocutoires que les parties ont présentées dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire des requérants.

[2] Pour comprendre le contexte des requêtes, il est nécessaire de résumer les faits à l'origine du litige. M. Michel Drapeau, un des intimés désignés en l'espèce, est un ancien officier des Forces armées canadiennes dont il a fait partie jusqu'à ce qu'il soit libéré en 1995. Les motifs de sa libération étaient contestés et cette question faisait l'objet d'une autre instance lors de l'examen de la présente demande. Apparemment, M. Drapeau a formulé à maintes reprises des demandes de renseignements tant avant qu'après son départ des Forces armées. Ses demandes ont été examinées par la requérante, M^{me} Bonnie Petzinger, la coordonnatrice de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du ministère de la Défense nationale (MDN). Dans le cadre de procédures ministérielles internes qui ont mené à la libération de M. Drapeau, M^{me} Petzinger a présenté des éléments de preuve qui, selon lui, allaient à l'encontre de ses intérêts et sur lesquels le Ministère s'est fondé pour décider de le libérer.

[3] Après son départ, M. Drapeau s'est finalement montré insatisfait des réponses qu'il a obtenues du MDN à ses demandes de renseignements. Il a donc déposé auprès du Commissaire à l'information une plainte fondée sur l'article 30 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et ses modifications [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4] (la Loi). Dans cette plainte, il a allégué que, lorsque M^{me} Petzinger a examiné les demandes de renseignements qu'il a présentées, elle était en situation de conflit d'intérêts, ce qui a donné lieu à un manque d'objectivité de sa part et, par conséquent, à une qualité de service inférieure à l'égard des demandes en question.

[4] En janvier 1996, le Commissaire à l'information a ouvert une enquête au sujet de la plainte de M. Drapeau. En mars, le personnel du Commissaire a interrogé M^{me} Petzinger en présence d'avocats. M^{me}

counsel. Both Ms. Petzinger and DND were provided opportunities to make submissions to the Commissioner, including submissions concerning the allegation of possible conflict of interest or appearance of bias on the part of Ms. Petzinger in dealing with Mr. Drapeau's requests. The Minister of National Defence submitted written representations to the Commissioner on July 19, 1996, responding to correspondence in June which had outlined the Commissioner's preliminary statement of his findings.

[5] On August 16, 1996, the Information Commissioner reported on his investigation of the complaint. That report, by letter dated August 16, 1996 to the Deputy Minister, DND, pursuant to section 37 of the Act, included the findings of the Commissioner in these terms:

. . . my findings are

1. the allegation of a lack of professional objectivity by Mrs. Petzinger in her dealings with Mr. Drapeau is not substantiated;
2. the allegation that Mrs. Petzinger subjected Mr. Drapeau to poor service in administering his access requests is not substantiated;
3. the allegation that Mrs. Petzinger is in a conflict of interest situation vis-à-vis Mr. Drapeau is substantiated in part. I find that, while there was no actual conflict of interest, there is an appearance of a conflict of interest. This arises because, in my view, past actions and positions taken by Mrs. Petzinger raise a reasonable apprehension of bias against Mr. Drapeau.
4. the allegations concerning privacy invasion do not fall within my mandate to investigate and I make no findings thereon.

Consequently, it is my conclusion that this complaint is, in part, well-founded. It is my recommendation that, for a period of time, Mrs. Petzinger have no further involvement in decision-making with respect to the administration of requests made by Mr. Drapeau or by NOVATIP Consulting under the ATIA [i.e. Access to Information Act]. It seems to me it would be appropriate for someone else to handle Mr. Drapeau's requests until all judicial or quasi-judicial proceedings, related to the termination of Mr. Drapeau's employment with ND, are concluded.

[6] On August 26, 1996 the applicants, the Attorney General of Canada and Ms. Petzinger filed and served an originating notice of motion seeking judicial review

Petzinger et le MDN ont eu la possibilité de présenter des observations au Commissaire, notamment quant à l'allégation de conflit d'intérêts ou encore de partialité dont M^{me} Petzinger aurait apparemment fait montre lors de l'examen des demandes de M. Drapeau. Le 19 juillet 1996, le ministre de la Défense nationale a remis au Commissaire des observations écrites en réponse à une lettre du mois de juin précédent qui faisait état du résumé préliminaire des conclusions du Commissaire.

[5] Le 16 août 1996, le Commissaire à l'information a présenté un rapport d'enquête au sujet de la plainte. Ce rapport, qui était présenté sous forme de lettre datée du 16 août 1996 et adressée au sous-ministre du MDN en application de l'article 37 de la Loi, comprenait les conclusions suivantes du Commissaire:

[TRADUCTION] . . . mes conclusions sont les suivantes:

1. l'allégation selon laquelle M^{me} Petzinger aurait fait montre d'un manque d'objectivité professionnelle à l'endroit de M. Drapeau n'est pas fondée;
2. l'allégation selon laquelle M^{me} Petzinger a accordé un traitement de piètre qualité aux demandes de renseignements de M. Drapeau n'est pas fondée;
3. l'allégation selon laquelle M^{me} Petzinger est en situation de conflit d'intérêts à l'endroit de M. Drapeau est fondée en partie. À mon avis, même s'il n'y avait aucun conflit d'intérêts réel, il y avait apparence de conflit du fait que les mesures et les positions antérieures de M^{me} Petzinger soulèvent, à mon sens, une crainte raisonnable de partialité à l'endroit de M. Drapeau;
4. les allégations d'atteinte à la vie privée dépassent la portée de mon mandat d'enquête et je ne formule aucune conclusion à ce sujet.

Par conséquent, j'en arrive à la conclusion que la plainte est partiellement bien fondée. Je recommande que, pendant un certain temps, M^{me} Petzinger ne participe plus aux décisions concernant le traitement des demandes de M. Drapeau ou de NOVATIP Consulting aux termes de la Loi sur l'accès à l'information. À mon avis, il convient qu'une autre personne traite les demandes de M. Drapeau jusqu'à la fin de toutes les procédures judiciaires ou quasi judiciaires liées à la cessation d'emploi de M. Drapeau.

[6] Le 26 août 1996, les requérants, le procureur général du Canada et M^{me} Petzinger, ont déposé et signifié un avis de requête introductive d'instance

and a variety of orders of relief against the Information Commissioner and Mr. Drapeau, named as respondents. I note that by letter of August 28, 1996 the Deputy Minister of National Defence, on behalf of the Minister, wrote to the Information Commissioner to advise that DND did not accept his conclusion about conflict of interest and did not intend to follow his recommendation.

[7] Also on August 26, 1996 the applicants together, by motions separate from their originating notice of motion, but referred to therein, sought interlocutory relief on an urgent basis in relation to the matters raised by their application for judicial review. First, they sought a confidentiality order that would permit filing of certain affidavits on a confidential basis. Second, they sought an order of prohibition or an injunction enjoining the Commissioner from taking any further steps or acting upon his investigation and his report, with respect to the complaint of Mr. Drapeau, and enjoining communication of the report to Mr. Drapeau, or if it were already in his possession enjoining him from using or communicating its contents without leave of the Court. They also sought an order to stay proceedings initiated by the Commissioner pending the outcome of the application for judicial review. I note the principal relief sought by the originating motion filed on August 26 included a declaration that Mr. Drapeau's complaint to the Information Commissioner with respect to Ms. Petzinger "is frivolous and vexatious and was filed for improper and illicit purposes", and the applicants sought an order in the nature of *certiorari* to set aside or quash the Commissioner's investigation report of August 16, 1996.

[8] The two interlocutory motions came on on an urgent basis before my colleague Mr. Justice McKeown and were dealt with on August 30, 1996 [(1996), 119 F.T.R. 77 (F.C.T.D.)]. The application for filing certain affidavits on a confidential basis was allowed in part, and the application for injunctive

(demande de contrôle judiciaire) et de requête en vue d'obtenir différentes réparations à l'encontre du Commissaire à l'information et de M. Drapeau, qui étaient désignés intimés. Je souligne que, dans une lettre datée du 28 août 1996, le sous-ministre de la Défense nationale a écrit au nom du ministre au Commissaire à l'information pour l'aviser que le MDN n'était pas d'accord avec sa conclusion au sujet du conflit d'intérêts et qu'il n'avait pas l'intention d'y donner suite.

[7] Le 26 août 1996, dans des requêtes différentes de leur avis de requête introductive d'instance, mais mentionnées dans celui-ci, les requérants ont demandé des réparations interlocutoires urgentes à l'égard des questions soulevées par leur demande de contrôle judiciaire. D'abord, ils ont demandé une ordonnance de non-divulgence qui aurait autorisé la production de certains affidavits sur une base confidentielle. En deuxième lieu, ils ont demandé une ordonnance d'interdiction ou une injonction interdisant au Commissaire de prendre d'autres mesures fondées sur son enquête et sur son rapport concernant la plainte de M. Drapeau et lui interdisant de communiquer le rapport à celui-ci ou, s'il se trouvait déjà en sa possession, lui interdisant d'utiliser le rapport ou d'en communiquer le contenu sans l'autorisation de la Cour. Ils ont également demandé une ordonnance portant suspension des procédures engagées par le Commissaire jusqu'au résultat de la demande de contrôle judiciaire. La principale réparation demandée dans la requête introductive d'instance déposée le 26 août était un jugement déclaratoire portant que la plainte présentée par M. Drapeau au Commissaire à l'information à l'égard de M^{me} Petzinger [TRADUCTION] «est futile et vexatoire et a été déposée à des fins inappropriées et illicites»; de plus, les requérants ont demandé une ordonnance de *certiorari* annulant le rapport d'enquête du Commissaire en date du 16 août 1996.

[8] Les deux requêtes interlocutoires ont été présentées d'urgence devant mon collègue le juge McKeown et réglées le 30 août 1996 [(1996), 119 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.)]. La demande visant à obtenir l'autorisation de produire certains affidavits sur une base confidentielle a été accueillie en partie et la demande

relief was dismissed. Thereafter on September 3, the Commissioner communicated to Mr. Drapeau the results of his investigation, including the recommendation made to the Minister, and the latter's rejection of the recommendation.

[9] On September 11, 1996 the applicants sought to file, in an *ex parte* manner, an amended originating notice of motion and three further affidavits in support of the application for judicial review. That led to written directions of September 19 by my colleague Mr. Justice Pinard directing that the applicants seek leave of the Court to file the amended originating notice of motion, and to file the additional affidavits. On that same day, September 19, the applicants filed a motion for leave to file the documents in question. On September 27, the applicants filed a further motion for leave to file an additional affidavit.

[10] In both the original originating notice of motion and the amended version for which leave to file is now sought, the applicants request, pursuant to Rule 1612 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)], that the Commissioner forward a certified copy of certain materials. In response, the Commissioner filed a written objection, under Rule 1613 [as enacted *idem*], an objection dated September 27, 1996, which was argued in this proceeding and is now disposed of by order.

[11] Also raised by the applicants' amended originating notice of motion is an issue concerning the standing in these proceedings of the Commissioner. The applicants question the Commissioner's standing as a respondent, though he was so named by them in the original originating notice of motion filed August 26, 1996. They do not question standing of the Commissioner as an intervenor. For purposes of the hearing in relation to the motions before the Court and here dealt with, in view of the Commissioner's involvement as a respondent in preliminary proceedings before Mr. Justice McKeown, and again before Madam Justice McGillis who set a schedule for preparation for hearing of these motions, I directed the Commissioner

d'injonction a été rejetée. Par la suite, le 3 septembre, le Commissaire a informé M. Drapeau des résultats de son enquête, y compris la recommandation qu'il avait présentée au ministre et le rejet par celui-ci de la recommandation.

[9] Le 11 septembre 1996, les requérants ont tenté de produire *ex parte* un avis modifié de requête introductive d'instance et trois autres affidavits au soutien de la demande de contrôle judiciaire. Le 19 septembre dernier, mon collègue le juge Pinard a donné des directives écrites enjoignant aux requérants d'obtenir l'autorisation de la Cour afin de produire l'avis modifié de requête introductive d'instance et les affidavits supplémentaires. À la même date, les requérants ont déposé une requête en vue d'obtenir l'autorisation de produire les documents en question. Le 27 septembre, ils ont déposé une autre requête afin d'obtenir l'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire.

[10] Tant dans l'avis original de requête introductive d'instance que dans la version modifiée visée par la présente demande d'autorisation, les requérants demandent au Commissaire, aux termes de la Règle 1612 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], d'expédier une copie certifiée de certains documents. En réponse à cette demande, le Commissaire a déposé, en application de la Règle 1613 [éditée *idem*], une opposition écrite datée du 27 septembre 1996 qui a été débattue en l'espèce et qui est réglée dans la présente ordonnance.

[11] Dans leur avis modifié de requête introductive d'instance, les requérants soulèvent également une question concernant la qualité du Commissaire pour agir en l'espèce. Les requérants contestent la qualité du Commissaire pour agir comme intimé, même s'ils l'ont ainsi désigné dans leur avis initial de requête introductive d'instance produit le 26 août 1996. Ils ne contestent pas le droit du Commissaire d'agir en qualité d'intervenant. Pour l'audition des requêtes présentées à la Cour et réglées en l'espèce, étant donné que le Commissaire est intervenu comme intimé dans des procédures préliminaires devant le juge McKeown puis devant M^{me} le juge McGillis, qui a fixé un calendrier relatif à la préparation et à l'audi-

should have the capacity to participate in the manner of a respondent in view of the preparations made for the hearing before the issue of standing was raised. The standing of Ms. Petzinger as an applicant is also raised, by the Commissioner, and Mr. Drapeau submits that he should not be a respondent, drawn in willy-nilly to a dispute between two public officers, the Attorney General of Canada and the Information Commissioner. These reasons deal with these various issues of standing.

[12] In addition to the Commissioner's objection and the motion for leave to file an amended originating notice of motion, two other motions, separately filed on September 27, 1996 by the Commissioner and by Mr. Drapeau, were also argued at the hearing. They seek orders striking out the originating notice of motion filed on behalf of the Attorney General and of Ms. Petzinger. Consistent with that position both the Commissioner and Mr. Drapeau opposed the application for leave to file the amended originating notice of motion, and the motions to file additional affidavits which the applicants sought leave to do.

[13] The several matters argued in this proceeding are dealt with in these reasons under the following headings:

- (i) The Commissioner's objection to production of documents;
- (ii) The amendment of or striking out the originating notice of motion;
- (iii) Applications to file supplementary affidavits;
- (iv) The standing of the several parties; and
- (v) Costs.

The Commissioner's objection to production of documents

[14] As noted, in the originating notice of motion, both the original and amended versions, applicants request production of documents. That is expressed as follows:

tion des requêtes en question, j'ai indiqué dans une directive que le Commissaire devrait être habilité à participer à titre d'intimé, compte tenu des préparations faites en vue de l'audition avant que la question de la qualité soit soulevée. Le Commissaire conteste également la qualité de M^{me} Petzinger pour agir comme partie requérante et M. Drapeau soutient qu'il ne devrait pas être désigné intimé et entraîné bon gré mal gré dans un différend entre deux fonctionnaires, le procureur général du Canada et le Commissaire à l'information. Toutes ces questions sont tranchées dans les présents motifs.

[12] En plus de l'opposition du Commissaire et de la requête en vue d'obtenir l'autorisation de déposer un avis modifié de requête introductive d'instance, deux autres requêtes, produites séparément le 27 septembre 1996 par le Commissaire et par M. Drapeau, ont également été plaidées à l'audience. Ces requêtes visent à obtenir des ordonnances radiant l'avis de requête introductive d'instance déposé au nom du procureur général et de M^{me} Petzinger. Compte tenu de cette position, le Commissaire et M. Drapeau ont tous deux contesté la demande d'autorisation de déposer l'avis modifié de requête introductive d'instance et les requêtes visant à obtenir l'autorisation de produire des affidavits supplémentaires.

[13] Les différentes questions débattues en l'espèce sont tranchées dans les présents motifs sous les rubriques suivantes:

- (i) l'opposition du Commissaire à la production de documents;
- (ii) la modification ou la radiation de l'avis de requête introductive d'instance;
- (iii) les demandes de production d'affidavits supplémentaires;
- (iv) la qualité des différentes parties;
- (v) les frais.

L'opposition du Commissaire à la production de documents

[14] Tel qu'il est mentionné précédemment, tant dans la version originale que dans la version modifiée de l'avis de requête introductive d'instance, les requérants demandent la production de documents:

The applicants, pursuant to Rule 1612 of the *Federal Court Rules*, request that the Commissioner send, both to the counsel for the applicants and to the Registry of the Court, a certified copy of the following materials which are in its possession.

The duly certified full Record of Proceedings before the Commissioner and within his office with respect to the Report, Findings and Recommendations under Review and without limiting the generality of the foregoing:

1. the tape recordings of all the proceedings and interviews;
2. the transcriptions of said tapes;
3. all notes, memoranda, written communication or oral communication reduced to writing with the co-respondent Michel Drapeau and other persons outside the Office of the Commissioner;
4. all notes, memorandum, written communication and oral communication reduced in writing between the Commissioner and his staff as well as among his staff in relation to the initiation and conduct of the investigation, the preparation of the preliminary and final reports other than communication which is covered by solicitor-client privilege . . .

[15] It is the Commissioner's position that the applicants have been provided with all the documents they are entitled to under the Act. They have all the correspondence between the Commissioner and DND concerning the complaint, including a copy of a summary of the Drapeau complaint; the notification of January 11, 1996 to the Minister of National Defence of the Commissioner's intention to investigate the complaint and of the substance of the complaint; the request by the Commissioner on June 7, 1996 to the Minister to make representations in relation to the Commissioner's preliminary statement of the results of his investigation; the report by the Commissioner to the Minister dated August 16, 1996 following consideration of representations made on behalf of the Minister on July 19, 1996; the acknowledgment on behalf of the Minister, dated August 28, 1996 which advised that the recommendation of the Commissioner would not be followed; and a copy of the Commissioner's report to the claimant dated September 3, 1996.

[16] All other materials relating to the investigation and the report of the Commissioner, including any

[TRADUCTION] Conformément à la Règle 1612 des *Règles de la Cour fédérale*, les requérants demandent au Commissaire de faire parvenir tant à leur avocat qu'au greffe de la Cour une copie certifiée des documents suivants qui se trouvent en sa possession.

Le dossier complet dûment certifié des procédures qui se sont déroulées devant le Commissaire et dans son bureau à l'égard du rapport, des conclusions et des recommandations sous examen, notamment:

1. les enregistrements magnétiques de toutes les procédures et des entrevues;
2. la transcription desdits enregistrements;
3. toutes les notes ainsi que les communications écrites et les communications verbales consignées par écrit et échangées avec le co-intimé Michel Drapeau et d'autres personnes qui ne font pas partie du bureau du Commissaire;
4. toutes les notes ainsi que les communications écrites et les communications verbales consignées par écrit et échangées entre le Commissaire et son personnel de même qu'entre les membres du personnel en question à l'égard de l'ouverture et du déroulement de l'enquête et de la préparation des rapports préliminaire et définitif, sauf les communications protégées par le secret professionnel de l'avocat . . .

[15] Le Commissaire soutient que les requérants ont obtenu tous les documents auxquels ils ont droit en vertu de la Loi. Ils ont en main toutes les lettres échangées entre le Commissaire et le MDN au sujet de la plainte, y compris une copie du résumé de la plainte de Drapeau, l'avis en date du 11 janvier 1996 qui a été remis au ministre de la Défense nationale quant à l'intention du Commissaire de mener une enquête au sujet de la plainte et quant à l'objet de celle-ci; l'avis en date du 7 juin 1996 dans lequel le Commissaire a demandé au ministre de formuler des observations au sujet de l'exposé préliminaire des résultats de l'enquête en question; le rapport en date du 16 août 1996 que le Commissaire a remis au ministre après avoir pris connaissance des observations formulées au nom de celui-ci le 19 juillet 1996; l'avis communiqué au nom du ministre le 28 août 1996, selon lequel la recommandation du Commissaire ne serait pas suivie, et une copie du rapport daté du 3 septembre 1996 que le Commissaire a adressé au plaignant.

[16] Selon le Commissaire, tous les autres documents liés à l'enquête et au rapport, y compris les

other materials within the descriptions of the applicants' four categories set out in the originating notice of motion, are said by the Commissioner to be privileged and are not to be disclosed, in accord with provisions of the Act. It is submitted that Rules 1612 and 1613 of the *Federal Court Rules* do not extend to documents and records of the Commissioner which are precluded from disclosure by the Act.

[17] Those Rules provide that in proceedings for judicial review, a party may request in writing relevant material that is in the possession of the federal board, commission or tribunal against whose decision relief is sought, and the board, commission or tribunal shall produce a certified copy of the material requested unless it objects to do so in writing. In that event a judge may, after hearing the parties, order that a certified copy of the material requested be produced.

[18] The sections of the Act upon which the Commissioner relies in declining to produce the documents here requested, in so far as they are relevant, include the following [sections 34, 35, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 1), 62, 63 (as am. *idem*), 65 (as am. *idem*)]:

34. Subject to this Act, the Information Commissioner may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act.

35. (1) Every investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner shall be conducted in private.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner, a reasonable opportunity to make representations shall be given to

- (a) the person who made the complaint,
- (b) the head of the government institution concerned, and

...

but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

autres documents visés par les descriptions des quatre catégories énoncées dans l'avis de requête introductive d'instance, sont privilégiés et aucun d'eux ne peut être communiqué, compte tenu des dispositions de la Loi. Le Commissaire ajoute que les Règles 1612 et 1613 des *Règles de la Cour fédérale* ne s'appliquent pas à ses documents et dossiers, dont la Loi interdit la communication.

[17] Ces Règles disposent que, dans une demande de contrôle judiciaire, une partie peut demander par écrit des documents pertinents se trouvant en la possession de l'office fédéral qui a rendu la décision visée par la demande de contrôle et l'office en question est alors tenu de produire une copie certifiée des documents demandés, sauf s'il s'y oppose par écrit. En pareil cas, un juge peut, après avoir entendu les parties, ordonner la production d'une copie certifiée des pièces demandées.

[18] Voici les dispositions de la Loi que le Commissaire invoque pour refuser de produire les documents demandés en l'espèce, dans la mesure où elles sont pertinentes [articles 34, 35, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, item 1), 62, 63 (mod., *idem*), 65 (mod., *idem*)]:

34. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information peut établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.

35. (1) Les enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire à l'information sont secrètes.

(2) Au cours de l'enquête, les personnes suivantes doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à l'information, nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet:

- a) la personne qui a déposé la plainte;
- b) le responsable de l'institution fédérale concernée;

...

36. (1) The Information Commissioner has, in relation to the carrying out of the investigation of any complaint under this Act, power

(a) to summon and enforce the appearance of persons . . .

(b) to administer oaths;

(c) to receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Information Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be inadmissible in a court of law;

...

(3) Except in a prosecution of a person for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, in a prosecution for an offence under this Act, or in a review before the Court under this Act or an appeal therefrom, evidence given by a person in proceedings under this Act and evidence of the existence of the proceedings is inadmissible against that person in a court or in any other proceedings.

...

62. Subject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act.

63. (1) The Information Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(a) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to

(i) carry out an investigation under this Act, or

(ii) establish the grounds for findings and recommendations contained in any report under this Act; or

(b) in the course of a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

36. (1) Le Commissaire à l'information a, pour l'instruction des plaintes déposées en vertu de la présente loi, le pouvoir:

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux;

...

(3) Sauf les cas où une personne est poursuivie soit pour une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, soit pour infraction à la présente loi, ou sauf les cas de recours en révision prévus par la présente loi devant la Cour ou les cas d'appel de la décision rendue par la Cour, les dépositions faites au cours de procédures prévues par la présente loi ou le fait de l'existence de ces procédures ne sont pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure.

...

62. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi.

63. (1) Le Commissaire à l'information peut divulguer, ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à divulguer, les renseignements:

a) qui, à son avis, sont nécessaires pour:

(i) mener une enquête prévue par la présente loi,

(ii) motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports et comptes rendus prévus par la présente loi;

b) dont la divulgation est nécessaire, soit dans le cadre des procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, soit lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

(2) The Information Commissioner may disclose to the Attorney General of Canada information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution if in the opinion of the Commissioner there is evidence thereof.

...

65. The Information Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a competent or compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

[19] For the applicants some eleven grounds are urged as bases for an order under subsection 1613(4) of the Rules that the materials they requested be produced. A number of those grounds relate to the key issue raised by the Commissioner, that is, to resolve any conflict between the Court's Rules and the terms of the Act, about disclosure. It is urged on behalf of the Attorney General that none of the sections of the Act relied upon by the Commissioner authorize withholding of the information requested, for Parliament could not have intended the Act to be construed to preclude disclosure of any information the Commissioner determines to withhold where it is alleged, as here, that the complaint is laid for malicious purposes and the investigation is not in accord with the Commissioner's mandate under the Act, or, as it was described, that the matter raised by the application for judicial review is "tainted by illegality".

[20] The applicants' allegations of illegality relate to concerns arising from their perceptions of how the Commissioner should conduct investigations. Here the complaint of the intervenor, Mr. Drapeau, was initiated in late November 1995. The Minister of National Defence was notified under section 32 of the Act on January 11, 1996 of the intention of the Commissioner

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, le Commissaire à l'information peut faire part au procureur général du Canada des renseignements qu'il détient à cet égard.

...

65. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice, au cours d'une enquête, des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes qui agissent en son nom ou sur son ordre n'ont qualité pour témoigner ou ne peuvent y être contraints que dans les procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, ou que lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

[19] Les requérants invoquent environ onze motifs qui, à leur avis, justifient la délivrance d'une ordonnance de production fondée sur le paragraphe 1613(4) des Règles. Quelques-uns de ces motifs concernent la principale question soulevée par le Commissaire, soit la contradiction qui existerait entre les Règles de la Cour et les dispositions de la Loi au sujet de la communication. Le procureur général fait valoir qu'aucun des articles de la Loi que le Commissaire invoque n'autorise la retenue des renseignements demandés, car le Parlement ne pouvait avoir formé l'intention que la Loi soit interprétée de façon à empêcher la communication de renseignements que le Commissaire décide de retenir dans une situation où il est allégué, comme c'est le cas en l'espèce, que la plainte vise des fins abusives et que l'enquête n'est pas conforme au mandat dont le Commissaire est investi en vertu de la Loi ou, selon la description présentée, que la question soulevée par la demande de contrôle judiciaire est [TRADUCTION] «entachée d'illégalité».

[20] Les allégations d'illégalité des requérants concernent la façon dont le Commissaire devrait, selon eux, mener ses enquêtes. Dans le cas qui nous occupe, la plainte de l'intervenant, M. Drapeau, a été déposée à la fin du mois de novembre 1995. Le 11 janvier 1996, le ministre de la Défense nationale a reçu un avis fondé sur l'article 32 de la Loi quant à l'intention

to investigate the complaint and of the substance of the complaint, a summary of which was sent to the Minister at that time. Yet the applicants contend that the Commissioner did not comply with section 32 which provides:

32. Before commencing an investigation of a complaint . . . , the Information Commissioner shall notify the head of the government institution concerned of the intention to carry out the investigation and . . . of the substance of the complaint.

[21] It is urged that the Commissioner did not assess whether the complaint was a legitimate one before commencing the investigation, that somehow the time lapse before the Minister was notified of the matter in January 1996 suggests the investigation had begun earlier, and further, that the failure of the Commissioner to provide particulars of the complaint in response to requests, especially in regard to any alleged default of the applicant Ms. Petzinger, constituted failure on the part of the Commissioner to give notice of the “substance of the complaint” as required by section 32. In particular, it is urged that the process led Ms. Petzinger and others concerned at the Department of National Defence to assume that an interview of her was merely a formality to wind up the investigation, but thereafter the Commissioner’s report of August 16 suggested that her continuing involvement with requests of Mr. Drapeau raised an apprehension of bias, and therefore someone else should have that responsibility pending the outcome of proceedings initiated by Mr. Drapeau to question termination of his service with the Armed Forces.

[22] The applicants’ argument assumes a particular process of investigation that is not warranted from the terms of the Act. The responsibility for investigating complaints is that of the Commissioner under section 30 and the process of investigation, in my opinion, is clearly a matter for determination by the Commissioner, subject to the Act, under section 34 which provides that he may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner.

du Commissaire d’enquêter sur la plainte et quant à l’objet de celle-ci ainsi qu’un résumé de ladite plainte. Pourtant, les requérants soutiennent que le Commissaire ne s’est pas conformé aux exigences de l’article 32, dont le libellé est le suivant:

32. Le Commissaire à l’information, avant de procéder aux enquêtes prévues par la présente loi, avise le responsable de l’institution fédérale concernée de son intention d’enquêter et lui fait connaître l’objet de la plainte.

[21] Les requérants reprochent au Commissaire de ne pas avoir déterminé si la plainte était légitime avant d’entreprendre l’enquête; selon eux, le délai qui s’est écoulé avant que le ministre soit informé de l’affaire en janvier 1996 donne à penser que l’enquête avait débuté plus tôt. De plus, ils ajoutent qu’en omettant de fournir des précisions au sujet de la plainte en réponse à des demandes formulées en ce sens, notamment quant aux manquements dont la requérante M^{me} Petzinger se serait rendue coupable, le Commissaire aurait omis de donner avis de «l’objet de la plainte» comme l’exige l’article 32. Plus précisément, les requérants allèguent que la démarche a incité M^{me} Petzinger et les autres personnes concernées au ministère de la Défense nationale à présumer que l’entrevue menée auprès d’elle n’était qu’une simple formalité visant à mettre fin à l’enquête mais que, par la suite, le rapport en date du 16 août du Commissaire donnait à penser que la participation constante de la requérante à l’examen des demandes de M. Drapeau soulevait une crainte de partialité, si bien que cette responsabilité aurait dû être confiée à une autre personne jusqu’au résultat des procédures que M. Drapeau avait engagées au sujet de son renvoi des Forces armées.

[22] L’argument des requérants présuppose l’existence d’une procédure d’enquête spécifique qui n’est pas justifiée d’après les dispositions de la Loi. C’est le Commissaire qui est responsable des enquêtes relatives aux plaintes en vertu de l’article 30 et, à mon avis, c’est manifestement lui qui doit déterminer la procédure d’enquête, sous réserve de la Loi, puisque l’article 34 l’autorise à établir la procédure à suivre dans l’exercice de ses pouvoirs et fonctions.

[23] Section 34 is also a response, together with subsection 63(1), to the applicants' argument that the Commissioner is bound to provide at least minimal information about documents in the Commissioner's records, comparable to the minimum applicable where documents are claimed as subject to privilege in an affidavit of documents, i.e. the date, the sender or creator and the recipient of each document, the topic and perhaps material statements from each. Without that information, it is urged the Commissioner's claim to object to the release of documents cannot be assessed. But this assumes a right in the applicants akin to discovery of documents in possession of the Commissioner, a right that does not exist. Under subsection 63(1) of the Act the decision of what information to disclose to parties against whom complaints are made, is a decision based on the Commissioner's opinion of what is necessary to carry out an investigation or to establish the basis for the findings and recommendations of a report under the Act. In my view, absent a strong case that the disclosure already made does not reasonably meet those objectives, the Court may not intervene to direct the Commissioner that the discretion vested in him has not been properly exercised, and that he must disclose further information.

[24] This introduces the principal issue underlying the Commissioner's objection to providing the information requested by the applicants. That is, in the Commissioner's view, he has no authority or discretion to provide the information requested by the applicants. Information gathered in the course of an investigation, apart from that determined to be released under subsection 63(1), is precluded from release except for narrowly defined exceptions under the Act, principally those exceptions set out in section 63. The limitation on disclosure of information obtained in an investigation is reinforced by other provisions: subsection 35(1) which directs that every investigation shall be conducted in private; subsection 35(2) which provides for reasonable opportunities to

[23] L'article 34 ainsi que le paragraphe 63(1) renferment également la réponse à l'argument des requérants selon lequel le Commissaire est tenu de fournir, à tout le moins, des renseignements minimums au sujet des documents se trouvant dans ses dossiers, lesquels renseignements minimums se comparent aux renseignements pouvant être exigés lorsque les documents sont considérés comme des documents privilégiés dans un affidavit de documents, c'est-à-dire la date, l'expéditeur ou l'auteur et le destinataire de chaque document, le sujet et peut-être les énoncés importants de chacun d'eux. Les requérants soutiennent qu'en l'absence de ces renseignements, il est impossible d'évaluer le bien-fondé de l'opposition du Commissaire à la communication des documents. Cependant, cet argument présuppose l'existence d'un droit des requérants qui serait semblable au droit à la communication préalable de documents se trouvant en la possession du Commissaire, lequel droit n'existe pas. Selon le paragraphe 63(1) de la Loi, la détermination des renseignements à divulguer aux parties visées par une plainte est une décision fondée sur l'avis du Commissaire quant aux renseignements nécessaires pour mener une enquête ou pour motiver les conclusions et recommandations contenues dans un rapport prévu dans la Loi. À mon avis, en l'absence d'une preuve prépondérante indiquant que les documents déjà communiqués ne respectent pas raisonnablement ces objectifs, la Cour ne peut intervenir pour ordonner au Commissaire de divulguer d'autres renseignements parce qu'il n'a pas bien exercé le pouvoir discrétionnaire dont il est investi.

[24] C'est là le contexte de la principale question sous-jacente au refus du Commissaire de divulguer les renseignements que les requérants demandent. Le Commissaire estime en effet qu'il n'est pas autorisé à fournir les renseignements que les requérants demandent. À l'exception des renseignements qu'il décide de divulguer en application du paragraphe 63(1), les renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête ne peuvent être communiqués, sous réserve de certaines exceptions restreintes énoncées principalement à l'article 63 de la Loi. La restriction touchant la communication de renseignements obtenus au cours d'une enquête est renforcée par d'autres dispositions, soit le paragraphe 35(1), qui énonce que toutes les enquêtes menées par le Commissaire sont secrètes; le

make representations in the course of an investigation for the claimant, the head of the government institution concerned and any third party that has provided the information or might be affected by its release, but specifically provides that no one is entitled to be present during, or to have access to or to comment on, representations made by any other person; and section 62 which requires that the Commissioner and every person acting under his direction “shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under th[e] Act”. Further, section 65 provides that the Commissioner, and anyone acting on his behalf, is not a compellable witness in relation to any matter arising in the course of an investigation.

[25] It is urged for the applicants that the Act should be interpreted in light of the absence of clear parliamentary expression of its intent, by the Act, to preclude application of basic procedural requirements and principles of the common law that would ensure disclosure of information on which adverse findings or conclusions about individuals are based.

[26] The applicants urge that the principle of *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.) should be applied where the accuracy and completeness of the investigator’s report is in issue, as it is said to be here. In my opinion, the decision in *Pathak*, which deals with an investigator’s report under the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], has no application. That Act does not contain provisions similar to those in the *Access to Information Act* prohibiting release of information obtained in an investigation. Moreover, in that case, the Court of Appeal, denying production of documents under Rule 1612 where those in issue were not before the Commission for purposes of its decision, makes clear that documents requested under Rule 1612 must specify the material requested and the material must be relevant. The rule is to ensure that the record that was before the decision-maker whose decision is questioned on judicial review is before the Court. It is not

paragraphe 35(2), qui dispose qu’une possibilité raisonnable de présenter des observations au cours de l’enquête doit être offerte au plaignant, au responsable de l’institution fédérale concernée et à toute tierce partie qui a fourni les renseignements ou qui peut être touchée par leur communication, mais qui prévoit spécifiquement que nul n’a le droit absolu d’être présent lorsqu’une autre personne présente des observations, ni d’en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet, et l’article 62, selon lequel le Commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité «sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l’exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la . . . loi». De plus, selon l’article 65, ni le Commissaire non plus que les personnes agissant en son nom ne peuvent être contraints à témoigner à l’égard des questions portées à leur connaissance au cours d’une enquête.

[25] Selon les requérants, étant donné que le Parlement n’a pas exprimé clairement son intention dans la Loi, il faut éviter d’interpréter celle-ci de façon à empêcher l’application des exigences et des principes fondamentaux de la common law en matière de procédure qui assureraient la divulgation des renseignements constituant le fondement de conclusions défavorables au sujet d’individus.

[26] Les requérants soutiennent que le principe de l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.) devrait être appliqué lorsque l’exactitude et l’exhaustivité du rapport de l’enquêteur sont contestées, comme c’est le cas en l’espèce selon eux. À mon avis, la décision rendue dans l’affaire *Pathak*, qui concerne un rapport d’enquête prévu dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], ne s’applique pas. Cette Loi ne renferme aucune disposition semblable à celles de la *Loi sur l’accès à l’information* qui interdisent la communication de renseignements obtenus au cours d’une enquête. De plus, dans cette affaire, en refusant d’ordonner aux termes de la Règle 1612 la production de documents dont la Commission n’avait pas été saisie aux fins de sa décision, la Cour d’appel a indiqué clairement que la demande de documents fondée sur cette Règle doit préciser les renseignements demandés et que les documents en

intended to facilitate discovery of all documents that may be in the decision-maker's possession, or all documents that may have been gathered in an investigation. Yet that appears to be the nature of the applicants' requests for documents in this case.

[27] On this issue of the interplay of Rule 1612 and the provisions of the Act, it seems to me helpful to consider the decision of the Court of Appeal by Mr. Justice Stone in *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1994] 2 F.C. 707 (C.A.), a decision endorsed and upheld by the Supreme Court of Canada, [1996] 1 S.C.R. 6. There, the Court was concerned with an appeal from the decision of the judge reviewing, under section 41 of the Act, a decision by the Information Commissioner upholding a refusal to release information requested under the Act. In that case the complainant sought correspondence or records of communications, between the Office of the Privy Council and the Information Commissioner, arising in the course of an investigation, including internal memos, briefing notes or correspondence. Mr. Justice Stone, writing for the Court of Appeal, upheld the refusal to release the information there sought. After reviewing the purpose of the Act and its provisions against disclosure, he concluded that the complainant was properly refused access to representations made to the Commissioner during an investigation.

[28] In my opinion, the decision in *Rubin* is conclusive of the issue here raised. If that sort of information may not be compelled to be provided in review proceedings set out by the Act itself, because of the provisions of the Act against disclosure, as *Rubin* teaches, those provisions should be similarly applied to preclude disclosure in judicial review proceedings initiated to review the decision of the Commissioner as a result of an investigation, with a view to setting

question doivent être pertinents. La Règle 1612 vise à faire en sorte que la Cour soit bel et bien saisie du dossier qui se trouvait devant l'instance décisionnelle dont la décision est contestée dans la demande de contrôle judiciaire. Elle n'a pas pour but de faciliter la communication préalable de tous les documents pouvant se trouver en la possession de l'instance décisionnelle ou de tous les documents pouvant avoir été obtenus au cours d'une enquête. Pourtant, la demande de production des requérants en l'espèce semble être de cette nature.

[27] Sur cette question du lien entre la Règle 1612 et les dispositions de la Loi, il me semble utile d'examiner l'arrêt que le juge Stone, de la Cour d'appel, a rendu dans *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1994] 2 C.F. 707 (C.A.), et que la Cour suprême du Canada a confirmé dans [1996] 1 R.C.S. 6. Cette affaire concernait un appel du jugement du juge chargé de réviser, aux termes de l'article 41 de la Loi, une décision par laquelle le Commissaire à l'information avait confirmé un refus de communiquer des renseignements demandés en application de la Loi. Dans cette affaire, le plaignant avait demandé la production de la correspondance ou des registres des communications échangées entre le bureau du Conseil privé et le Commissaire à l'information dans le cadre d'une enquête, y compris des notes internes, des notes de synthèse, des directives et des lettres. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Stone a confirmé le refus de communiquer les renseignements demandés dans cette affaire. Après avoir passé en revue l'objet de la Loi et des dispositions de celle-ci qui interdisent la communication, il a conclu que le refus opposé au plaignant à l'égard de la communication des observations présentées au commissaire au cours d'une enquête était bien fondé.

[28] À mon avis, l'arrêt *Rubin* tranche de façon définitive la question soulevée en l'espèce. Si la communication de ce type de renseignements ne peut être exigée dans des procédures de révision prévues par la Loi elle-même, en raison des dispositions de la Loi qui en interdisent la communication, comme le jugement *Rubin* l'indique, il faut appliquer ces dispositions de la même façon pour empêcher la divulgation de ce type de renseignements dans le cadre d'une

it aside.

[29] The applicants referred to comments of my colleague Madam Justice Reed in *Majeed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 75 (F.C.T.D.), where reference was made to personal information precluded from release under the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21], noting that the statute did not render immune from production any information properly identified under Rule 1612, and relevant to an applicant's claim of bias, for purposes of litigation. Those comments were made in circumstances where the Act now before this Court was not in question. The circumstances in *Majeed* are not comparable to those in this case. Moreover, whatever else may be alleged by the applicants about the Commissioner's decision here in question, they do not base their claims for relief on allegations of bias on the part of the Commissioner.

[30] For the Information Commissioner, the written objection filed in response to the applicants' request for disclosure of information obtained in the course of the Commissioner's investigation, also urges that, in addition to the statutory provisions precluding disclosure, information is protected from disclosure under common law privilege with respect to deliberative secrecy applicable to an office like that of the Information Commissioner or indeed under solicitor-client privilege. Neither basis was argued extensively by the Commissioner when this matter was heard and I make no finding with regard to those submissions.

[31] I am persuaded, however, that the objection of the Commissioner, made under subsection 1613(2) of the Rules, to production of documents requested by the applicants pursuant to Rule 1612, is to be upheld. Thus, after considering submissions of the applicants and those on behalf of the Commissioner, I decline to make any order under subsection 1613(4) of the Rules

demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision que le Commissaire a prise par suite d'une enquête.

[29] Les requérants ont cité les commentaires que ma collègue, M^{me} le juge Reed, a formulés dans l'arrêt *Majeed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 75 (C.F. 1^{re} inst.), au sujet des renseignements personnels dont la communication est interdite aux termes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21]; dans cet arrêt, M^{me} le juge Reed a souligné que la Loi ne protégeait pas de la production tous les renseignements identifiés en bonne et due forme conformément à la Règle 1612 et pertinents quant à l'allégation de partialité de la partie requérante aux fins du litige. Ces commentaires ont été formulés dans des circonstances où la Loi dont la Cour est saisie en l'espèce ne s'appliquait pas. Les circonstances de l'arrêt *Majeed* ne sauraient être comparées à celles de la présente affaire. De plus, quels que soient les autres arguments que les requérants invoquent au sujet de la décision du Commissaire examinée en l'espèce, ils n'ont formulé aucune allégation de partialité à l'encontre de celui-ci.

[30] Pour sa part, dans l'opposition écrite qu'il a déposée en réponse à la demande de communication de renseignements obtenus dans le cadre de son enquête, le Commissaire à l'information ajoute que, non seulement les dispositions de la Loi interdisent la communication, mais les renseignements sont protégés de la divulgation aux termes du privilège de la common law qui concerne le secret rattaché à l'exercice de fonctions semblables à celles du Commissaire à l'information ou même aux termes du privilège du secret professionnel de l'avocat. Le Commissaire n'a pas débattu à fond ces questions à l'audience et je ne formule aucune conclusion au sujet de ces arguments.

[31] Cependant, je suis convaincu que l'opposition du Commissaire, aux termes du paragraphe 1613(2) des Règles, à la production des documents que les requérants ont demandés en application de la Règle 1612 doit être confirmée. Par conséquent, après avoir examiné les arguments des requérants et ceux du Commissaire, je refuse d'ordonner, aux termes du

for production of any of the material requested by the applicants.

Amendment of, or striking out, the applicants' originating notice of motion

[32] The separate motions, of the applicants in accord with the order of Mr. Justice Pinard, for leave to file an amended originating notice of motion, and the motions of the Information Commissioner and of Mr. Drapeau, that the applicants' originating notice of motion be struck out, are interrelated and are here considered together.

[33] If the amendments now proposed for the originating notice of motion are such that in essence that motion is still subject to the concerns raised by the motions to strike, then if the latter motions are allowed that would dispose of the original originating notice of motion filed on August 26, 1996, and it would effectively dispose of the motion for leave to amend, and also of the applicants' motions for leave to file additional affidavits in support of the originating notice. Nevertheless, I deal with the motions independently in case on appeal my determination of the ultimate result is found in error. Thus, I first examine the proposed amended originating notice of motion to assess the amendments now proposed, and then the question of leave for it to be filed, subject to my determination of the applications to strike, which I then consider.

[34] The amendments proposed to the originating notice of motion include the following:

1. Deletion of the Information Commissioner as a respondent, leaving only Michel Drapeau as the respondent to the application, a change which raises the issue of standing of the Commissioner in these proceedings;
2. Change or omission in the amended version of some forms of relief originally requested, in particular,

paragraphe 1613(4) des Règles, la production de l'un ou l'autre des documents demandés par les requérants.

Modification ou radiation de l'avis de requête introductive d'instance des requérants

[32] Les requêtes distinctes que les requérants ont présentées, conformément à l'ordonnance du juge Pinard, en vue d'obtenir l'autorisation de produire un avis modifié de requête introductive d'instance ainsi que les requêtes du Commissaire à l'information et de M. Drapeau en vue de faire radier l'avis de requête introductive d'instance des requérants sont liées entre elles et sont examinées ensemble en l'espèce.

[33] Si les modifications proposées maintenant à l'égard de l'avis de requête introductive d'instance sont telles que cette requête demeurera pour l'essentiel visée par les arguments invoqués dans les requêtes portant radiation, et que ces dernières requêtes sont accueillies, le sort de l'avis de requête introductive d'instance déposé le 26 août 1996 sera réglé, de même que celui de la requête en vue d'obtenir l'autorisation de modifier ledit avis initial et les requêtes des requérants en vue d'obtenir l'autorisation de déposer des affidavits supplémentaires au soutien de l'avis initial. Néanmoins, j'examine les requêtes séparément pour le cas où ma conclusion serait jugée erronée en appel. D'abord, j'examine l'avis modifié de requête introductive d'instance afin d'évaluer les modifications proposées maintenant, puis la question de l'autorisation relative à leur production, sous réserve de ma décision quant aux demandes de radiation, sur lesquelles je me prononce ensuite.

[34] Les modifications proposées à l'égard de l'avis de requête introductive d'instance comprennent les changements suivants:

1. La radiation du Commissaire à l'information comme intimé, de sorte que seul Michel Drapeau serait intimé dans la demande, lequel changement soulève la question de la qualité du Commissaire pour agir en l'espèce;
2. Un changement ou une omission touchant la version modifiée de quelques-unes des réparations initialement demandées, plus précisément:

i) a change in the declaration, originally sought to declare the complaint of Mr. Drapeau to be frivolous, vexatious and “filed for improper and illicit purposes”, now changed to seek a declaration that the Commissioner failed to investigate the complaint properly and to determine whether the complaint fits the earlier description as frivolous, etc.; (That change, in my view, would not alter the essence of the relief sought, though it does delete the request for a declaration dealing directly with Mr. Drapeau’s complaint. I note the Information Commissioner suggests this change arose from comments of McKeown J. in earlier interlocutory proceedings, that in his view the Court had no jurisdiction to issue an order directed in effect to an individual, Mr. Drapeau, rather than to a federal board, commission or tribunal.)

ii) deletion in the amended version of those forms of relief refused earlier by order of Mr. Justice McKeown including, prohibition or injunctive relief enjoining the Commissioner from taking further steps, and from communicating his report to Mr. Drapeau, and, if the latter were already in possession of the Commissioner’s report, precluding Mr. Drapeau from communicating its contents without leave of the Court. In addition, McKeown J. declined to order a stay of further proceedings by the Commissioner pending determination of this application for judicial review, which the applicants originally sought. (Those forms of relief having been refused, the deletions in the amended motion are said to be good housekeeping.)

3. Finally, the applicants vary the style of cause in the amended version of the motion, deleting reference to the interlocutory orders earlier refused by McKeown J.

[35] The amended originating notice of motion preserves requests as set out in the original similar motion for

(i) un changement à la déclaration, qui visait initialement à obtenir un jugement déclaratoire portant que la plainte de M. Drapeau est futile et vexatoire et a été [TRADUCTION] «déposée à des fins inappropriées et illicites», de façon que le jugement déclaratoire demandé soit un jugement portant que le Commissaire a omis de mener une enquête en bonne et due forme sur la plainte et de déterminer si celle-ci correspond à la description antérieure, soit une plainte frivole, etc.; (À mon avis, ce changement ne modifierait pas la réparation demandée pour l’essentiel, mais il supprime la demande de jugement déclaratoire portant directement sur la plainte de M. Drapeau. De l’avis du Commissaire à l’information, ce changement découle des commentaires que le juge McKeown a formulés dans le cadre de requêtes interlocutoires antérieures, selon lesquels la Cour n’a pas compétence pour rendre une ordonnance visant effectivement un particulier, en l’occurrence, M. Drapeau, plutôt qu’un office fédéral.)

(ii) la radiation, dans la version modifiée, des formes de réparation refusées plus tôt par une ordonnance du juge McKeown, y compris une ordonnance d’interdiction ou une injonction interdisant au Commissaire de prendre d’autres mesures consécutives à son rapport et de communiquer celui-ci à M. Drapeau et, si ce dernier avait déjà en main le rapport du Commissaire, lui interdisant d’en communiquer le contenu sans l’autorisation de la Cour. De plus, le juge McKeown a refusé d’ordonner une suspension des autres procédures de la Commission jusqu’à ce que la présente demande de contrôle judiciaire soit réglée, ce que les requérants demandaient à l’origine. (Comme ces formes de réparation ont été refusées, les radiations mentionnées dans la requête modifiée seraient de simples mises à jour mineures.)

3. Enfin, les requérants modifient l’intitulé de la cause dans la version modifiée de l’avis de requête en supprimant le renvoi aux ordonnances interlocutoires que le juge McKeown a refusé de rendre plus tôt.

[35] Dans l’avis modifié de requête introductive d’instance, les demandes énoncées dans l’avis initial sont conservées, soit des demandes visant à obtenir

(i) declaratory relief, as noted above, modified but in essence for the same general purpose, at least in condemnation of the complaint of Mr. Drapeau;

(ii) *certiorari* to set aside the Commissioner's report of August 16, 1996;

(iii) prohibition enjoining the Commissioner from acting upon his recommendation and proceeding further with his report, an order comparable in part to one of those sought in the original application;

(iv) an order for costs, on a solicitor-client basis, against both the Commissioner and Mr. Drapeau.

(i) le jugement déclaratoire décrit précédemment et modifié, l'objet général demeurant le même pour l'essentiel, du moins quant au rejet de la plainte de M. Drapeau;

(ii) une ordonnance de *certiorari* annulant le rapport du Commissaire en date du 16 août 1996;

(iii) une ordonnance interdisant au Commissaire de prendre d'autres mesures consécutives à sa recommandation et à son rapport, soit une ordonnance comparable, du moins en partie, à l'une de celles qui étaient recherchées dans la demande initiale;

(iv) une ordonnance enjoignant au Commissaire et à M. Drapeau de payer des frais sur la base procureur-client.

[36] In my view the amended originating notice of motion seeks review of the same decision, that is, the report of August 16, 1996 by the Commissioner, with the same general purpose, to have it set aside. The changes in the amended version for the most part concern deletion of forms of relief earlier refused by McKeown J. For the Commissioner it is urged that the change in the declaratory relief sought by the amended version, to review the process of the investigation by the Commissioner, raises a new issue that ought to be the subject of a different application, but in my view, such a review was at least implicit in the original notice of motion.

[37] In my opinion, the amended version is within the bounds of the objections raised by the motions of the Commissioner and of Mr. Drapeau that the originating motion herein be struck out. Before turning to those motions I deal first with the applicants' motion for leave to file the amended originating motion, keeping in mind that resolution of the leave question may ultimately here depend upon determination of the motions to strike.

[38] The applicants urge that Pinard J. erred in law in basing his directions to seek leave upon subsection 303(1) of the Rules which provides:

[36] À mon sens, l'avis modifié de requête introductive d'instance vise à faire réviser la même décision, soit le rapport du Commissaire en date du 16 août 1996, dans le même but, soit l'annulation dudit rapport. La plupart des changements figurant dans la version modifiée ont pour effet de supprimer les réparations que le juge McKeown a précédemment refusé d'accorder. Le Commissaire soutient que le changement touchant le jugement déclaratoire vise à faire réviser la procédure d'enquête qu'il a suivie et soulève donc une nouvelle question qui devrait être examinée dans le cadre d'une demande différente; cependant, à mon avis, cette révision était, à tout le moins, demandée implicitement dans l'avis initial de requête.

[37] Selon moi, les objections que le Commissaire et M. Drapeau ont formulées dans leurs requêtes portant radiation de la requête introductive d'instance s'appliquent à la version modifiée. Avant d'examiner ces requêtes, je commente d'abord celle que les requérants ont présentée afin d'obtenir l'autorisation de déposer leur requête introductive d'instance modifiée, tout en sachant que le règlement de la question de l'autorisation peut dépendre, en dernier ressort, de la décision concernant les requêtes portant radiation.

[38] Les requérants font valoir que le juge Pinard a commis une erreur de droit lorsqu'il s'est fondé sur le paragraphe 303(1) des Règles pour donner ses directi-

Rule 303. (1) For the purpose of determining the real question in controversy, or of correcting any defect or error, the Court may, at any stage of a proceeding, and after giving all interested parties an opportunity to be heard, order any document in the matter to be amended on such terms as seem just, and in such manner as it may direct.

It is urged that the Rule is inapplicable since the purposes set out in the Rule, determining the real question in controversy, or correcting any defect or error, were not the reasons for the amendments here sought. Moreover, it is urged that the applicants have a right to file an amended originating notice of motion, at least within 30 days of the decision in question as was the case here, unilaterally, without the necessity of notice to other parties.

[39] I decline to comment on the applicants' argument about the validity of the directions of Mr. Justice Pinard, issued to the Registry to deal with the amended originating notice of motion, which the applicants sought to file with additional affidavits, without the courtesy of notice to other parties to the proceedings already initiated, who already had been involved in interlocutory hearings before McKeown J. The direction of Pinard J., that leave be sought, ensured that all parties to the proceedings have notice and opportunity to respond to the changes proposed by the applicants' amending documents.

[40] In light of the directions given by my colleague Pinard J., my task is to determine whether leave be granted as now requested. I would grant leave, subject to determination of the applications to strike the originating notice of motion, for the following reasons. The amendments do correct the error of the first motion in seeking a declaration in effect against an individual, Mr. Drapeau. The change introduces no basic change in the substance of the applicants' complaints and it creates no ultimate prejudice to the interests of the Commissioner or Mr. Drapeau if these proceedings are to continue. The Court can by direction vary times for filing of their responses to the

ves au sujet de la demande d'autorisation. Voici le libellé de cette Règle:

Règle 303. (1) Afin de déterminer quel est réellement le point en litige, ou de corriger un défaut ou une erreur, la Cour pourra, à tout stade d'une procédure, et après avoir donné à toutes les parties intéressées la possibilité de se faire entendre, ordonner qu'un document afférent à la question soit rectifié aux conditions qui semblent justes et de la façon qu'elle prescrira.

Les requérants soutiennent que cette Règle ne s'applique pas en l'espèce, parce que les modifications recherchées ici ne découlent pas des raisons énoncées dans la Règle, soit déterminer quel est réellement le point en litige ou corriger un défaut ou une erreur. Ils ajoutent qu'ils ont le droit de déposer unilatéralement un avis modifié de requête introductive d'instance, au moins dans les 30 jours suivant la décision en question, comme c'est le cas en l'espèce, sans devoir aviser les autres parties.

[39] Je refuse de commenter l'argument des requérants au sujet de la validité des directives que le juge Pinard a données au greffe quant au traitement de l'avis modifié de requête introductive d'instance, qu'ils ont tenté de produire avec des affidavits supplémentaires sans daigner aviser les autres parties à l'instance, qui avaient déjà participé à des audiences interlocutoires devant le juge McKeown. La directive du juge Pinard quant à la demande d'autorisation visait à faire en sorte que toutes les parties à l'instance soient informées et aient la possibilité de répondre aux changements proposés dans les documents modifiés des requérants.

[40] Compte tenu des directives que mon collègue le juge Pinard a données, ma tâche consiste à déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation demandée aujourd'hui. Je serais disposé à répondre par l'affirmative, sous réserve du sort des demandes portant radiation de l'avis de requête introductive d'instance, pour les motifs suivants. Les modifications ont pour effet de corriger l'erreur de la première requête, qui visait à obtenir un jugement déclaratoire contre un individu, en l'occurrence, M. Drapeau. Elles n'apportent aucun changement fondamental à l'objet des plaintes des requérants et ne léseraient nullement le Commissaire ou M. Drapeau si l'instance devait se

amended originating notice, if that be required.

[41] I turn to the motions to strike. I note that the respondent Drapeau requests, in the alternative if the originating notice of motion is not struck out, that the application should, at the very least, be dismissed in so far as it is directed to relief against him. He protests that he should not be a respondent in the matter. I note the amended originating notice of motion would eliminate requested declaratory relief against him, but not the applicants' request for costs against him.

[42] The motions to strike are based on the grounds that the originating notice of motion is frivolous and vexatious, and an abuse of the Court's process for there is said to be no serious issue raised by, and no reasonable prospect of success of, the applicants' originating notice of motion. Argument was directed to the jurisdiction of the Court to strike a motion, a matter not expressly provided for in the Rules. As I indicated in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.), in my opinion, it is within the inherent jurisdiction of the Court to grant such relief, but discretion to do so would only be exercised where it is clear there is no basis for proceeding by originating motion. (See also *American Cyanamid Co. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 461 (F.C.T.D.); and *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.).)

[43] If the Court may strike an originating notice of motion, is this a case where it should do so? The Information Commissioner urges several grounds for so doing.

[44] First, it is urged that there is no serious issue raised by the application for review, a finding said to have been made by McKeown J. in the earlier pro-

poursuivre. La Cour peut, au moyen d'une directive, modifier les délais relatifs à la production des réponses de ceux-ci à l'avis modifié de requête introductive d'instance, si c'est nécessaire.

[41] J'en arrive maintenant aux requêtes portant radiation. Je souligne que M. Drapeau demande subsidiairement, si l'avis de requête introductive d'instance n'est pas radié, que la requête soit, à tout le moins, rejetée en ce qui a trait aux réparations demandées contre lui. Il soutient qu'il ne devrait pas être intimé en l'espèce. L'avis modifié de requête introductive d'instance aurait pour effet d'éliminer le jugement déclaratoire demandé contre lui, mais non la demande formulée contre lui quant aux frais.

[42] Selon les motifs invoqués au soutien des requêtes portant radiation, l'avis de requête introductive d'instance est futile et vexatoire et constitue un abus des procédures de la Cour, car la requête en question ne soulève aucune question sérieuse à trancher et a peu de chances d'être accueillie. Des arguments ont été présentés quant à la question de savoir si la Cour avait compétence pour radier une requête, question qui n'est pas expressément prévue dans les Règles. Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1^{re} inst.), à mon avis, la Cour est investie d'une compétence inhérente pour accorder ce genre de réparation, mais elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en ce sens uniquement lorsqu'il est évident que la requête introductive d'instance n'est aucunement fondée. (Voir également *American Cyanamid Co. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 461 (C.F. 1^{re} inst.); et *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.).)

[43] Si la Cour peut radier un avis de requête introductive d'instance, s'agit-il ici d'un cas où elle devrait le faire? Le Commissaire à l'information invoque plusieurs motifs au soutien d'une réponse affirmative à cette question.

[44] D'abord, il rappelle que la demande de contrôle judiciaire ne soulève aucune question sérieuse à trancher, conclusion que le juge McKeown aurait déjà

ceedings for injunctive and other relief. However, as I read his comments (reasons for order, delivered from the bench on August 30, 1996, and subsequently edited and released on September 20, 1996, published at (1996), 119 F.T.R. 77 (F.C.T.D.)), his references to finding no serious issue were not made with reference to the applicants' originating notice of motion as a whole. Rather, they related to the interim relief there sought, a prohibition order or an injunction against the Commissioner's publishing or releasing to Mr. Drapeau his report and recommendations of August 16, 1996. McKeown J. found that the Commissioner had a duty under the Act to report following investigation of a complaint, and to release the report to the parties concerned. Further, in the investigation of Mr. Drapeau's complaint the Commissioner had met the standard of fairness required, by providing opportunity to both parties, i.e., the Minister of National Defence and Mr. Drapeau, as well as Ms. Petzinger, to comment on the matter before him. He had then determined what recommendations to make, a matter entirely within the Commissioner's discretion. Accordingly, the learned Judge found no serious issue raised about alleged lack of jurisdiction of the Commissioner to make his recommendation and to release the report.

[45] In my view, the finding of McKeown J. that no serious issue is raised concerned the Commissioner's jurisdiction to report with his recommendations, it was not a comment on the seriousness of issues raised by the originating motion as a whole. The latter was not a matter before him in the earlier proceedings. His finding, then, is not a basis for striking the originating notice of motion, either in its original or its amended version.

[46] A second basis for striking out the originating motion urged by the Commissioner is that the nature of his report and recommendations, made in the

tirée au cours des procédures antérieures visant à obtenir une injonction et d'autres réparations. Cependant, d'après les commentaires qu'il a formulés (motifs de l'ordonnance prononcés à l'audience le 30 août 1996 et subséquemment corrigés et communiqués le 20 septembre 1996 publiés à (1996), 119 F.T.F. 77 (C.F. 1^{re} inst.), sa conclusion quant à l'absence de question sérieuse à trancher ne concerne pas l'ensemble de l'avis de requête introductive d'instance des requérants. Elle se rapporte plutôt à la réparation provisoire alors demandée, soit une ordonnance ou une injonction interdisant au Commissaire de publier ou de communiquer à M. Drapeau son rapport et ses recommandations du 16 août 1996. Le juge McKeown a conclu que le Commissaire était tenu, en vertu de la Loi, de présenter un rapport après avoir mené une enquête au sujet d'une plainte et de communiquer le rapport en question aux parties concernées. De plus, lors de l'enquête relative à la plainte de M. Drapeau, le Commissaire avait respecté la norme d'équité exigée en offrant aux deux parties, soit le ministre de la Défense nationale et M. Drapeau, ainsi qu'à M^{me} Petzinger, la possibilité de présenter leurs observations devant lui. Il a ensuite déterminé les recommandations à formuler, ce qu'il pouvait faire dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. En conséquence, le savant juge a conclu à l'absence de question sérieuse à trancher au sujet de l'allégation selon laquelle le Commissaire n'avait pas compétence pour formuler sa recommandation et communiquer le rapport.

[45] À mon avis, la conclusion du juge McKeown au sujet de l'absence de question sérieuse portait sur le pouvoir du Commissaire de présenter un rapport et des recommandations; il ne s'agissait pas d'un commentaire sur le sérieux des questions soulevées dans l'ensemble de l'avis de requête introductive d'instance, dont il n'était pas saisi dans les procédures antérieures. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'invoquer la conclusion à laquelle il en est arrivé pour radier l'avis de requête introductive d'instance, que ce soit dans sa version originale ou modifiée.

[46] Pour demander la radiation de la requête introductive d'instance, le Commissaire allègue également que le rapport et les recommandations qu'il

exercise of his administrative discretion under the Act, is without binding effect or binding legal consequences. As Cory J. noted in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at page 399 the recommendation of the Commissioner is not to be considered a final or binding decision. That is clear from the events in this case where by letter of August 28, 1996 the Minister of National Defence advised that the recommendation of the Commissioner was not accepted and would not be implemented. The Commissioner's subsequent report to Mr. Drapeau so reported.

[47] In view of this it is said that the applicant, Bonnie Petzinger, is unaffected either by the Commissioner's recommendation or by dismissal of the applicants' request that the Commissioner's recommendation be quashed, since the Minister's decision was not to implement the recommendation.

[48] While I am not persuaded that the function of the Commissioner, by reason of its ultimate outcome, that is, a report with non-binding recommendations following an investigation, is beyond the Court's jurisdiction in relation to judicial review, I am persuaded that by the Minister's decision not to implement the recommendation the issue raised by this application for judicial review became moot. While this is not an action such as that dealt with by the Supreme Court in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the words of Sopinka J. for the Court in that case seem to me apt in the circumstances here. He said, at page 353:

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the Court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the Court will have no practical effect on such rights, the Court will decline to decide the case.

a présentés dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire en matière administrative en vertu de la Loi ne sont pas exécutoires et n'ont pas force obligatoire. Comme le juge Cory l'a mentionné dans l'arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la page 399, la recommandation du Commissaire ne saurait être considérée comme une décision finale ou exécutoire. C'est ce qui ressort clairement des événements survenus en l'espèce, notamment d'une lettre en date du 28 août, 1996 dans laquelle le ministre de la Défense nationale a indiqué que la recommandation du Commissaire n'était pas acceptée et ne serait pas mise en œuvre. Il est fait mention de cette lettre dans le rapport subséquent que le Commissaire a adressé à M. Drapeau.

[47] Compte tenu de ce qui précède, la requérante, Bonnie Petzinger, ne serait pas touchée par la recommandation du Commissaire ou par le rejet de la demande des requérants en vue de faire annuler cette recommandation, puisque le ministre avait décidé de ne pas y donner suite.

[48] Même si je ne suis pas convaincu que la fonction du Commissaire, en raison du résultat ultime auquel elle conduit, c'est-à-dire un rapport comportant des recommandations non exécutoires par suite d'une enquête, dépasse la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire, j'estime qu'en raison de la décision du ministre de ne pas donner suite à la recommandation, la question soulevée par la présente demande de contrôle judiciaire est devenue théorique. Bien qu'il ne s'agisse pas ici d'une action semblable à celle dont la Cour suprême était saisie dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, les propos que le juge Sopinka a formulés dans ce jugement me semblent pertinents en l'espèce. Voici ce qu'il a dit (à la page 353):

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire.

[49] In my opinion the relief here sought will have no practical effect upon the rights of the parties now that the Minister has declined to act on the Commissioner's recommendation. There is no longer a controversy between the applicants and the Commissioner, except with respect to the appropriateness of the Commissioner's recommendation, which is not to be followed in any event. Because the relief sought is now moot in regard to any practical effects, pursuit of that relief by judicial review is futile in any practical sense. That, in my opinion supports a conclusion that the proceedings should now terminate by striking the originating notice of motion, unless there be some other compelling reason that the matter continue to a hearing.

[50] A third basis for striking out the application at this stage is said by the Commissioner to lie in the purpose of the application, to question the appropriateness of the Commissioner's recommendation, a matter said to be beyond the scope of judicial review in this case, in view of the statutory discretion vested in the Commissioner under subsection 37(1) of the Act. In the words of McKeown J. in his decision (at page 79) in regard to earlier interlocutory proceedings:

Parliament has granted the Commissioner the discretion to determine what recommendations are appropriate in the circumstances of a particular case. It is not for me to review the appropriateness but, rather, I must review the lawfulness

The applicants urge that statement goes too far but I am not so persuaded. So long as a recommendation is not clearly unreasonable in light of the evidence and materials before the Commissioner, and the minimal standards of fairness applicable are met, the Court will not intervene. The discretion is the Commissioner's alone, not the Court's.

[51] In my opinion, the applicants' originating motion seeks to challenge the appropriateness of the Commissioner's recommendation. The merits of the recommendation are not a matter for the Court. Unless the application and supporting affidavits establish a

[49] À mon avis, la réparation demandée en l'espèce n'aura aucun effet pratique sur les droits des parties, étant donné que le ministre a refusé de donner suite à la recommandation du Commissaire. Il n'y a plus de controverse entre celui-ci et les requérants, sauf quant au bien-fondé de la recommandation en question, qui ne sera pas suivie de toute façon. Étant donné que la réparation demandée est théorique maintenant en ce qui a trait aux effets pratiques, la poursuite de cette demande dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire est futile en pratique. C'est pourquoi il est permis à mon sens de conclure que l'affaire devrait maintenant se terminer par la radiation de l'avis de requête introductive d'instance, sauf s'il y a une autre raison impérative pour laquelle elle devrait être entendue.

[50] Comme troisième raison justifiant la radiation de la demande à ce stade, le Commissaire invoque l'objet de celle-ci, soit contester le bien-fondé de la recommandation, laquelle question déborderait le cadre de la demande de contrôle judiciaire en l'espèce, compte tenu du pouvoir discrétionnaire dont le Commissaire est investi en vertu du paragraphe 37(1) de la Loi. Pour reprendre les propos que le juge McKeown a formulés dans sa décision (à la page 79) au sujet des procédures interlocutoires antérieures:

Le législateur a investi le Commissaire du pouvoir discrétionnaire de décider quelles recommandations sont indiquées dans chaque cas d'espèce. Il n'appartient pas à la Cour de juger l'à-propos, mais la légitimité.

Selon les requérants, ces commentaires vont trop loin, mais je n'en suis pas certain. Dans la mesure où une recommandation n'est pas manifestement déraisonnable, eu égard à la preuve et aux documents dont le Commissaire était saisi, et où les normes d'équité minimales applicables sont respectées, la Cour n'interviendra pas. Le pouvoir discrétionnaire appartient au Commissaire seul et non à la Cour.

[51] À mon avis, la requête introductive d'instance des requérants vise à contester le bien-fondé de la recommandation du Commissaire. Or, il ne s'agit pas d'une question relevant de la compétence de la Cour. Sauf si la demande et les affidavits à l'appui renfer-

basis for finding the Commissioner acted unlawfully, that his recommendation was clearly unreasonable on the basis of material before him, or that he failed to meet the minimal standard of fairness required in exercise of his administrative discretion, the Court may not intervene.

[52] The fourth argument of the Commissioner for striking the originating notice of motion is that none of those grounds upon which the Court might intervene are here established even on a *prima facie* basis by the application and supporting affidavits.

[53] While the applicants urge that the Commissioner did not act within the authority delegated by statute, in initiating investigation of Mr. Drapeau's complaint, I have noted the process of investigation is a matter for the Commissioner's discretion under the Act. Further, the characterization of Mr. Drapeau's complaint as having been made for illicit purposes or that the Commissioner should have so decided in advance of any investigation implies that the intent or purposes of a complainant under the Act are qualifying elements of a complaint to be investigated. The Act, however, does not speak of screening of complaints in light of the intent or purpose of the complainant. Any person whose request for government information is not met, or is not met in a reasonable time, may file a complaint with the Commissioner, who then has a duty to investigate the complaint (see the Act, section 30).

[54] In my opinion, no ground is established, *prima facie*, by the application for judicial review or by supporting affidavits, that would lead the Court to conclude that the Commissioner was here acting without lawful authority.

[55] Further, on the basis of the evidence before the Commissioner his recommendation cannot be said to be clearly unreasonable or without any basis in the information then before the Commissioner and known

ment un élément permettant de conclure que le Commissaire a agi illégalement, que ses recommandations étaient manifestement déraisonnables, compte tenu de la preuve dont il était saisi, ou qu'il n'a pas respecté la norme d'équité minimale exigée de lui dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, la Cour ne peut intervenir.

[52] Le quatrième argument que le Commissaire invoque pour demander la radiation de l'avis de requête introductive d'instance est le fait qu'aucun des motifs qui autoriseraient la Cour à intervenir n'est établi en l'espèce, même à première vue, par la demande et les affidavits à l'appui.

[53] Même si les requérants reprochent au Commissaire d'avoir outrepassé les limites du pouvoir qui lui est conféré par la Loi en ouvrant une enquête au sujet de la plainte de M. Drapeau, j'ai souligné que la procédure d'enquête est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire du Commissaire en vertu de la Loi. De plus, la description de la plainte de M. Drapeau comme une plainte formulée à des fins illicites ou l'affirmation selon laquelle le Commissaire aurait dû en décider ainsi avant toute enquête sous-entend que l'intention ou l'objet d'un plaignant qui se fonde sur la Loi constitue un élément préalable d'une plainte à examiner. Cependant, la Loi ne mentionne nullement l'obligation de faire un examen préliminaire des plaintes à la lumière de l'objet ou de l'intention du plaignant. Toute personne qui se voit refuser la communication de renseignements détenus par le gouvernement ou qui n'en reçoit pas communication dans un délai raisonnable peut déposer une plainte auprès du Commissaire, qui est alors tenu de mener une enquête à ce sujet (voir l'article 30 de la Loi).

[54] À mon avis, ni la demande de contrôle judiciaire non plus que les affidavits à l'appui n'établissent à première vue un moyen qui permettrait à la Cour de conclure que le Commissaire a agi ici sans autorisation légitime.

[55] De plus, compte tenu de la preuve qui a été présentée au Commissaire, la recommandation que celui-ci a formulée ne peut être considérée comme une recommandation manifestement déraisonnable ou

to all parties. In other proceedings, as all were aware, Ms. Petzinger had given testimony, as she might be called to do again, with effect perceived, at least by Mr. Drapeau, to be against his interests. True, on behalf of the Minister of National Defence, the Deputy Minister by letter of August 28, 1996 advising the Commissioner that the recommendation would not be implemented, made clear that the Minister did not accept the basis for or the recommendation itself made by the Commissioner. That does not mean the Commissioner's recommendation was not within his discretion to make or that it could be characterized as clearly unreasonable in the circumstances known to him, and known to the parties.

[56] Finally, as noted by McKeown J. in the earlier proceedings in this matter, the Minister of National Defence had full opportunity to comment on the complaint and upon the Commissioner's provisional conclusions following investigation. The Minister did comment before the report and recommendations were finally determined. Ms. Petzinger had opportunity to and did comment orally on the complaint in the course of the investigation. It is worth repeating that the Commissioner found no basis for the complaint of Mr. Drapeau about a lack of professional service on her part, or for the complaint that she subjected him to poor service. What the report did conclude was that the allegation that she was in a conflict of interest situation vis-à-vis Mr. Drapeau was not established in fact but her past actions raised a reasonable apprehension of bias against Mr. Drapeau. That is a judgment that a reasonable person, knowledgeable about the relationship of the parties, could reasonably apprehend that Ms. Petzinger, in decisions relating to requests by Mr. Drapeau for access to information, would have a bias against him. That is not a conclusion that she was biased. It is not a conclusion she or the Minister could establish was in error merely by disagreeing with it. It is a conclusion that, in my opinion, was reasonable in light of the information available to the Commissioner.

comme une recommandation qui ne repose sur aucun des renseignements qui avaient alors été portés à sa connaissance et qui étaient connus de toutes les parties. Toutes les parties savaient pertinemment que M^{me} Petzinger avait, dans d'autres procédures, présenté un témoignage allant à l'encontre des intérêts de M. Drapeau, du moins aux yeux de celui-ci et pourrait être appelée à le faire à nouveau. Il est vrai que, dans une lettre datée du 28 août 1996, le sous-ministre a avisé le Commissaire, au nom du ministre de la Défense nationale, que la recommandation ne serait pas mise en œuvre, indiquant clairement de ce fait que le ministre n'acceptait pas la recommandation que le Commissaire avait formulée ni le fondement de celle-ci. Cela ne signifie pas que la recommandation en question ne relevait pas du pouvoir discrétionnaire du Commissaire ou qu'elle peut être considérée comme une recommandation manifestement déraisonnable dans les circonstances que lui-même et que les parties connaissaient.

[56] Enfin, comme le juge McKeown l'a souligné dans les procédures antérieures engagées dans la présente instance, le ministre de la Défense nationale a eu toute la latitude voulue pour commenter la plainte et les conclusions provisoires que le Commissaire a formulées après l'enquête. Le ministre a effectivement formulé des observations avant que le rapport et les recommandations soient formulés sous forme définitive. M^{me} Petzinger a eu la possibilité de commenter et a effectivement commenté verbalement la plainte au cours de l'enquête. Il convient de répéter que le Commissaire n'a trouvé aucun motif justifiant la plainte de M. Drapeau au sujet du manque de professionnalisme dont elle aurait fait montre ou au sujet de la piètre qualité du service qu'il a obtenu d'elle. La conclusion du rapport est la suivante: l'allégation selon laquelle M^{me} Petzinger se trouvait en situation de conflit d'intérêts à l'endroit de M. Drapeau n'était pas établie dans les faits, mais sa conduite antérieure soulevait une crainte raisonnable de partialité à l'endroit du plaignant. C'est un jugement indiquant qu'une personne raisonnable au courant des liens existant entre les parties pouvait craindre avec raison que M^{me} Petzinger se montre partielle à l'endroit de M. Drapeau dans le cadre des décisions qu'elle prendrait au sujet des demandes de renseignements qu'il formu-

Clearly it was a conclusion open to him on the information before him, and there was opportunity for the parties to comment on his findings, as proposed after the investigation, before they were finally included in his report. I agree with McKeown J. who commented in earlier proceedings that the standard of fairness required of the Commission was fully met.

[57] Thus, in my view, the originating notice of motion and its amending version, together with original and further affidavits for which leave to file is sought, do not in this case establish a *prima facie* basis for this Court to intervene to grant the relief sought by the applicants. In those circumstances there is no possibility of success for the applicants' originating notice of motion. That assessment meets the exceptional circumstances that warrant exercise of the Court's discretion to strike out, at this stage, the applicants' originating notice of motion. That discretion I now exercise by order accompanying these reasons.

[58] As a consequence of that determination, by order accompanying these reasons I also dismiss the applicants' motion for leave to file the amended originating notice of motion.

Applications to file supplementary affidavits

[59] Since I order the striking of the originating notice of motion and the dismissal of the application for leave to file an amended version, by order accompanying these reasons I also dismiss the applicants' motions for leave to file supplementary affidavits: of

lerait. Le Commissaire n'a pas conclu qu'elle avait été partielle et ce n'est pas non plus une conclusion dont elle-même ou le ministre pouvait établir le caractère erroné simplement en manifestant leur désaccord à cet égard. C'est une conclusion qui, à mon sens, était raisonnable, compte tenu des renseignements dont le Commissaire disposait. Il s'agissait manifestement d'une conclusion qu'il pouvait tirer sur la foi des renseignements portés à sa connaissance et les parties ont eu la possibilité de formuler des observations à ce sujet, ainsi qu'il leur a été proposé après l'enquête, avant que les conclusions en question soient finalement incluses dans le rapport. Je souscris aux commentaires du juge McKeown, qui a dit dans des procédures antérieures que la Commission avait entièrement respecté la norme d'équité exigée d'elle.

[57] Par conséquent, l'avis de requête introductive d'instance, que ce soit dans sa version originale ou modifiée, ainsi que les affidavits originaux et les affidavits supplémentaires que les requérants veulent produire n'établissent pas en l'espèce à première vue un fondement qui permettrait à la Cour d'intervenir pour accorder la réparation qu'ils demandent. Dans ces circonstances, la requête introductive d'instance des requérants n'a aucune chance d'être accueillie. Il s'agit de circonstances exceptionnelles qui justifient l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire de façon à radier à ce stade l'avis de requête introductive d'instance. J'exerce maintenant ce pouvoir discrétionnaire au moyen d'une ordonnance jointe aux présents motifs.

[58] Par suite de cette décision, dans une ordonnance jointe aux présents motifs, je rejette également la requête des requérants en vue d'obtenir l'autorisation de déposer l'avis modifié de requête introductive d'instance.

Demandes visant à obtenir l'autorisation de déposer des affidavits supplémentaires

[59] Étant donné que j'ordonne la radiation de l'avis de requête introductive d'instance et le rejet de la demande d'autorisation de déposer une version modifiée, je rejette également, au moyen d'une ordonnance jointe aux présents motifs, les requêtes des requérants

Alta Erker, Nos. 1, 2 and 3, all sworn September 11, 1996; and of Robert Emond, dated September 27, 1996.

[60] If I were not striking out the originating notice of motion I would allow the motions for leave to file all these affidavits, without any comment on the weight any of the evidence so added would have in these proceedings. I do so despite argument by the Commissioner that leave should be denied for filing at this stage since the information sought to be put before the Court is not new, i.e., the information was available when the original originating notice of motion was filed, and because the final affidavit, of Robert Emond, is sought to be filed after the Commissioner has responded to the applicants' submissions.

[61] Subsection 1603(1) [as enacted by SOR/92-43, s. 19] of the Rules requires that in the ordinary case affidavit evidence in support of an originating notice of motion be filed with that motion. It does not preclude later filing of affidavit evidence with leave of the Court. In this case affidavits were then filed; now further affidavits are sought to be filed to complete the documentary record before the Court: that purpose is questioned by counsel for Mr. Drapeau, who urges the additional affidavits should be struck since in large part, particularly those of Alta Erker, are sworn on information and belief, not as affidavits of fact within the knowledge of the affiant. By their nature it is said they are improper since only affidavits sworn concerning matters within the knowledge of the affiant are permitted in proceedings for judicial review. Here the "facts" to which reference is made in the affidavits relates to documents the applicants seek to put before the Court to complete the contextual record for considering their application for judicial review. I would not be prepared to refuse leave to file the affidavits for those reasons, though I stress their filing may have little or much significance for the outcome of the proceeding for judicial review if it were to go forward. The ultimate assessment of the weight of evidence they provide would be a matter for the

en vue d'obtenir l'autorisation de produire les affidavits supplémentaires d'Alta Erker n^{os} 1, 2 et 3, tous faits sous serment le 11 septembre 1996, et celui de Robert Emond daté du 27 septembre 1996.

[60] Si je n'avais pas décidé de radier l'avis de requête introductive d'instance, j'accueillerais les requêtes portant autorisation de produire tous ces affidavits sans commenter l'importance que l'un ou l'autre des éléments de preuve ainsi ajoutés aurait dans la présente instance. J'en arrive à cette conclusion malgré l'argument du Commissaire selon lequel la demande d'autorisation devrait être refusée à ce stade, parce que les renseignements visés par la demande d'autorisation ne sont pas nouveaux, c'est-à-dire qu'ils étaient disponibles lorsque l'avis original de requête introductive d'instance a été déposé, et parce que les requérants cherchent à produire le dernier affidavit de Robert Emond par suite de la réponse du Commissaire à leurs arguments.

[61] Selon le paragraphe 1603(1) [édicte par DORS/92-43, art. 19] des Règles, dans les affaires ordinaires, un affidavit au soutien de l'avis de requête introductive d'instance doit être déposé en même temps que cette requête. Cette Règle n'interdit pas la production ultérieure d'affidavits avec l'autorisation de la Cour. Dans la présente affaire, des affidavits ont été déposés en même temps que la requête; les requérants demandent maintenant l'autorisation de produire d'autres affidavits pour compléter la preuve documentaire dont la Cour est saisie: M. Drapeau conteste cet objet et soutient que les affidavits supplémentaires devraient être radiés, étant donné qu'ils sont fondés en grande partie, notamment ceux d'Alta Erker, sur des renseignements et des croyances et non sur des faits dont le déposant était lui-même au courant. Selon M. Drapeau, les affidavits en question ne conviennent pas en l'espèce, étant donné que seuls des affidavits faits sous serment au sujet de questions dont le déposant est lui-même au courant peuvent être produits dans des demandes de contrôle judiciaire. Dans la présente affaire, les «faits» mentionnés dans les affidavits concernent les documents que les requérants cherchent à présenter à la Cour pour lui permettre de mieux comprendre le contexte dans lequel elle devrait examiner leur demande de contrôle judiciaire. Je ne

hearing judge. Any prejudice to the Commissioner, or to Mr. Drapeau, if the proceedings were to go forward, could be offset by leave to those parties to file further affidavits or argument in response.

The standing of several parties

[62] The amended originating notice of motion by deleting reference to the Commissioner as a respondent, while still seeking forms of relief directed to him, and costs, raises the issue of the Commissioner's standing in these proceedings. For the applicants it is urged that the Commissioner ought not to have standing as a respondent, now that the application for injunction relief has been refused, on the basis of the Court of Appeal's decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.) (sometimes referred to as *Bernard*). For the Commissioner, it is urged that his function is comparable to that of a commission of inquiry, and practice accepts such a body as a party respondent where its process or its decisions are subject to proceedings by way of judicial review. The circumstances seem particularly awkward for the private party adverse in interest to the applicants with regard to the Commissioner's decision, in this case Mr. Drapeau, particularly where the application, as here, is initiated by the Attorney General. Nevertheless, the Court of Appeal decision in *Bernard* is determinative of the issue; the federal board, commission or tribunal whose decision is subject to review is not a proper party respondent but may be an intervenor in these proceedings, not to argue the merits of the decision made, but to deal with questions of jurisdiction and process.

suis pas disposé à refuser aux requérants l'autorisation de produire les affidavits pour ces motifs, mais je souligne que la production des affidavits en question aura peut-être une importance minime pour le résultat de la demande de contrôle judiciaire, si celle-ci devait aller de l'avant. L'évaluation en dernier ressort du poids à accorder à la preuve qu'ils renferment serait une question relevant du juge qui préside l'audience. Il serait possible de compenser tout préjudice causé au Commissaire ou à M. Drapeau si l'instance devait aller de l'avant en leur permettant de déposer d'autres affidavits ou de formuler d'autres arguments en réponse.

La qualité des différentes parties

[62] L'avis de requête introductive d'instance, qui est modifié par l'élimination du renvoi au Commissaire comme partie intimée tout en conservant certaines demandes de réparation formulées contre lui ainsi que les demandes relatives aux frais, soulève la question de la qualité du Commissaire pour agir en l'espèce. Les requérants soutiennent que le Commissaire ne peut avoir qualité pour agir comme intimé, étant donné que la demande d'injonction a été rejetée, en raison de la décision que la Cour d'appel a rendue dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.) (jugement parfois appelé l'arrêt *Bernard*). Pour sa part, le Commissaire réplique que sa fonction se compare à celle d'une commission d'enquête et qu'en pratique, il est permis à un organisme de cette nature d'agir comme partie intimée lorsque ses procédures ou ses décisions font l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Les circonstances semblent particulièrement embarrassantes pour la partie privée dont les intérêts sont opposés à ceux des requérants en ce qui a trait à la décision du Commissaire, en l'occurrence, M. Drapeau, surtout dans une situation où la demande, comme c'est le cas en l'espèce, est introduite par le procureur général. Néanmoins, la décision que la Cour d'appel a rendue dans l'affaire *Bernard* tranche la question; l'office fédéral dont la décision est visée par une demande de contrôle judiciaire ne peut être partie intimée, mais il peut intervenir dans cette instance, non pas pour plaider le bien-fondé de la décision rendue, mais pour

[63] In my opinion, the Information Commissioner is properly excluded as a respondent if this matter were to proceed to a hearing on the basis of the amended originating notice of motion. The proper standing as intervenor with full party status to make submissions on issues other than the merits of his decision, a matter not before the Court, should continue for the Commissioner, if this matter were to proceed.

[64] For Mr. Drapeau, his standing as a respondent is questioned by his counsel, particularly if he be the sole respondent. Nevertheless, as “an interested person who is adverse in interest to the applicant[s]” in the proceedings before the federal board, etc., here the Information Commissioner, he is properly named as a respondent in the notice of motion (subsection 1602(3) [as enacted by SOR/92-43, s. 19] of the Rules), and if this matter were to proceed he would so continue.

[65] For the Commissioner, written submissions urged that neither Ms. Petzinger nor the Minister of National Defence, were properly applicants in these proceedings, at least after the decision of the Minister not to accept and implement the recommendation made by the Commissioner. I am not so persuaded. If the application were not now struck out and it were to be pursued the Attorney General, acting here for Her Majesty’s interests including those of the Minister, would continue to represent those interests and Ms. Petzinger would continue to be an applicant unless she were to withdraw from any further proceedings.

[66] In the result, if proceedings were to continue, the style of cause should be varied to include Mr. Drapeau as the sole respondent to the applicants’ motion, with the Information Commissioner as intervenor, with the latter having the right to make submissions in regard to the process followed in his investigation and report, and in regard to his statutory

présenter des arguments sur les questions de la compétence et de la procédure.

[63] À mon avis, il y a lieu d’exclure le Commissaire à l’information comme partie intimée si la présente affaire devait être entendue sur la foi de l’avis modifié de requête introductive d’instance. Si l’affaire devait se poursuivre, le Commissaire devrait demeurer habilité à agir comme intervenant et à formuler des observations au sujet de points autres que le bien-fondé de sa décision, question dont la Cour n’est pas saisie.

[64] Par ailleurs, l’avocate de M. Drapeau conteste la qualité de son client d’agir comme intimé, surtout s’il est le seul intimé. Néanmoins, à titre de [TRADUCTION] «personne intéressée dont les intérêts sont opposés à ceux du[es] requérant[s]» dans les procédures engagées devant l’office fédéral, etc., en l’occurrence, le Commissaire à l’information, M. Drapeau est désigné en bonne et due forme en l’espèce à titre d’intimé dans l’avis de requête (paragraphe 1602(3) [éditée par DORS/92-43, art. 19] des Règles) et le serait encore si l’affaire devait se poursuivre.

[65] Dans leurs observations écrites, les avocats du Commissaire ont fait valoir que ni M^{me} Petzinger ni le ministre de la Défense nationale n’étaient désignés requérants à bon droit en l’espèce, du moins après que le ministre a décidé de ne pas accepter et de ne pas mettre en œuvre la recommandation formulée par le Commissaire. Je ne suis pas de cet avis. Si la demande n’était pas radiée maintenant et que les procédures s’y rapportant devaient se poursuivre, le procureur général, qui représente ici les intérêts de Sa Majesté, y compris ceux du ministre, continuerait à représenter ces intérêts et M^{me} Petzinger demeurerait requérante, sauf si elle décidait de se désister de toute procédure ultérieure.

[66] En conséquence, si l’instance devait se poursuivre, l’intitulé de la cause devrait être modifié de façon que M. Drapeau soit désigné le seul intimé dans la requête des requérants et que le Commissaire à l’information y soit désigné intervenant ayant le droit à ce titre de présenter des observations au sujet de la procédure suivie au cours de son enquête et de la

jurisdiction.

Costs

[67] Rule 1618 provides that in respect of an application for judicial review no costs shall be payable unless the Court, for special reasons, so orders. Here all of the parties ask for costs.

[68] The Attorney General seeks costs against both named respondents, on a solicitor-client basis, no less, "having regard to the avoidable and considerable expenses which they caused the applicants to incur by refusing to proceed on September 24, 1996". That date was when the applicants' motions for leave to amend and to file further affidavits came on for hearing and were not disposed of because other motions were about to be filed and Madam Justice McGillis then directed a schedule for filing all motions and for their hearing. The applicants' perception of delay, resulting from an order, is not a ground for special reasons warranting costs let alone costs on a solicitor-client basis.

[69] The Commissioner requested costs against both applicants on a solicitor-client basis for all proceedings occurring after the decision on August 30, 1996 of McKeown J. dismissing injunctive relief sought by the applicants. Even if the actions thereafter of counsel for the applicants were to be perceived as misguided, which is my general interpretation of the several bases urged by the Commission as the grounds for urging solicitor and client costs, that would not in itself constitute the basis for such an award, nor would it in this case be a special reason that would warrant an order for costs on a party and party basis. Even where there is found to be no basis that would warrant continuing proceedings, and that an originating notice of motion for judicial review should be struck out, that would not constitute special circumstances warranting an order of costs under Rule 1618 in a case involving the Attorney General of Canada as applicant and an

préparation de son rapport ainsi que de la compétence dont il est investi en vertu de la Loi.

Frais

[67] La Règle 1618 énonce qu'il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales. Dans la présente affaire, toutes les parties demandent des frais.

[68] Le procureur général demande aux deux intimés désignés rien de moins que des frais sur la base procureur-client, [TRADUCTION] «compte tenu des dépenses évitables et considérables qu'ils ont occasionnées aux requérants en refusant de procéder le 24 septembre 1996». Il s'agissait de la date qui avait été fixée pour l'audition des requêtes des requérants en vue d'obtenir l'autorisation de modifier leur requête initiale et de déposer des affidavits supplémentaires; ces requêtes n'ont pas été réglées, parce que d'autres requêtes étaient sur le point d'être produites et que M^{me} le juge McGillis a alors fixé un calendrier relatif au dépôt de toutes les requêtes et à leur audition. Le délai que les requérants reprochent aux intimés et qui découle d'une ordonnance ne constitue pas une raison spéciale justifiant l'octroi de frais et encore moins des frais sur la base procureur-client.

[69] Le Commissaire a demandé que des frais sur la base procureur-client soient adjugés contre les deux requérants à l'égard de toutes les procédures qui ont eu lieu après la décision en date du 30 août 1996 par laquelle le juge McKeown a rejeté leur demande d'injonction interlocutoire. Même si les mesures que les avocats des requérants ont prises par la suite devaient être considérées comme des mesures peu judicieuses, et c'est ainsi que j'interprète de façon générale les différentes raisons que le Commissaire invoque pour demander des frais sur la base procureur-client, ce motif ne justifie pas en soi l'octroi de frais de cette nature et ne constituerait pas non plus en l'espèce une raison spéciale justifiant l'adjudication de frais entre parties. Même si la Cour conclut à l'absence de motif justifiant la poursuite de l'instance et décide que l'avis de requête introductive d'instance devrait être radié, il ne s'agirait pas de circonstances

agency of Her Majesty as respondent. Moreover, it would be even more extraordinary to order costs on a solicitor-client basis. I decline to order costs payable by one officer of government to another.

[70] Counsel for Mr. Drapeau also seeks an order for costs on a solicitor and client basis, payable by the applicants in relation to all stages of this proceeding, including the interlocutory motions dealt with by McKeown J. I note that in the order of August 30, 1996 made by his Lordship in disposing of the motion for injunctive relief he ordered costs to the respondent Mr. Drapeau on a solicitor-client basis in the cause to be payable by the applicants, and he deemed 75% of the time taken to deal with two motions over two days was attributed to that motion. As for the other motion before him, to order that certain materials be maintained in confidence, he specifically ordered no costs. Thus, to that stage the only matter of costs then raised was dealt with.

[71] For proceedings since then I find special reasons to warrant costs on a solicitor-client basis payable by the applicants to the respondent Mr. Drapeau as a result of these factors:

(i) If not earlier, at least after the decision of McKeown J. on August 30, 1996, it was clear there was no possibility, in proceedings for judicial review, of a declaration or other relief directed to Mr. Drapeau, a private citizen, yet the applicants did not withdraw all claims against him. In the amended originating notice of motion they still sought costs on a solicitor-client basis against Mr. Drapeau, in essence because he had filed a complaint with the Information Commissioner which led to considerable time and expense for the applicants in dealing with subsequent proceedings, including those here initiated by the applicants. As noted earlier, the Act permits com-

spéciales justifiant une ordonnance fondée sur la Règle 1618 dans une affaire où la partie requérante est le procureur général du Canada et où la partie intimée est un mandataire de Sa Majesté. De plus, il serait encore plus extraordinaire d'adjuger des frais sur la base procureur-client. Je refuse d'ordonner à un fonctionnaire du gouvernement de payer des frais à un autre fonctionnaire.

[70] L'avocate de M. Drapeau demande elle aussi une ordonnance enjoignant aux requérants de payer des frais sur la base procureur-client à l'égard de toutes les étapes de l'instance, y compris les requêtes interlocutoires que le juge McKeown a réglées. Je souligne que, dans l'ordonnance du 30 août 1996 que le juge McKeown a rendue au sujet de la demande d'injonction, il a décidé que les requérants devraient payer à l'intimé, M. Drapeau, des frais sur la base procureur-client dans l'instance et il a présumé que 75 % du temps consacré à l'examen des deux requêtes sur une période de deux jours avait été attribué à cette requête. En ce qui a trait à l'autre requête dont il était saisi, soit une requête en vue d'obtenir une ordonnance de non-divulgence à l'égard de certains documents, il a précisé qu'aucuns frais n'étaient adjugés. Par conséquent, à ce stade, la seule question alors soulevée au sujet des frais a été tranchée.

[71] En ce qui a trait aux procédures engagées depuis ce temps, j'estime qu'il y a des raisons spéciales justifiant l'octroi à l'intimé, M. Drapeau, de frais sur la base procureur-client à l'encontre des requérants, en raison des facteurs suivants:

(i) Après la décision que le juge McKeown a rendue le 30 août 1996, sinon avant, il est devenu évident qu'il n'était pas possible, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, qu'un jugement déclaratoire soit rendu ou qu'une autre forme de réparation soit accordée à l'encontre de M. Drapeau, qui est un citoyen privé; pourtant, les requérants n'ont pas retiré toutes les demandes qu'ils avaient formulées contre lui. Dans leur avis modifié de requête introductive d'instance, ils demandent encore que M. Drapeau soit condamné à leur payer des frais sur la base procureur-client, essentiellement parce qu'il avait déposé auprès du Commissaire à l'information une plainte qui a occa-

plaints to be filed and Mr. Drapeau simply acted within his statutory rights. Doing so gave no basis for relief against him in costs or otherwise.

(ii) Continuing the claim for costs against the respondent Mr. Drapeau left him with no real alternative to continuing an active role, with counsel, in the proceedings to date. Absent a claim for costs, with no claim for other relief against him, he might have opted to play no active role in this stage of proceedings, after August 30, even though he continued to be a named respondent.

(iii) In written submissions and in argument for the applicants the purposes or intent of Mr. Drapeau in making a complaint to the Commissioner were characterized as illicit and improper. His intent or purposes have no legal significance for the Commissioner whose obligation is to investigate complaints made to him. In my opinion, counsel for the applicants ought to have understood the Act, the Commissioner's responsibility and Mr. Drapeau's statutory right to seek access to government information and to complain if his requests were not met with reasonable response.

[72] In my opinion the circumstances here constitute special reasons warranting an order of costs pursuant to Rule 1618. The continuing claim by the applicants in costs and continuing allegations of illicit purpose on the part of Mr. Drapeau, when it ought to have been clear to counsel for the applicants that there was no basis for either in this case, particularly after the order of August 30, 1996 by McKeown J., warrant costs on a solicitor-client basis payable to Mr. Drapeau in regard to all proceedings, after August 30, 1996, including his own motion to strike the originating notice of motion.

sionné des frais considérables pour les requérants, en temps et en argent, lors de procédures subséquentes, notamment celles qu'ils ont engagées en l'espèce. Tel qu'il est mentionné précédemment, la Loi permet le dépôt de plaintes et M. Drapeau a simplement exercé les droits que la Loi lui reconnaît. Cette façon d'agir ne justifie nullement l'octroi d'une réparation contre lui, que ce soit sous forme de frais ou autrement;

(ii) Comme la demande de frais formulée contre lui n'avait pas été retirée, M. Drapeau n'avait pas vraiment le choix et devait continuer à jouer un rôle actif, avec l'aide de son avocate, dans les procédures engagées jusqu'à maintenant. En l'absence de cette demande et d'une demande formulée contre lui en vue d'obtenir d'autres réparations, il aurait peut-être pu décider de cesser de jouer un rôle actif à ce stade de l'instance, après le 30 août, même s'il était encore désigné intimé.

(iii) Dans les observations écrites et dans les plaidoiries présentées au nom des requérants, l'objet ou la fin que M. Drapeau visait lorsqu'il a déposé sa plainte auprès du Commissaire a été décrit comme un objet ou une fin illicite et inapproprié. L'objet ou la fin qu'il poursuivait n'a aucune importance juridique pour le Commissaire, qui est tenu de mener une enquête au sujet des plaintes qu'il reçoit. À mon avis, les avocats des requérants auraient dû comprendre la portée de la Loi, la responsabilité du Commissaire ainsi que le droit de M. Drapeau de demander la communication de renseignements détenus par le gouvernement et de déposer une plainte s'il n'obtenait pas de réponse à sa demande dans un délai raisonnable.

[72] À mon sens, les circonstances de la présente affaire constituent des raisons spéciales justifiant une ordonnance fondée sur la Règle 1618. Le maintien par les requérants de leur demande de frais et de leurs allégations selon lesquelles M. Drapeau poursuivait une fin illicite, alors que leurs avocats auraient dû comprendre que ni cette demande non plus que ces allégations n'étaient fondées en l'espèce, surtout après l'ordonnance que le juge McKeown a rendue le 30 août 1996, justifie l'octroi de frais sur la base procureur-client en faveur de M. Drapeau à l'égard de toutes les procédures engagées après le 30 août 1996, y compris sa propre requête portant radiation de l'avis de requête introductive d'instance.

Conclusion

[73] For the reasons outlined, orders now issue disposing of the various motions dealt with in these reasons.

Thus orders issue:

(1) allowing the application of the respondent, the Information Commissioner and striking out the applicants' originating notice of motion, but without ordering costs;

(2) a similar order allowing the application of the respondent Michel Drapeau, striking out the applicants originating notice of motion, with costs payable by the applicants to this respondent on a solicitor-client basis for proceedings after August 30, 1996;

(3) dismissing the applicants' motions for leave to file an amended originating notice of motion, to file three supplementary affidavits of Alta Erker and to file a supplementary affidavit of Robert Emond, in view of the determination that the originating notice of motion be struck, without any order as to costs;

(4) upholding the objection of the respondent Information Commissioner to production of documents requested by the applicants in their originating notice of motion, and declining to order that the documents be produced, again without any order as to costs.

Conclusion

[73] Pour les motifs exposés ci-dessus, la Cour rend les ordonnances suivantes au sujet des différentes requêtes examinées dans les présents motifs:

1) une ordonnance faisant droit à la demande de l'intimé, le Commissaire à l'information, et radiant l'avis de requête introductive d'instance des requérants, sans que des frais soient adjugés;

2) une ordonnance similaire faisant droit à la demande de l'intimé Michel Drapeau et radiant l'avis de requête introductive d'instance des requérants, ceux-ci étant tenus de payer à cet intimé des frais sur la base procureur-client à l'égard des procédures engagées après le 30 août 1996;

3) une ordonnance rejetant les requêtes des requérants en vue d'obtenir l'autorisation de déposer un avis modifié de requête introductive d'instance, trois affidavits supplémentaires d'Alta Erker et un affidavit supplémentaire de Robert Emond, compte tenu de la décision selon laquelle l'avis de requête introductive d'instance devrait être radié, sans que des frais soient adjugés;

4) une ordonnance confirmant l'opposition de l'intimé, le Commissaire à l'information, à la production des documents que les requérants ont demandés dans leur avis de requête introductive d'instance et refusant d'exiger la production des documents, encore là sans que des frais soient adjugés.

T-1399-96

T-1399-96

VIA Rail Canada Inc. (Applicant)**VIA Rail Canada Inc. (requérante)**

v.

c.

Canadian Human Rights Commission and John Mills (Respondents)**Commission canadienne des droits de la personne et John Mills (intimés)****INDEXED AS: VIA RAIL CANADA INC. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: VIA RAIL CANADA INC. c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Teitelbaum J.—Montréal, May 12; Ottawa, August 19, 1997.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Montréal, 12 mai; Ottawa, 19 août 1997.

Human rights — Judicial review of CHRT decision applicant discriminated against employee on basis of disability under CHRA, s. 7 — Employee working for VIA Rail as chef, cook, service attendant — Suffering from recurring back problems throughout employment exacerbated by heavy lifting, bending — Put on disability leave — Denied reinstatement although cleared for return to work by family doctor — Tribunal's appreciation of employee's disability in conformity with law — Conclusions in relation to medical evidence findings of fact, not erroneous — Tribunal failing to advert to distinction between direct, indirect discrimination — Defences, reasoning different for each type of discrimination — CHRT abdicating responsibility in failing to specify type of discrimination.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision du TCDP selon laquelle la requérante a commis à l'endroit d'un employé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, contrairement à l'art. 7 de la LCDP — L'employé travaillait pour VIA Rail en tant que chef, cuisinier et préposé aux services — Il a souffert de maux de dos récidivants, pendant toute sa période d'emploi, et son état s'est aggravé du fait qu'il devait se pencher et soulever des charges lourdes — Il a reçu un congé d'invalidité — On a refusé de le réintégrer bien que son médecin de famille ait autorisé son retour au travail — La manière dont le Tribunal a apprécié son invalidité est conforme à la loi — Les conclusions touchant le constat médical sont des conclusions de fait et ne comportent aucune erreur — Le Tribunal ne s'est pas arrêté aux distinctions entre la discrimination directe et la discrimination indirecte — Les moyens de défense et d'analyse sont différents selon le type de discrimination — En omettant de préciser le type de discrimination, le TCDP a renoncé à sa responsabilité.

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal finding that the applicant, VIA Rail Canada Inc., had discriminated against the respondent employee on the basis of disability under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*. The employee was hired by VIA in 1970 and worked as chef, cook and service attendant, the latter job involving heavy lifting such as loading passengers' luggage. He had suffered recurring back problems throughout his employment with VIA. He was put on a short-term disability leave after he had a serious back injury in August 1991, while performing his employment duties. Some three months after that incident, the employee was deemed fit to return to work by his family doctor. Even though he wanted to return to work, VIA balked at reinstating him to his former position on the basis that he was totally incapable of performing his employment duties. After a brief return to work in 1993, the employee went on an extended disability leave due to mental stress and was finally dismissed in October 1994. The Tribunal found that VIA had failed to perform a thorough assessment of all the medical evidence detailing the employee's back

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle la requérante, VIA Rail Canada Inc., a commis à l'endroit de l'employé intimé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, contrairement à l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'employé avait été engagé par VIA en 1970 et avait travaillé comme chef, cuisinier et préposé aux services, ce dernier poste l'obligeant à soulever de lourdes charges, tels les bagages des passagers. Il a souffert de maux de dos récidivants pendant tout le temps où il a travaillé pour VIA. Il a obtenu un congé d'invalidité de brève durée après s'être grièvement blessé au dos en août 1991, dans l'exercice de ses fonctions. Environ trois mois après cet incident, l'employé a été jugé apte à retourner travailler par son médecin de famille. Il voulait retourner travailler mais VIA a hésité à le réintégrer dans son ancien poste, estimant qu'il était tout à fait incapable d'exercer ses fonctions. Après un bref retour au travail en 1993, l'employé a pris un congé prolongé d'invalidité pour cause de stress, puis a été congédié en octobre 1994. Le Tribunal a estimé que VIA avait omis d'évaluer

condition and had a skewed perception of his abilities. It also held that VIA could not offer any justification for its discriminatory behaviour. Three main issues were raised: 1) whether the Tribunal made a paradoxical and unreasonable finding on the issue of disability; 2) whether the Tribunal erred in preferring posterior medical opinion to the contemporaneous evidence; and 3) whether the Tribunal fully considered VIA's possible defences to a *prima facie* finding of discrimination.

Held, the application should be allowed.

As a preliminary issue, the Canadian Human Rights Commission argued that paragraphs 36 and 37 of a VIA officer's affidavit should be struck because they contain facts and evidence that were not before the Tribunal. According to the affidavit, reinstating the employee would necessitate letting go another chef who had accepted his position in good faith. VIA could not invoke paragraph 54(2)(a) of the CHRA since it had failed to give evidence about the other chef before the Tribunal. The *Federal Court Rules* do not provide for the introduction of fresh evidence on a judicial review application. The impugned paragraphs must be struck out under subsection 1603(1) of the Rules because they introduced facts that were not before the Tribunal.

1) The Tribunal's appreciation of disability was in conformity with the law. VIA has failed to recognize how a perception of disability can itself be a discriminatory practice prohibited by the CHRA. The statutory definition of disability is open-ended and broadly phrased. The fact that the Tribunal characterized the employee's disability as a "back ailment" is no bar to his entitlement to seek relief on the ground of disability. Disability is a question of degree and must be measured in a variety of contexts and situations. The Tribunal's finding of disability centred less on the employee's actual physical condition than on VIA's perception of his ailment. The insistence on perception is necessary because human rights legislation is directed at preventing the effects of discriminatory behaviour.

2) The Tribunal's conclusions in relation to the medical evidence were findings of fact. The Tribunal did not make an erroneous finding in stating that the decision that the employee was disabled to the point that he could not perform his duties as a chef or any other duties on board a train was not based upon any proper assessment of his performance in the workplace. It did not make its finding in a capricious or perverse manner or without regard to the evidence before it. It carefully examined the employee's

minutieusement les divers éléments de la preuve médicale donnant des détails sur les maux de dos de l'employé, et avait donc une perception erronée des aptitudes de celui-ci. Le Tribunal a également jugé que VIA ne pouvait pas offrir de justifications pour son comportement discriminatoire. Trois grandes questions se posaient, 1) le Tribunal a-t-il tiré une conclusion paradoxale et déraisonnable sur la question de l'invalidité? 2) le Tribunal a-t-il commis un erreur en préférant l'avis médical postérieur à la preuve contemporaine? et 3) le Tribunal a-t-il pleinement examiné les moyens que VIA pouvait invoquer contre une conclusion *prima facie* de discrimination.

Jugement: la demande est accueillie.

À titre préliminaire, la Commission canadienne des droits de la personne soutenait que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit d'un cadre de VIA devraient être radiés parce qu'ils renfermaient des faits et des éléments de preuve dont le Tribunal ne disposait pas. Selon cet affidavit, la réintégration de l'employé exigerait le renvoi d'un autre chef qui avait accepté son poste de bonne foi. VIA ne pouvait pas invoquer l'alinéa 54(2)a) de la LCDP puisqu'elle n'a présenté au Tribunal aucune preuve au sujet de l'autre chef. Les *Règles de la Cour fédérale* ne prévoient pas la présentation de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Les paragraphes litigieux doivent être radiés en vertu du paragraphe 1603(1) des Règles parce qu'ils présentent des faits dont le Tribunal n'était pas saisi.

1) La façon dont le Tribunal a évalué la déficience est conforme au droit. VIA a omis de reconnaître comment une perception selon laquelle une personne est atteinte d'une déficience peut en soi constituer un acte discriminatoire prohibé par la LCDP. La définition légale de la déficience est non limitative et formulée en termes généraux. Le fait que le Tribunal ait qualifié de «mal de dos» la déficience de l'employé n'empêche pas ce dernier de demander un redressement sur la base d'une déficience. La déficience est une question de degré et doit être appréciée dans divers contextes et dans diverses situations. La conclusion du Tribunal au sujet de la déficience est moins axée sur l'état physique réel de l'employé que sur la façon dont VIA a perçu le mal dont celui-ci était atteint. Il est nécessaire d'insister sur la question de la perception parce que la législation en matière de droits de la personne vise à empêcher les effets d'un comportement discriminatoire.

2) Les conclusions tirées par le Tribunal à l'égard de la preuve médicale sont des conclusions de fait. Le Tribunal n'a pas tiré de conclusion erronée en décidant que la décision selon laquelle l'employé était invalide au point de ne pas pouvoir remplir ses fonctions de chef, voire celles de tout autre poste à bord d'un train, n'avait pas été prise après un examen approprié de son rendement au travail. Le Tribunal n'a pas tiré sa conclusion de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispo-

rather involved medical history and did not confine its discussion of the varied consultations and medical opinions to the primary August 1991 incident. The Tribunal's finding that VIA had not performed an adequate and comprehensive investigation into the medical evidence did not warrant judicial review.

3) In failing to make any express finding on the nature of the discrimination suffered by the employee, the Tribunal did not give proper weight to VIA's possible defence to the charge that it had discriminated against him. Judicial review of the Tribunal's decision was therefore warranted on that issue because the Tribunal had incorrectly applied the law. Case law has recognized two basic types of discrimination: direct and indirect. Each type has a distinct chain of reasoning and defences. In cases of direct discrimination, the employer can assert as a defence that the general rule attacked as discriminatory is in fact a *bona fide* occupational requirement (BFOR). There can be no individual accommodation or assessment in a case of direct discrimination. In contrast, the defence in a case of indirect discrimination is centered on individual needs and characteristics. The employer has a duty to accommodate the individual applicant up to the point of undue hardship. The Tribunal stated plainly that VIA had discriminated against the employee on the basis of disability, but it did not elaborate on the nature of the discrimination. Neither did it expressly turn its mind to the distinctions in the law between direct and indirect discrimination. The Tribunal did not explicitly consider VIA's possible justification of a BFOR. If such a defence was not viable because the discrimination at issue was indirect, it should have said so. By failing to specify the type of discrimination at issue, the Tribunal left a vacuum and abdicated its responsibility. It therefore committed a reviewable error of law.

sait. Il a minutieusement examiné les antécédents médicaux plutôt complexes de l'employé et n'a pas limité son analyse des diverses consultations et opinions médicales à l'événement déterminant du mois d'août 1991. La conclusion du Tribunal selon laquelle VIA n'a pas effectué une enquête adéquate et exhaustive de la preuve médicale ne justifie donc pas un contrôle judiciaire.

3) En omettant de tirer une conclusion expresse au sujet de la nature de la discrimination dont l'employé avait été victime, le Tribunal n'a pas accordé l'importance appropriée au moyen de défense que VIA pouvait invoquer contre l'allégation selon laquelle elle avait commis un acte discriminatoire à son endroit. Le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal est donc justifiée sur ce point parce que le Tribunal a appliqué la loi d'une façon erronée. La jurisprudence distingue deux types principaux de discrimination: la discrimination directe et la discrimination indirecte. Chaque type de discrimination comporte une série distincte de raisonnements et de moyens de défense. Dans une affaire de discrimination directe, l'employeur peut se défendre en disant que la règle générale qui est contestée pour le motif qu'elle est discriminatoire constitue en fait une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Il ne peut y avoir aucune accommodation ou évaluation individuelle dans un cas de discrimination directe. Par contre, dans une affaire de discrimination indirecte, la défense est axée sur les caractéristiques et besoins individuels. L'employeur est tenu d'accommoder le requérant individuel dans la mesure où cela ne cause pas de problème démesuré. Le Tribunal a clairement dit que VIA avait commis à l'endroit de l'employé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, mais il n'a pas donné de précisions au sujet de la nature de cet acte. Le Tribunal ne s'est pas non plus expressément arrêté aux distinctions de droit entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Il n'a pas expressément tenu compte de la justification possible de VIA concernant une EPJ. Si pareil moyen de défense n'était pas soutenable parce que la discrimination en question était de nature indirecte, le Tribunal aurait dû le dire. En omettant de préciser le type de discrimination en cause, le Tribunal a laissé un vide et a renoncé à sa responsabilité. Il a par conséquent commis une erreur de droit susceptible de contrôle judiciaire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 1), 7, 15, 25 "disability", 50(2)(c), 54(2)(a).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1603(1) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 1), 7, 15, 25 «déficience», 50(2)c), 54(2)a).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1603(1) (édicte par DORS/92-43, art. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

DISTINGUISHED:

Canada (Attorney-General) v. Beaulieu (1993), 103 D.L.R. (4th) 217; 93 CLLC 17,023; 154 N.R. 299 (F.C.A.).

CONSIDERED:

West Region Tribal Council v. Booth et al. (1992), 55 F.T.R. 28 (F.C.T.D.); *Franz v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.); *Kibale v. Transport Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022; 90 N.R. 1 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Ede v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439; *Philip Foucault v. Canadian National Railways* (1981), 2 C.H.R.R. D/475; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal ([1996] C.H.R.D. No. 7 (QL)) that the applicant had discriminated against the respondent employee on the basis of disability under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*. Application allowed.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada (Procureur général) c. Beaulieu (1993), 103 D.L.R. (4th) 217; 93 CLLC 17,023; 154 N.R. 299 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

West Region Tribal Council c. Booth et autres (1992), 55 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.); *Franz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1^{re} inst.); *Kibale c. Transports Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022; 90 N.R. 1 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Procureur général) c. Mossop, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Ede c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439; *Philip Foucault c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1981), 2 C.H.R.R. D/475; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne ([1996] D.C.D.P. n° 7 (QL)), selon laquelle la requérante a commis à l'endroit de l'employé intimé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, contrairement à l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demande accueillie.

COUNSEL:

Dominique Monet for applicant.
Rosemary G. Morgan for respondent Canadian
 Human Rights Commission.
Lewis Gottheil for respondent John Mills.

SOLICITORS:

Martineau, Walker, Montréal, for applicant.
Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for
 respondent Canadian Human Rights Commission.
CAW-Canada Legal Department, Willowdale,
 Ontario, for respondent John Mills.

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

TEITELBAUM J.:

INTRODUCTION¹

[1] This is an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal [[1996] C.H.R.D. No. 7 (QL)] (the Tribunal). In a decision rendered May 16, 1996, the Tribunal found that the applicant VIA Rail Canada Inc. (VIA) had discriminated against the respondent John Mills on the basis of disability. VIA, a national passenger service railroad company, perceived that Mr. Mills was totally incapable of performing his employment duties. The Tribunal ruled that VIA had violated section 7 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA). The Tribunal ordered VIA to compensate Mr. Mills for his lost wages and benefits, and reinstate him to a specific, restricted position within the company. VIA now seeks judicial review of that decision.

FACTS

Mr. Mills' Employment History

[2] Mr. Mills began to work for the railways in 1970 when VIA was still part of the Canadian National

AVOCATS:

Dominique Monet pour la requérante.
Rosemary G. Morgan pour la Commission cana-
 dienne des droits de la personne, intimée.
Lewis Gottheil pour l'intimé John Mills.

PROCUREURS:

Martineau, Walker, Montréal, pour la requérante.
*Commission canadienne des droits de la person-
 ne*, Ottawa, pour la Commission canadienne des
 droits de la personne, intimée.
TCA-Canada, contentieux, Willowdale (Ontario),
 pour l'intimé John Mills.

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

LE JUGE TEITELBAUM:

INTRODUCTION¹

[1] Il s'agit de la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne [[1996] D.C.D.P. n° 7 (QL)] (le Tribunal). Dans une décision rendue le 16 mai 1996, le Tribunal a conclu que la requérante VIA Rail Canada Inc. (VIA) avait commis à l'endroit de l'intimé John Mills un acte discriminatoire fondé sur la déficience. VIA, qui est une compagnie nationale de chemins de fer assurant le transport de voyageurs, a jugé que M. Mills était totalement incapable d'exercer son emploi. Le Tribunal a décidé que VIA avait violé l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP). Il a ordonné à VIA d'indemniser M. Mills à l'égard du salaire et des avantages perdus et de le réintégrer, au sein de la compagnie, dans un poste précis soumis à certaines restrictions. VIA demande maintenant le contrôle judiciaire de cette décision.

LES FAITS

Antécédents professionnels de M. Mills

[2] M. Mills a commencé à travailler pour les chemins de fer en 1970, lorsque VIA faisait encore

Railway (CNR). Mr. Mills was trained as a chef for passenger trains in the Atlantic corridor, based first out of Halifax, then Moncton and finally back to Halifax. Initially, he was on what is called the “spareboard”. As a “spare”, Mr. Mills was on call to perform a host of on board jobs. He worked sometimes as a chef, but also as a cook (a job with a different classification in the collective agreement between VIA and the union representing VIA workers). In addition, Mr. Mills sometimes acted as a service attendant, a position that involved heavy lifting. As a service attendant, Mr. Mills had to assist passengers board and disembark the train, load luggage, make and pull beds.

[3] With his increasing seniority, Mr. Mills worked exclusively as a chef for a period in the mid 1980's. However, in January 1990, VIA cutback its services and eliminated many jobs, including Mr. Mills' position as chef. Mr. Mills was then put on “employment security”, the name of an agreement between his union and VIA. As an individual on “employment security”, Mr. Mills continued to receive his salary and benefits, but he had to be available for work in the spareboard capacity. In fact, Mr. Mills was transferred from Moncton to Halifax to perform spareboard duties.² From early 1990, Mr. Mills continued to change jobs on the spareboard as required. He even occasionally resumed his original work as a chef, but he was more often employed as a service attendant. In this same period, he also moved between the spareboard and the “employment security” program.

The Primary Back Injury

[4] On August 21, 1991, Mr. Mills suffered a serious back injury while performing his employment duties. At that time, he was working as a chef on the “spareboard”. He suffered back sprain when he bent over to

partie de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le CN). Il a reçu une formation de chef pour les trains assurant le transport de voyageurs dans le corridor atlantique; il était d'abord établi à Halifax, puis à Moncton et enfin encore une fois à Halifax. Initialement, le nom de M. Mills figurait sur ce qu'on appelle la liste de réserve. En tant qu'employé de réserve, M. Mills était en attente en vue d'accomplir toute une gamme de tâches dans les trains. Il travaillait parfois comme chef, mais aussi comme cuisinier (emploi dont la classification est différente selon la convention collective conclue entre VIA et le syndicat représentant les travailleurs de VIA). De plus, M. Mills agissait parfois comme préposé aux services, poste dans le cadre duquel il devait soulever des charges lourdes. À titre de préposé aux services, M. Mills devait aider les passagers à monter dans le train et à en descendre, transporter les bagages, faire et tirer les lits.

[3] Au fur et à mesure qu'il avait plus d'ancienneté, M. Mills a travaillé exclusivement comme chef pendant un certain temps au milieu des années 1980. Toutefois, en janvier 1990, VIA a réduit ses services et a éliminé de nombreux emplois, y compris le poste de chef de M. Mills. Celui-ci a ensuite été assujéti au régime de «garantie d'emploi», en vertu d'une entente conclue entre le syndicat et VIA. En tant qu'employé assujéti au régime de «garantie d'emploi», M. Mills a continué à toucher un salaire et à obtenir des avantages, mais il devait être disponible pour travailler à titre d'employé de réserve. De fait, il a été muté de Moncton à Halifax pour accomplir des tâches d'employé de réserve². Au début des années 1990, M. Mills a continué, au besoin, à changer d'emploi en tant qu'employé de réserve. Il a même parfois repris son travail initial de chef, mais il travaillait en général comme préposé aux services. Au cours de cette même période, il passait également de la liste de réserve au régime de «garantie d'emploi» et vice-versa.

La blessure au dos déterminante

[4] Le 21 août 1991, M. Mills s'est grièvement blessé au dos dans l'exercice de ses fonctions. À ce moment-là, il travaillait comme chef en tant qu'employé de réserve. Il s'est donné un tour de reins en se

light a propane stove. Mr. Mills is apparently a tall man, over six feet two inches, so bending over in the cramped quarters of a train's galley kitchen to find the pilot light of the stove aggravated his already fragile back condition (at page 7, Tribunal decision; at page 21, applicant's record; [at paragraph 29 QL]). Mr. Mills had suffered recurring back problems throughout his employment with VIA.³ After the August 1991 primary incident, Mr. Mills was put on short-term disability leave to recuperate from the injury and undergo physiotherapy. On October 21, 1991, some three months after the initial injury, he was deemed fit to return to work by his family physician, Dr. Wawrzyszyn. However, Mr. Mills was advised by his physician to refrain from heavy lifting, bending and twisting in the future. Dr. Wawrzyszyn had given the same advice to Mr. Mills in March 1990 after an earlier back spasm episode.

[5] VIA disagreed with the findings of Dr. Wawrzyszyn. In fact, VIA's medical representative, Dr. Nurse, refused to give credence to Dr. Wawrzyszyn's note deeming Mr. Mills fit to return to work. VIA believed that Mr. Mills had to be examined by an orthopaedic specialist of its own choosing before Mr. Mills could be cleared to return to work. Dr. Holmes, the specialist, held that Mr. Mills' abilities to perform on the job site were limited, but he did not state that Mr. Mills could not return to work.

[6] Nonetheless, VIA continued to balk at reinstating Mr. Mills to his former position. But Mr. Mills wanted to return to work. Mr. Mills therefore enlisted his union, the Canadian Brotherhood of Railway Transport and General Workers, later the National Automobile Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (the Union) in his efforts. There were abortive attempts to find Mr. Mills alternative employment in an off-train capacity as a telephone sales agent for VIA, but the terms could not be ironed out satisfactorily. As a telephone sales agent, Mr. Mills had no guarantee of full-time or continuing work. He

penchant pour allumer une cuisinière à gaz. M. Mills est apparemment un homme de grande taille, plus de six pieds et deux pouces, de sorte que le fait de se pencher dans l'espace restreint d'une cuisine de train pour trouver la veilleuse de la cuisinière a aggravé son état déjà précaire (à la page 9 de la décision du Tribunal; à la page 21 du dossier de la requérante; [au paragraphe 29 de QL]). M. Mills avait souffert de maux de dos récidivants pendant tout le temps où il avait travaillé pour VIA³. Après l'événement déterminant du mois d'août 1991, M. Mills a obtenu un congé d'invalidité de brève durée destiné à lui permettre de se rétablir et de suivre des traitements de physiothérapie. Le 21 octobre 1991, environ trois mois après avoir subi la blessure initiale, il a été jugé apte à retourner travailler par son médecin de famille, le D^r Wawrzyszyn. Toutefois, le médecin a conseillé à M. Mills de s'abstenir à l'avenir de soulever des charges lourdes, de se pencher et de faire des mouvements de torsion. Le D^r Wawrzyszyn avait donné le même conseil à M. Mills en mars 1990, après que celui-ci eut eu un spasme.

[5] VIA ne souscrivait pas aux conclusions du D^r Wawrzyszyn. En fait, le représentant médical de VIA, le D^r Nurse, a réfuté la note dans laquelle le D^r Wawrzyszyn disait que M. Mills était apte à retourner travailler. VIA croyait que M. Mills devait être examiné par un orthopédiste qu'il choisirait lui-même avant de pouvoir être autorisé à retourner travailler. Le spécialiste, le D^r Holmes, a jugé que les aptitudes de M. Mills à accomplir ses tâches étaient limitées, mais il n'a pas dit que M. Mills ne pouvait pas retourner travailler.

[6] VIA a néanmoins continué à hésiter à réintégrer M. Mills dans son ancien poste. Mais celui-ci voulait retourner travailler. Il a donc demandé à son syndicat, la Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers qui est par la suite devenue le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (le syndicat) de l'appuyer dans ses efforts. On a tenté en vain de trouver un autre emploi à M. Mills en tant qu'employé non itinérant, comme agent des ventes par téléphone de VIA, mais il a été impossible de s'entendre d'une façon satisfaisante sur

would also have had to relocate to Moncton.

[7] Finally, in July 1992, VIA directed that Mr. Mills should be examined by Dr. Brown, another orthopaedic surgeon. Dr. Brown examined Mr. Mills and concluded that Mr. Mills had limited capacities to perform on board duties. Nonetheless, Dr. Brown also held that Mr. Mills should be permitted to work in the dining car in some undefined capacity. Dr. Brown also highlighted Mr. Mills' mental readiness to return to work. However, Dr. Pigeon, VIA's medical adviser, committed a paper review of Mr. Mills' medical condition and deemed him incapable of any work on board the train.

The Grievance Procedure and the July 1993 Agreement/Arbitration Decision

[8] Since Dr. Pigeon's opinion effectively put an end to the negotiations surrounding Mr. Mills' return to work, in August 1992, the Union filed a grievance on Mr. Mills' behalf with the Canadian Railway Office of Arbitration (CROA). Shortly thereafter, in October 1992, Mr. Mills also filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission). The grievance was originally heard in May 1993. However, the Union and VIA continued to negotiate a settlement to return Mr. Mills to work. An agreement was made in July 1993 to return Mr. Mills to work in the classification of chef. There was no hearing into the merits of Mr. Mills' grievance before the arbitrator. The CROA was asked to ratify the terms of settlement negotiated between Mr. Mills and VIA. They read:

The Arbitrator directs that Mr. Mills be reinstated into his employment, without compensation and without loss of seniority, with his assignments to be restricted to the position of chef. His reinstatement is conditional upon his undertaking, for a period of not less than two years, the duties and responsibilities of a chef in On-Board Services, on a trial basis. If, for any quarterly period during the course

les conditions. À titre d'agent des ventes par téléphone, M. Mills n'avait pas de garantie quant à un emploi à plein temps ou à un travail continu. Il aurait également été obligé de se réinstaller à Moncton.

[7] Enfin, en juillet 1992, VIA a demandé que M. Mills soit examiné par le D^r Brown, un autre chirurgien orthopédiste. Le D^r Brown a examiné M. Mills et a conclu que la capacité de ce dernier d'accomplir des tâches dans les trains était restreinte. Néanmoins, il a également jugé qu'on devrait permettre à M. Mills de travailler dans le wagon-restaurant, en occupant un poste quelconque. Le D^r Brown a également mis l'accent sur le fait que M. Mills était mentalement prêt à retourner travailler. Toutefois, le D^r Pigeon, qui était le conseiller médical de VIA, a examiné le dossier médical de M. Mills et a jugé celui-ci incapable de travailler comme employé itinérant.

La procédure de règlement des griefs et la décision arbitrale ou l'entente du mois de juillet 1993

[8] Étant donné que l'opinion exprimée par le D^r Pigeon mettait effectivement fin aux négociations concernant le retour au travail de M. Mills, le syndicat a, en août 1992, présenté un grief pour le compte de M. Mills auprès du Bureau d'arbitrage des chemins de fer canadiens (le Bureau). Peu de temps après, en octobre 1992, M. Mills a également déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission). Le grief a initialement été entendu en mai 1993. Toutefois, le syndicat et VIA ont continué à négocier un règlement en vue du retour de M. Mills au travail. Une entente a été conclue en juillet 1993 en vue de permettre à M. Mills de retourner travailler comme chef. Aucune audience au fond n'a eu lieu devant l'arbitre au sujet du grief présenté par M. Mills. On a demandé au Bureau de ratifier les conditions de règlement négociées entre M. Mills et VIA. Elles prévoient ce qui suit:

[TRADUCTION] L'arbitre ordonne que M. Mills soit réintégré dans son emploi, sans dédommagement et sans perte d'ancienneté, et que ses fonctions se limitent à celles de chef. Sa réintégration est assortie de la condition qu'il devra remplir à titre d'essai, pendant une période d'au moins deux ans, les fonctions et responsabilités de chef pour les Services dans les trains. Si, au cours d'un trimestre quelconque

of the two years, Mr. Mills should fail to register attendance comparable to the average of other employees in his classification in VIA Atlantic, the Corporation shall be entitled to consider his reinstatement into that trial service as at an end. Should that occur the parties will be in a position to consider and exercise such rights and obligations as may then apply to Mr. Mills under the terms of the collective agreement. The Arbitrator retains jurisdiction. [At page 12, Tribunal decision; at page 26, applicant's Record; [at paragraph 45 QL].]

[9] Mr. Mills therefore returned to work as chef in July 1993. Unfortunately, Mr. Mills was unable to fulfill the attendance terms stipulated in the July 1993 agreement. He went on extended disability leave due to mental stress and was then dismissed from VIA in October 1994. The October 1994 dismissal is subject to a separate grievance and human rights complaint not at issue in the case at bar. Mr. Mills also continued to pursue his original October 1992 human rights claim.

The Tribunal's Decision

[10] After devoting almost eleven days to the hearing of evidence, the Tribunal found in Mr. Mills' favour. It held that VIA had discriminated against Mr. Mills on the basis of disability. According to the Tribunal, VIA had failed to perform a thorough assessment of the varied medical evidence detailing Mr. Mills' back condition. VIA therefore had a skewed perception of Mr. Mills' abilities. The Tribunal also held that VIA could not offer any justification for its discriminatory behaviour. The abortive telephone sales agent position did not adequately address Mr. Mills' need and concerns. The Tribunal therefore ordered VIA to compensate Mr. Mills for his lost wages up to October 1991, the date of VIA's original refusal to return Mr. Mills to work. VIA also had to make redress for Mr. Mills' lost benefits, including compensation for Mr. Mills' loss on the sale of a house. Finally, the Tribunal held that Mr. Mills should be reinstated, but only in the position of chef under the terms of the chef's duties in the collective agreement. The collective agreement did not require any heavy lifting of a chef.

durant ces deux ans, M. Mills ne réussit pas à maintenir une fiche d'assiduité comparable à celle de la moyenne des employés de sa classification au sein de VIA Atlantique, la compagnie aura le droit de mettre un terme à la période d'essai en question. Dans un tel cas, les parties pourront exercer les droits et devront s'acquitter des obligations qui s'appliqueront alors à M. Mills en vertu de la convention collective. L'arbitre demeure saisi de l'affaire. [À la page 15 de la décision du Tribunal; à la page 26 du dossier du requérant; [au paragraphe 45 de QL].]

[9] M. Mills est donc retourné travailler comme chef en juillet 1993. Malheureusement, il n'a pas pu respecter les conditions relatives à l'assiduité stipulées dans l'entente du mois de juillet 1993. Il a pris un congé prolongé d'invalidité pour cause de stress et a ensuite été congédié en octobre 1994. Ce congédiement fait l'objet d'un grief et d'une plainte distincts concernant les droits de la personne, lesquels ne sont pas ici en litige. M. Mills a également donné suite à la plainte initiale concernant les droits de la personne qu'il avait présentée en octobre 1992.

La décision du Tribunal

[10] Après avoir consacré près de onze jours à l'audition de la preuve, le Tribunal s'est prononcé en faveur de M. Mills. Il a statué que VIA avait commis à l'endroit de M. Mills un acte discriminatoire fondé sur la déficience. Selon le Tribunal, VIA avait omis d'évaluer minutieusement les divers éléments de la preuve médicale donnant des détails sur les maux de dos de M. Mills. VIA avait donc une perception erronée des aptitudes de M. Mills. Le Tribunal a également statué que VIA ne pouvait pas offrir de justifications au sujet de son comportement discriminatoire. Le poste d'agent des ventes par téléphone ne répondait pas d'une façon adéquate aux besoins de M. Mills. Le Tribunal a donc ordonné à VIA de dédommager M. Mills du salaire perdu jusqu'en octobre 1991, date à laquelle VIA avait initialement refusé de réintégrer M. Mills dans son emploi. VIA devait également indemniser M. Mills des salaires perdus, y compris une indemnité pour la perte subie par suite de la vente d'une maison. Enfin, le Tribunal a statué que M. Mills devait être réintégré, mais uniquement en tant que chef, en vertu des conditions stipulées dans la convention collective à l'égard des

chefs. La convention collective n'exigeait pas qu'un chef soulève des charges lourdes.

ISSUES

[11] A preliminary issue concerned the admissibility of portions of the affidavit VIA filed in support of its application for judicial review. The Commission had brought a motion in September 1996 to strike certain paragraphs of the affidavit of Lionel De Wolfe on the ground that the paragraphs addressed facts that were not in evidence before the Tribunal. However, the parties never argued the motion because it was withdrawn on consent with the understanding that submissions would be made at the judicial review hearing itself.

[12] Besides the preliminary issue, VIA insists that the Tribunal's decision is laden with errors of jurisdiction, law and fact and must be quashed. In contrast, the Commission and Mr. Mills, represented by counsel for the Union, argue that the Tribunal's decision was reasonable, consistent with the evidence and correct in law. Both respondents, the Commission and the Union, highlight the deference owed to the Tribunal in its determination of questions of fact. There is a two-step process for granting judicial review against findings of fact under paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. First, the Court must be satisfied that the Tribunal made an erroneous finding of fact. Second, even if the Court concludes that the Tribunal was mistaken, it must also determine that the finding was made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it. In contrast, the standard of review for questions of law is not reasonableness, but correctness: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

[13] The Court therefore has to characterize the Tribunal's findings as either questions of fact or law

QUESTIONS EN LITIGE

[11] Une question préliminaire se rapportait à l'admissibilité de certaines parties de l'affidavit que VIA avait déposé à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire. En septembre 1996, la Commission avait présenté une requête en vue de faire radier certains paragraphes de l'affidavit de Lionel De Wolfe pour le motif que ceux-ci se rapportaient à des faits qui n'avaient pas été établis devant le Tribunal. Toutefois, les parties n'ont jamais débattu la requête parce qu'elle a été retirée avec leur consentement, étant entendu que les arguments seraient présentés au moment de l'audition de la demande de contrôle judiciaire.

[12] Mise à part la question préliminaire, VIA affirme avec insistance que la décision du Tribunal est remplie d'erreurs de compétence, de droit et de fait et qu'elle doit être annulée. De leur côté, la Commission et M. Mills, qui est représenté par l'avocat du syndicat, soutiennent que la décision du Tribunal était raisonnable, compatible avec la preuve et correcte en droit. Les deux intimés, soit la Commission et le syndicat, soulignent qu'il faut faire preuve de retenue à l'égard de la décision du Tribunal en ce qui concerne les questions de fait. Il existe une procédure en deux étapes lorsqu'il s'agit d'accorder le contrôle judiciaire de conclusions de fait en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5]. En premier lieu, la Cour doit être convaincue que le Tribunal a tiré une conclusion de fait erronée. En second lieu, même si la Cour conclut que le Tribunal a commis une erreur, elle doit également conclure que la conclusion a été tirée de façon abusive ou arbitraire et sans qu'il soit tenu compte des éléments dont il disposait. Par contre, la norme de contrôle applicable aux questions de droit ne consiste pas à savoir si la décision est raisonnable, mais plutôt si elle est exacte: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

[13] La Cour doit donc caractériser les conclusions du Tribunal comme se rapportant soit à des questions

in order to apply the proper standard of review and answer the following questions:

1. Did the Tribunal make a paradoxical and unreasonable finding on the issue of disability?
2. Did the Tribunal err in preferring posterior medical opinion to the contemporaneous evidence?
3. Did the Tribunal fully consider VIA's possible defences to a *prima facie* finding of discrimination?
4. Did the Tribunal cast too broad a net in its remedies and disregard intervening events like the arbitration decision?

DISCUSSION

Preliminary Issue: Striking Portions of the Affidavit

[14] The Commission argues that paragraphs 36 and 37 of Mr. De Wolfe's affidavit should be struck because they contain facts and evidence that were not before the Tribunal. According to the Commission, VIA has attempted, by way of its judicial review application, to rehear the case on the merits and introduce new evidence.

[15] Mr. De Wolfe is the Manager, Customer Services Atlantic for VIA. Before occupying his current position, Mr. De Wolfe was the Section Director of Customer Services. He also attended the Tribunal's hearings and testified as a witness on VIA's behalf.

[16] Paragraphs 36 and 37 of Mr. De Wolfe's Affidavit dated June 12, 1996 read:

36. There are currently five (5) full time chefs in the employ of VIA and the reinstatement of Mills to the position of chef entails the removal of Mr. R.J. LeBlanc who has obtained the position of chef in good faith pursuant to a job bulletin 216A;

37. VIA does not require the services of six (6) full time chefs in the course of its operations.

de fait soit à des questions de droit, afin d'appliquer la norme de contrôle appropriée et de répondre aux questions suivantes:

1. Le Tribunal a-t-il tiré une conclusion paradoxale et déraisonnable au sujet de la question de l'invalidité?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en préférant l'avis médical postérieur à la preuve contemporaine?
3. Le Tribunal a-t-il pleinement examiné les moyens que VIA pouvait invoquer contre une conclusion *prima facie* de discrimination?
4. Le Tribunal a-t-il accordé une portée trop étendue aux redressements accordés et omis de tenir compte d'événements qui s'étaient produits dans l'intervalle, comme la décision arbitrale?

EXAMEN

Question préliminaire: radiation de parties de l'affidavit

[14] La Commission soutient que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe devraient être radiés parce qu'ils renferment des faits et des éléments de preuve dont le Tribunal ne disposait pas. Selon la Commission, VIA tentait, au moyen de la demande de contrôle judiciaire qu'elle avait présentée, de faire de nouveau entendre l'affaire au fond et de présenter de nouveaux éléments de preuve.

[15] M. De Wolfe est directeur des Services à la clientèle de l'Atlantique de VIA. Avant d'occuper ce poste, il était directeur de la section des services à la clientèle. Il a également assisté aux audiences tenues par le Tribunal et a témoigné pour le compte de VIA.

[16] Les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit du 12 juin 1996 de M. De Wolfe disent ce qui suit:

[TRADUCTION] 36. À l'heure actuelle, cinq (5) chefs travaillent à plein temps pour VIA; la réintégration de M. Mills dans le poste de chef signifie le retrait de M. R.J. LeBlanc, qui a obtenu le poste de chef en toute bonne foi conformément au bulletin d'emploi 216A;

37. VIA n'a pas besoin des services de six (6) chefs à plein temps dans le cadre de ses activités.

[17] VIA submits that paragraphs 36 and 37 of Mr. De Wolfe's affidavit are directly related to the soundness of the Tribunal's remedies. After all, the Tribunal ordered VIA to reinstate Mr. Mills in the position of chef, but now that position is occupied by another. To buttress its submission, VIA cites paragraph 54(2)(a) of the CHRA. Under paragraph 54(2)(a) of the CHRA, the Tribunal cannot order the reinstatement of an employee as a remedy if the position is already occupied in good faith. It reads, "No order under subsection 53(2) may contain a term (a) requiring the removal of an individual from a position if that individual accepted employment in that position in good faith".

[18] VIA's submission therefore raises the question of the scope and impact of paragraph 54(2)(a). With respect, I cannot agree with VIA's invocation of the statutory provision in this instance. During its hearings and deliberations, the Tribunal was not presented with evidence of Mr. LeBlanc's employment in the chef position. How then can the Tribunal have violated paragraph 54(2)(a) if it had no knowledge that the position was filled?

[19] Certainly, VIA cannot now argue that the reinstatement order came as a surprise. Mr. De Wolfe testified before the Tribunal on VIA's behalf. He discussed VIA's understanding of Mr. Mills' work duties under the collective agreement and how VIA judged Mr. Mills to be unable to fulfill any on-train position. However, VIA also knew from the testimony of Union representatives before the Tribunal that the Union sought Mr. Mills' reinstatement to the position of chef (at page 1000, Commission record). Nonetheless, VIA offered no evidence before the Tribunal on the issue of the feasibility of reinstatement. The Tribunal only had evidence that reinstatement was a viable and open remedy. It was under no duty to seek out evidence to the contrary. This is especially true in light of the July 1993 CROA decision reinstating Mr. Mills to the position of chef only.

[17] VIA soutient que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe sont directement liés au bien-fondé des redressements accordés par le Tribunal. Somme toute, le Tribunal a ordonné à VIA de réintégrer M. Mills dans le poste de chef, mais ce poste est maintenant occupé par un autre. Pour étayer son argument, VIA cite l'alinéa 54(2)a) de la LCDP. En vertu de cette disposition, le Tribunal ne peut pas ordonner la réintégration d'un employé à titre de redressement si le poste est déjà occupé par un autre employé de bonne foi. Cette disposition prévoit: «L'ordonnance prévue au paragraphe 53(2) ne peut exiger: a) le retrait d'un employé d'un poste qu'il a accepté de bonne foi».

[18] L'argument de VIA soulève donc la question de la portée et de l'effet de l'alinéa 54(2)a). Je ne puis souscrire en l'espèce à l'argument invoqué par VIA au sujet de cette disposition législative. Pendant les audiences et les délibérations, on n'a présenté au Tribunal aucune preuve montrant que M. LeBlanc occupait le poste de chef. Comment donc le Tribunal peut-il avoir violé l'alinéa 54(2)a) s'il ne savait pas que le poste était occupé?

[19] À coup sûr, VIA ne peut pas maintenant soutenir que l'ordonnance de réintégration l'a surprise. M. De Wolfe a témoigné devant le Tribunal pour le compte de VIA. Il a discuté de la façon dont VIA interprétait les tâches de M. Mills prévues dans la convention collective et de la façon dont VIA jugeait M. Mills incapable d'occuper un poste en tant qu'employé itinérant. Toutefois, VIA savait également, compte tenu des dépositions que les représentants du syndicat ont faites devant le Tribunal, que le syndicat voulait que M. Mills soit réintégré dans le poste de chef (à la page 1000 du dossier de la Commission). Néanmoins, VIA n'a pas offert de preuve devant le Tribunal sur la question de la possibilité de réintégrer M. Mills. Le Tribunal disposait uniquement d'éléments de preuve tendant à montrer que la réintégration était un redressement viable et possible. Il n'était pas tenu de chercher à obtenir des éléments de preuve contraires. Cela est particulièrement vrai compte tenu du fait que le Bureau a décidé, en juillet 1993, de réintégrer M. Mills dans son poste de chef seulement.

[20] I am therefore puzzled by VIA's insistence during the course of the judicial review hearing that VIA did not put evidence before the Tribunal on the issue of reinstatement because VIA did not foresee the possibility of losing its case! After all, according to VIA, reinstatement would only have become an issue if Mr. Mills were successful in proving his claim and the Tribunal awarded him his desired remedies. This argument cannot stand. VIA was represented by counsel throughout the Tribunal's hearings. With respect, lawyers must anticipate the worse as they argue a case and have a contingency plan for introducing evidence and relevant facts no matter how much the law and facts seem to favour their clients' position.

[21] However, VIA argues that it could not introduce the evidence of Mr. LeBlanc's employment to the Tribunal because Mr. LeBlanc only occupied the position of chef after the Tribunal had concluded its hearings. I do not agree with VIA's argument. The Tribunal's remedies, including orders of reinstatement cannot be, as counsel for the Commission aptly noted, "moving targets". In other words, under paragraph 54(2)(a), a tribunal's remedies are not ever subject to revision and judicial review because an employer failed to raise relevant evidence during the hearing or made a belated gesture after the fact. If that were the case, then a tribunal's decision in an employment context could never be finalized or could be endlessly revisited and reviewed.

[22] Perhaps a brief chronology of the relevant dates in the case at bar will highlight the soundness of this conclusion. The Tribunal concluded its hearings in mid-November 1995 while Mr. LeBlanc apparently started to work as a chef for VIA in December 1995, the next month. Some five months later, in May 1996, the Tribunal issued its decision in Mr. Mills' favour. In the time between the end of the hearings and the date of the decision, VIA could have attempted to provide the facts of Mr. LeBlanc's position to the Tribunal.⁴ VIA even had a further opportunity of

[20] Le fait que VIA a affirmé avec insistance, pendant l'audition relative au contrôle judiciaire, qu'elle n'avait pas présenté au Tribunal d'éléments de preuve au sujet de la question de la réintégration parce qu'elle n'envisageait pas la possibilité de perdre sa cause me laisse donc perplexe. Bref, selon VIA, la question de la réintégration ne se poserait que si M. Mills réussissait à prouver sa cause et si le Tribunal lui accordait les redressements demandés. Cet argument ne peut pas tenir. VIA était représentée par un avocat pendant toute la durée des audiences devant le Tribunal. Les avocats doivent prévoir le pire lorsqu'ils débattent une affaire et ils doivent avoir un plan d'urgence en vue de présenter des éléments de preuve et des faits pertinents, même si le droit et les faits semblent favoriser la position de leurs clients.

[21] Toutefois, VIA soutient qu'elle n'a pas pu présenter d'éléments de preuve devant le Tribunal au sujet de l'emploi de M. LeBlanc parce que ce dernier n'a occupé le poste de chef qu'une fois les audiences terminées. Je ne souscris pas à l'argument de VIA. Les redressements accordés par le Tribunal, notamment les ordonnances de réintégration, ne peuvent pas être des «cibles mobiles» comme l'avocate de la Commission l'a fait remarquer avec raison. En d'autres termes, les redressements accordés par le Tribunal ne sont jamais assujettis à l'examen et au contrôle judiciaire sous le régime de l'alinéa 54(2)a), parce que l'employeur a omis de soulever des éléments de preuve pertinents pendant l'audience ou parce qu'il a pris une mesure après coup. Si c'était le cas, la décision rendue par le Tribunal en matière d'emploi ne pourrait jamais être arrêtée ou pourrait constamment être réexaminée.

[22] Une brève chronologie des dates pertinentes en l'espèce montrera peut-être le bien-fondé de cette conclusion. Le Tribunal a conclu ses audiences à la mi-novembre 1995, pendant que M. LeBlanc avait apparemment commencé à travailler comme chef pour VIA en décembre 1995, soit le mois suivant. Environ cinq mois plus tard, en mai 1996, le Tribunal a rendu sa décision en faveur de M. Mills. Pendant la période qui s'est écoulée entre la fin des audiences et la date de la décision, VIA aurait pu essayer de fournir au Tribunal les faits se rapportant au poste occupé par

getting these facts before the Tribunal. After issuing its decision in May 1996, the Tribunal reserved jurisdiction over the question of the amount of damages. It stated:

The Tribunal retains jurisdiction in this complaint and directs the parties to commence forthwith to determine the actual monetary amounts awarded under Remedy

If the parties have failed to reach agreement on these amounts within 60 days from the date this decision is rendered, they shall so notify the Tribunal Registry and dates will be set forthwith to reconvene the Tribunal in Halifax, Nova Scotia, to assess and otherwise deal with any outstanding matters. [At page 26, Tribunal decision; at page 40, applicant's record; [at paragraphs 95-96 QL].]

[23] The Tribunal did conduct the contemplated further hearings and, as late as May 1997, the Tribunal continued to sit. VIA could therefore have raised the facts alleged in paragraphs 36 and 37 of the De Wolfe affidavit during these subsequent proceedings.

[24] Finally, as a point of law, I should state that the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] do not provide for the introduction of fresh evidence on a judicial review application: *Franz v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.). There is good reason for this restraint because as Justice Simpson noted at page 80 in *Franz*, "judicial review is intended to address errors made during the Board's proceedings". In a similar vein, Justice Muldoon remarked in *West Region Tribal Council v. Booth et al.* (1992), 55 F.T.R. 28 (F.C.T.D.), at page 35: "This is not an appeal on the record . . . but rather a discretionary judicial review upon application to be supported by affidavits". Furthermore, VIA does not dispute the fairness of the Tribunal's procedures in admitting evidence. Rather, VIA's judicial review application goes squarely to the substance of the Tribunal's decision. I am therefore satisfied that paragraphs 36 and 37 of the De Wolfe affidavit must be struck out under subsection 1603(1) of the *Federal Court Rules* [as enacted by SOR/92-43, s. 19] because they introduce facts that were not before the Tribunal.

M. LeBlanc⁴. VIA avait même eu une possibilité additionnelle de fournir ces faits au Tribunal. Après avoir rendu sa décision en mai 1996, le Tribunal est demeuré saisi de la question du montant des dommages-intérêts. Voici ce qu'il a dit:

Le Tribunal demeure saisi de la plainte et ordonne aux parties de commencer immédiatement à déterminer les sommes qui seront versées à titre de dédommagement

Si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur ces sommes dans les 60 jours suivant la date de la décision, elles en aviseront le Greffe du Tribunal, qui fixera les dates auxquelles le Tribunal réentendra les parties, à Halifax (Nouvelle-Écosse), dans le but d'évaluer et de régler les questions en suspens. [À la page 34 de la décision du Tribunal; à la page 40 du dossier de la requérante; [aux paragraphes 95 et 96 de QL].]

[23] Le Tribunal a de fait conduit les audiences additionnelles envisagées et il a continué à siéger jusqu'au mois de mai 1997. VIA aurait donc pu soulever les faits allégués aux paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe dans le cadre de ces procédures subséquentes.

[24] Enfin, en tant que point de droit, je dirai que les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] ne prévoient pas la présentation de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire: *Franz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1^{re} inst.), et ce, pour une bonne raison, parce que, comme l'a fait remarquer le juge Simpson, à la page 80, «ce contrôle a pour but d'examiner les erreurs faites au cours des délibérations de la Commission.» De même, le juge Muldoon a fait la remarque suivante dans le jugement *West Region Tribal Council c. Booth et autres* (1992), 55 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 35: «il ne s'agit pas en l'espèce d'un appel formel, . . . mais d'un contrôle judiciaire laissé à la discrétion de la Cour saisie d'une demande avec affidavits à l'appui.» En outre, VIA ne conteste pas le caractère équitable de la procédure que le Tribunal a suivie en admettant la preuve. La demande de contrôle judiciaire de VIA se rapporte plutôt carrément au fond de la décision du Tribunal. Je suis donc convaincu que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe doivent être radiés en vertu du paragraphe 1603(1) des *Règles de la Cour fédérale* [édicte par DORS/92-43, art. 19]

parce qu'ils présentent des faits dont le Tribunal n'était pas saisi.

1. The Meaning of Disability

[25] VIA disputes the validity of the Tribunal's reasoning on the meaning of disability. For VIA, only individuals afflicted with suitably serious and permanent conditions are entitled to invoke the protection of the CHRA on the ground of disability. However, VIA emphasizes that the Tribunal characterized Mr. Mills' medical condition with the mild phrase, "back ailment" (at page 18, Tribunal decision; at page 32, applicant's record; [at paragraph 54 QL]). VIA undermines the Tribunal's interpretation of disability by insisting that the term is inappropriate for a seemingly sporadic and temporary illness like Mr. Mills' episodes of back sprain. VIA argues that such a shifting and fluid condition cannot be a disability. According to VIA, if back ailments are considered a form of "disability", then individuals with a host of minor health problems might flood the human rights system even though their employment disputes over job performance are best left to labour arbitration.

[26] With respect, I disagree with VIA's arguments on the meaning and interpretation of disability. The Tribunal's appreciation of disability corresponds to the law. Furthermore, in my view, VIA has failed to recognize how a perception of disability can itself be a discriminatory practice prohibited by the CHRA. The statutory definition of disability is open-ended and broadly phrased. Section 25 of the CHRA defines disability as:

25. . . .

"disability" means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

[27] Section 25 does not offer an exhaustive list of illnesses or ailments that qualify for the label disabil-

1. Définition de la déficience

[25] VIA conteste le bien-fondé du raisonnement que le Tribunal a fait au sujet de ce qui constitue une déficience. Selon VIA, seules les personnes atteintes de troubles suffisamment graves et permanents ont le droit d'invoquer la protection de la LCDP en se fondant sur leur déficience. Toutefois, VIA met l'accent sur le fait que le Tribunal a caractérisé l'état de M. Mills de simple «mal de dos» (à la page 19 de la décision du Tribunal; à la page 32 du dossier de la requérante; [au paragraphe 54 de QL]). VIA mine l'interprétation donnée par le Tribunal au mot déficience en affirmant avec insistance que ce mot ne convient pas dans le cas d'une maladie apparemment sporadique et temporaire comme les tours de reins dont souffre M. Mills. VIA soutient qu'un état aussi changeant et fluide ne peut pas constituer une déficience. Selon VIA, si les maux de dos sont considérés comme une forme de «déficience», des personnes ayant toute une gamme de problèmes de santé mineurs pourraient inonder le système des droits de la personne même s'il est préférable de s'en remettre à l'arbitrage pour régler leurs différends se rapportant au rendement professionnel.

[26] Je ne souscris pas aux arguments que VIA a invoqués au sujet du sens et de l'interprétation du mot déficience. La façon dont le Tribunal évalue la déficience est conforme au droit. En outre, à mon avis, VIA a omis de reconnaître comment une perception selon laquelle une personne est atteinte d'une déficience peut en soi constituer un acte discriminatoire prohibé par la LCDP. La définition légale de la déficience est non limitative et formulée en termes généraux. L'article 25 de la LCDP définit la déficience comme suit:

25. . . .

«déficience» Déficience physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.

[27] L'article 25 ne donne pas de liste exhaustive de maladies ou de maux qui peuvent être considérés

ity. Section 2 [as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 1] of the CHRA is similarly expansive about the goal of the CHRA. It exists to further the “principle that all individuals should have an equal opportunity to make for themselves the lives that they are able and wish to have”. In *Ede v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439, at page D/444, the Tribunal focused on “any physical characteristic utilized to reject an individual” as an element of disability. Thus, the fact that the Tribunal characterized Mr. Mills’ disability as a “back ailment” is no bar to his entitlement to seek relief on the ground of disability. Disability, after all, is a question of degree and must be measured in a variety of contexts and situations. Thus, I am satisfied that the particular demands and constraints of an employment situation are relevant to a tribunal’s finding.

[28] Moreover, in this instance, the Tribunal’s finding of disability centres less on Mr. Mills’ actual physical condition than VIA’s perception of his ailment. If the employer attributes greater limitations to a known condition than are actually present, then the employee has effectively been labelled disabled: *Philip Foucault v. Canadian National Railways* (1981), 2 C.H.R.R. D/475. The insistence on perception is necessary because human rights legislation is directed at preventing the effects of discriminatory behaviour. Consider for example the case of a partially sighted individual who is denied employment opportunities because an employer has the mistaken impression that his or her vision is worse than it actually is. Has discrimination on the basis of disability not occurred? Should the individual with vision problems be left without a remedy under the CHRA? This issue comes into even sharper focus in a context other than disability. What if a woman is not hired because she is perceived to be aboriginal and the employer harbours prejudiced views about the suitability of native workers? All would agree that the employer should not escape the censure of the law if the worker in this instance is not in fact of First Nations descent.

comme une déficience. L’article 2 [mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 1] de la LCDP énonce lui aussi l’objet de cette Loi d’une façon générale. Cette Loi vise à promouvoir le «principe suivant: le droit de tous les individus . . . à l’égalité des chances d’épanouissement». Dans le jugement *Ede c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439, à la page D/444, le Tribunal a mis l’accent sur «toute caractéristique physique utilisée pour rejeter un individu» comme élément de déficience. Ainsi, le fait que le Tribunal a qualifié de «mal de dos» la déficience dont M. Mills était atteint n’empêche pas ce dernier de demander un redressement sur la base d’une déficience. Somme toute, la déficience est une question de degré et doit être appréciée dans divers contextes et dans diverses situations. Je suis donc convaincu que les exigences et contraintes particulières d’un emploi sont pertinentes en ce qui concerne la conclusion tirée par le Tribunal.

[28] En outre, en l’espèce, la conclusion que le Tribunal a tirée au sujet de la déficience est moins axée sur l’état physique réel de M. Mills que sur la façon dont VIA perçoit le mal dont celui-ci est atteint. Si l’employeur attribue à un état connu des limitations plus sévères que celles qui existent réellement, l’employé est effectivement considéré comme invalide: *Philip Foucault c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1981), 2 C.H.R.R. D/475. Il est nécessaire d’insister sur la question de la perception parce que la législation en matière de droits de la personne vise à empêcher les effets d’un comportement discriminatoire. Il faut songer par exemple au cas d’une personne partiellement voyante qui se voit refuser des possibilités d’emploi parce qu’un employeur a par erreur l’impression que sa vue est pire qu’elle ne l’est réellement. N’y a-t-il pas eu discrimination fondée sur la déficience? La personne qui est atteinte de troubles de la vue doit-elle être privée d’un redressement fondé sur la LCDP? Cette question est encore plus évidente dans un contexte autre que la déficience. Qu’arriverait-il si une femme n’était pas embauchée parce qu’elle est perçue comme étant une autochtone et que l’employeur a des préjugés au sujet de l’aptitude des travailleurs autochtones? Tous s’entendraient pour dire que l’employeur ne devrait pas échapper à la loi si le travailleur n’était pas en fait d’origine autochtone.

[29] VIA argues that the Tribunal's reasoning is paradoxical because it cites disability as the ground of discrimination but then finds that Mr. Mills was in fact capable of performing his job duties. However, the paradox in this instance stems from VIA's changing perception of Mr. Mills' condition. VIA certainly thought Mr. Mills' back condition serious enough in October 1991. According to Dr. Nurse, VIA's own staff physician, Mr. Mills, in November 1991, was "unfit for his present job . . . [and should] either be offered a disability pension or some other form of employment" (at page 7, Tribunal decision; at page 21, applicant's record; [at paragraph 30 QL]). Through October 1991 until July 1993, VIA deemed Mr. Mills totally incapacitated for his job and balked at returning him to work. It then negotiated with the Union for his reinstatement. And now in the course of oral argument, VIA argues that Mr. Mills is not entitled to the protection of the CHRA on the ground of disability because he is not in fact disabled.

2. The Diversity of Medical Opinion

[30] However, VIA also argues that its perception of Mr. Mills' medical condition was an accurate one because it was based on the appropriate medical evidence. According to VIA, the Tribunal committed a reviewable error in preferring a posterior medical opinion to the contemporaneous information of VIA's medical experts. VIA submits that the Tribunal did not follow the principle of law established in *Canada (Attorney-General) v. Beaulieu* (1993), 103 D.L.R. (4th) 217 (F.C.A.) (*Beaulieu*). In *Beaulieu*, the Federal Court of Appeal held that a tribunal had to rely on contemporaneous medical evidence rather than citing *ex post facto* opinion removed from the relevant period.

[31] According to VIA, the Tribunal erred when it cited with approval Dr. Orrell's evidence on the issue of Mr. Mills' capacity to work in October 1991. VIA argues that other contemporaneous and credible

[29] VIA soutient que le Tribunal tient un raisonnement paradoxal parce qu'il cite la déficience comme motif de distinction illicite, mais conclut ensuite que M. Mills était en fait capable d'accomplir les tâches liées à son emploi. Toutefois, dans ce cas-ci, le paradoxe découle de la perception changeante de VIA au sujet de l'état de M. Mills. VIA croyait certainement que les maux de dos de M. Mills étaient suffisamment graves en octobre 1991. Le médecin au service de VIA, le D^r Nurse, a déclaré, en novembre 1991, que M. Mills était [TRADUCTION] «inapte à occuper son poste . . . [et qu'on devrait] lui offrir une pension d'invalidité ou un autre genre d'emploi» (aux pages 9 et 10 de la décision du Tribunal; à la page 21 du dossier de la requérante; [au paragraphe 30 de QL]). Pendant tout le mois d'octobre 1991, jusqu'au mois de juillet 1993, VIA a présumé que M. Mills était tout à fait incapable d'exercer son emploi et a hésité à lui permettre de retourner travailler. VIA a ensuite négocié avec le syndicat en vue de la réintégration de M. Mills. Dans le cadre de l'argumentation orale, VIA soutient maintenant que M. Mills n'a pas droit à la protection de la LCDP pour cause de déficience parce qu'en fait, il n'est pas invalide.

2. Les diverses opinions médicales

[30] Toutefois, VIA soutient également que sa perception de l'état de santé de M. Mills était exacte parce que cette perception était fondée sur une preuve médicale appropriée. Selon VIA, le Tribunal a commis une erreur susceptible d'examen en préférant une opinion médicale postérieure aux renseignements contemporains de ses experts. VIA soutient que le Tribunal n'a pas suivi le principe de droit établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Beaulieu* (1993), 103 D.L.R. (4th) 217 (C.A.F.) (*Beaulieu*). Dans l'arrêt *Beaulieu*, la Cour d'appel fédérale a statué qu'un tribunal devait se fonder sur la preuve médicale contemporaine plutôt que de citer une opinion exprimée après coup en dehors de la période pertinente.

[31] Selon VIA, le Tribunal a commis une erreur en citant avec approbation la preuve présentée par le D^r Orrell au sujet de la question de la capacité de M. Mills de travailler en octobre 1991. VIA soutient

medical evidence existed to the contrary. Dr. Orrell only offered his opinion in December 1993, a little over two years after Mr. Mills' abortive return to work.

[32] The Tribunal's conclusions in relation to the medical evidence are findings of fact. According to *Kibale v. Transport Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022 (F.C.A.), at page 17,023, when a court is asked to intervene because of the way a tribunal assessed the evidence, it is asked to correct a finding of fact. In the case at bar, VIA disputes how the Tribunal has weighed the varying medical opinions. Thus, VIA attacks a finding of fact. However, VIA also states that in weighing the medical evidence, the Tribunal failed to apply the proper legal tests and therefore violated the principle established in *Beaulieu*.

[33] In the case at bar, the Tribunal's finding is stated in the following terms: "the decision that Mr. Mills was disabled to the point that he could not perform his duties as a chef or indeed any other duties on board a train was not based upon any proper assessment of his performance in the workplace" (at page 16, Tribunal decision; at page 30, applicant's record; [at paragraph 61 QL]). I should state from the outset that I am satisfied that this finding is not erroneous. Even if I were to find otherwise, the Board did not make its finding in a capricious or perverse manner or without regard to the evidence before it.

[34] In a December 6, 1993 written report, Dr. Orrell concluded that although Mr. Mills had a back impairment, he could have returned to the workplace as a chef in October 1991 if there had only been a restriction on heavy lifting. During Dr. Orrell's testimony before the Tribunal, he elaborated on his views. According to Dr. Orrell, in October 1991, VIA had failed to adequately assess the evidence. Dr. Orrell stated in his testimony before the Tribunal that Mr. Mills' back condition in October 1991 could be appreciated even slightly more two years after the fact because of the absence of intervening injury or

qu'il existait d'autres éléments de preuve médicale contemporains et dignes de foi à l'effet contraire. Le D^r Orrell n'a exprimé son opinion qu'en décembre 1993, soit un peu plus de deux ans après que M. Mills eut tenté en vain de retourner travailler.

[32] Les conclusions tirées par le Tribunal à l'égard de la preuve médicale sont des conclusions de fait. Selon le jugement *Kibale c. Transports Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022 (C.A.F.), à la page 17,023, lorsqu'on demande à une cour d'intervenir à cause de la façon dont un office a évalué la preuve, on lui demande de corriger une conclusion de fait. En l'espèce, VIA conteste la façon dont le Tribunal a soupesé les diverses opinions médicales. Ainsi, VIA conteste une conclusion de fait. Toutefois, elle dit également qu'en soupesant la preuve médicale, le Tribunal a omis d'appliquer les critères juridiques appropriés et qu'il a donc violé le principe établi dans l'arrêt *Beaulieu*.

[33] En l'espèce, le Tribunal a énoncé sa conclusion comme suit: «la décision selon laquelle M. Mills était invalide au point de ne pouvoir remplir ses fonctions de chef, voire celles de tout autre poste à bord d'un train, n'a pas été prise après un examen approprié de son rendement au travail» (à la page 21 de la décision du Tribunal; à la page 30 du dossier de la requérante; [au paragraphe 61 de QL]). Je dois dire que je suis au départ convaincu que cette conclusion n'est pas erronée. Même si je devais tirer une conclusion contraire, le Tribunal n'a pas tiré sa conclusion de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait.

[34] Dans son rapport écrit du 6 décembre 1993, le D^r Orrell a conclu que même si M. Mills était atteint de maux de dos, il aurait pu retourner travailler comme chef en octobre 1991, si ce n'avait été que de la restriction relative aux charges lourdes. Lorsqu'il a témoigné devant le Tribunal, le D^r Orrell a donné des explications à ce sujet. Il a déclaré qu'en octobre 1991, VIA avait omis d'évaluer la preuve d'une façon adéquate. Dans son témoignage devant le Tribunal, le D^r Orrell a déclaré que le mal de dos dont M. Mills souffrait en octobre 1991 pouvait même être évalué un peu mieux deux ans plus tard parce que, dans l'inter-

deterioration due to disease. VIA failed because it did not strive to understand the complexities of Mr. Mills' condition; it could have ordered an ergonomic appraisal of Mr. Mills' work site and considered the course of his intensive program of physiotherapy.

[35] The Tribunal also found favour with Dr. Orrell's opinion because it was buttressed by Dr. Wawrzyszyn's contemporaneous and first-hand statements from October 1991 and his earlier medical opinion from March 1990. Both Dr. Orrell and Dr. Wawrzyszyn testified before the Tribunal but the only physician to testify on VIA's behalf was Dr. Pigeon, who had conducted only a paper review of Mr. Mills' case after the fact.

[36] However, VIA disputed Dr. Wawrzyszyn's credibility and suggested that since Dr. Wawrzyszyn's opinion was allied with Dr. Orrell's in the Tribunal's finding, the two opinions must stand or fall together. VIA alleges that Dr. Wawrzyszyn could offer little of substance to explain two contrary opinions that he gave in the same month on Mr. Mills' medical condition. In October 1991, Dr. Wawrzyszyn was asked by Mr. Mills to offer a prognosis in an insurance application for a loan submitted by Mr. Mills. On the insurance application form, Dr. Wawrzyszyn indicated that Mr. Mills was not totally disabled, but that he could only return to work in one to three months. However, in the same period, October 1991, Dr. Wawrzyszyn deemed Mr. Mills immediately fit to return to work.

[37] During Dr. Wawrzyszyn's testimony before the Tribunal, he acknowledged and attempted to explain the apparent contradiction. According to Dr. Wawrzyszyn, when he drafted the insurance form, he knew that Mr. Mills was set to visit an orthopaedic specialist who might order further follow-up. Since the possibility of future consultations could delay Mr. Mills' return to work by a month or more, Dr.

M. Mills n'avait subi aucune blessure ou que son état ne s'était pas aggravé en raison d'une maladie. VIA a failli à son devoir parce qu'elle n'a pas cherché à comprendre le caractère complexe de l'état de M. Mills; elle aurait pu ordonner une évaluation ergonomique du lieu de travail de M. Mills et tenir compte du progrès accompli dans le cadre de son programme intensif de physiothérapie.

[35] Le Tribunal a également retenu l'opinion du D^r Orrell parce qu'elle était étayée par les déclarations contemporaines fondées sur des observations directes que le D^r Wawrzyszyn avait faites en octobre 1991 et par l'opinion médicale antérieure que ce dernier avait exprimée en mars 1990. Le D^r Orrell et le D^r Wawrzyszyn ont tous les deux témoigné devant le Tribunal, mais le seul médecin à témoigner pour le compte de VIA était le D^r Pigeon, qui n'avait effectué qu'un examen de M. Mills après coup.

[36] Toutefois, VIA a contesté la crédibilité du D^r Wawrzyszyn et a soutenu qu'étant donné que l'opinion de celui-ci était liée à celle du D^r Orrell dans la conclusion du Tribunal, les deux opinions doivent être maintenues ou être rejetées ensemble. VIA allègue que le D^r Wawrzyszyn n'a pu offrir que peu d'explications au sujet des deux opinions contradictoires qu'il avait exprimées le même mois au sujet de l'état de santé de M. Mills. En octobre 1991, M. Mills a demandé au D^r Wawrzyszyn de donner un pronostic dans une demande d'assurance en vue de l'obtention d'un prêt qu'il avait présentée. Sur le formulaire de demande d'assurance, le D^r Wawrzyszyn a déclaré que M. Mills n'était pas totalement invalide, mais qu'il ne pouvait retourner travailler que dans un délai d'un à trois mois. Toutefois, au cours de la même période, en octobre 1991, le D^r Wawrzyszyn a jugé que M. Mills était apte à retourner travailler immédiatement.

[37] Lorsqu'il a témoigné devant le Tribunal, le D^r Wawrzyszyn a reconnu la contradiction apparente, et a tenté de l'expliquer. Il a déclaré que lorsqu'il avait rédigé le formulaire d'assurance, il savait que M. Mills devait se rendre chez un orthopédiste qui pourrait demander un suivi. Étant donné que la possibilité de consultations futures pouvait retarder d'au moins un mois le retour au travail de M. Mills,

Wawrzyszyn put aside his personal opinion of Mr. Mills' readiness to return to work and drafted his response with that in mind. The Tribunal itself did not address Dr. Wawrzyszyn's credibility. It apparently accepted Dr. Wawrzyszyn's explanation that he had acted out of an excess of caution in filling out the insurance form and not with any intent to deceive. It was open to the Tribunal to give weight to Dr. Wawrzyszyn's opinion and accept his explanation as plausible.

[38] There is also no suggestion in the Tribunal's decision that it did not have regard to the material before it. The Tribunal carefully examined Mr. Mills' rather involved medical history and did not confine its discussion of the varied consultations and medical opinions to the primary August 1991 incident. The Tribunal analyzed and sifted through a diversity of relevant medical opinions, including those expressed before, during and after the August 1991 injury and abortive return to work in October 1991. For instance, the Tribunal looked to the multiple, but consistent medical opinions offered in the wake of Mr. Mills' earlier March 1990 accident. In essence, the earlier evidence from March 1990 reveals that more than one year before the August 1991 incident, Dr. Wawrzyszyn advised Mr. Mills to refrain from heavy lifting, stretching and pulling (at page 6, Tribunal decision; at page 20, applicant's record; [at paragraph 25 QL]). VIA's own physician, Dr. Nurse, acknowledged the necessity of the restrictions on lifting (although he qualified it as a temporary restriction) in his own follow-up report from October 1990. The Tribunal did not act unreasonably because it gave greater weight to the opinion of Dr. Orrell or find it "much more persuasive" (at page 23, Tribunal decision; at page 37, applicant's record; [at paragraph 62 QL]) in the light of the earlier opinions.

le D' Wawrzyszyn n'a pas tenu compte de son opinion personnelle au sujet de l'aptitude de M. Mills à retourner travailler et a rédigé sa réponse en conséquence. Le Tribunal lui-même ne s'est pas penché sur la question de la crédibilité du D' Wawrzyszyn. Il a apparemment accepté l'explication que le D' Wawrzyszyn avait donnée, à savoir qu'en remplissant le formulaire d'assurance, il avait agi par excès de prudence et non dans l'intention de tromper qui que ce soit. Le Tribunal était libre d'accorder de l'importance à l'opinion du D' Wawrzyszyn et de reconnaître cette explication comme vraisemblable.

[38] De plus, rien ne laisse croire dans la décision, du Tribunal qu'il n'a pas tenu compte des éléments mis à sa disposition. Le Tribunal a minutieusement examiné les antécédents médicaux plutôt complexes de M. Mills et n'a pas limité son analyse des diverses consultations et opinions médicales à l'événement déterminant du mois d'août 1991. Le Tribunal a analysé diverses opinions médicales pertinentes et les a minutieusement examinées, y compris les opinions exprimées avant ou après l'accident du mois d'août 1991 ou la tentative infructueuse de retour au travail, en octobre 1991, ou encore les opinions exprimées à ce moment-là. Ainsi, le Tribunal a examiné les opinions médicales multiples mais compatibles, qui avaient été exprimées par suite de l'accident que M. Mills avait subi en mars 1990. La preuve antérieure du mois de mars 1990 révèle essentiellement que plus d'un an avant l'événement du mois d'août 1991, le D' Wawrzyszyn avait conseillé à M. Mills de s'abstenir de soulever des charges lourdes et de faire des mouvements d'extension et de traction (à la page 8 de la décision du Tribunal; à la page 20 du dossier de la requérante; [au paragraphe 25 de QL]). Le médecin de VIA, le D' Nurse, a reconnu la nécessité des restrictions concernant les charges lourdes (bien qu'il les ait qualifiées de restrictions temporaires) dans son propre suivi du mois d'octobre 1990. Le Tribunal n'a pas agi d'une façon déraisonnable parce qu'il a accordé plus d'importance à l'opinion du D' Orrell ou parce qu'il l'a trouvée «beaucoup plus convaincant[e]» (à la page 21 de la décision du Tribunal; à la page 37 du dossier de la requérante; [au paragraphe 62 de QL]) à la lumière des opinions antérieures.

[39] The Tribunal also had the weight of Dr. Brown's 1992 opinion, another orthopaedic surgeon, who recommended that Mr. Mills return to work in some capacity, if not as a baggage handler (at page 10, Tribunal decision; at page 24, applicant's record; [at paragraph 37 QL]). Finally, the Tribunal gave little weight to Dr. Pigeon's opinion, the sole physician to conclusively state that Mr. Mills could not perform any duties on board the train. The Tribunal emphasized that Dr. Pigeon had conducted only a paper review of Mr. Mills' file before he deemed Mr. Mills unfit to work on board the train in any capacity. Even though both Dr. Orrell and Dr. Pigeon testified, of the two, only Dr. Orrell had conducted a physical examination of Mr. Mills.

[40] Hindsight also proved of assistance to the Tribunal in its assessment of the merits of the diverse medical opinions. The Tribunal remarked upon the fact that when Mr. Mills worked as a chef only from July 1993 until October 1994, he did not have to take any back-related absences. According to the Tribunal, this raises "some interesting questions regarding the opinions expressed earlier that he was 100% disabled" (at page 12, Tribunal decision; at page 26, applicant's record; [at paragraph 47 QL]).

[41] The Tribunal's finding that VIA had not performed an adequate and comprehensive investigation into the medical evidence does not therefore warrant judicial review. The *Beaulieu* case is a red herring and can be readily distinguished from the case at bar. First, in *Beaulieu*, Justice Marceau found that Mr. Beaulieu's employer, the Canadian Armed Forces (the CAF), had performed a thorough and comprehensive review of Mr. Beaulieu's medical condition in the first instance before it concluded that his disability (epilepsy) did not allow him to fulfill his job duties as a member of the Armed Forces. Subsequently, it was determined that Mr. Beaulieu may not in fact have suffered from epilepsy when he was discharged.

[42] In the case at bar, in contrast, the Tribunal was entitled to look to Dr. Orrell's opinion because the

[39] Le Tribunal disposait également de l'opinion exprimée en 1992 par le D^r Brown, un autre chirurgien orthopédiste, qui avait recommandé que M. Mills retourne travailler en occupant un poste quelconque sauf celui de préposé aux bagages (à la page 13 de la décision du Tribunal; à la page 24 du dossier de la requérante; [au paragraphe 37 de QL]). Enfin, le Tribunal a accordé peu d'importance à l'opinion du D^r Pigeon, le seul médecin qui a déclaré d'une façon concluante que M. Mills ne pouvait pas s'acquitter de quelque tâche que ce soit dans le train. Le Tribunal a mis l'accent sur le fait que le D^r Pigeon n'avait effectué qu'un examen du dossier de M. Mills avant de juger ce dernier inapte à travailler dans un train en quelque qualité que ce soit. Même si le D^r Orrell et le D^r Pigeon ont tous les deux témoigné, seul le D^r Orrell a fait subir un examen physique à M. Mills.

[40] Une analyse rétrospective a également aidé le Tribunal dans son évaluation du bien-fondé des diverses opinions médicales. Celui-ci a fait remarquer que lorsque M. Mills travaillait uniquement comme chef du mois de juillet 1993 au mois d'octobre 1994, il n'avait pas eu à prendre congé à cause de maux de dos. Selon le Tribunal, cela soulève «des questions intéressantes concernant les opinions exprimées plus tôt selon lesquelles il était invalide à 100%» (à la page 16 de la décision du Tribunal; à la page 26 du dossier de la requérante; [au paragraphe 47 de QL]).

[41] La conclusion du Tribunal selon laquelle VIA n'avait pas effectué une enquête adéquate et exhaustive sur la preuve médicale ne justifie donc pas un contrôle judiciaire. L'arrêt *Beaulieu* est un faux-fuyant et peut facilement être distingué de la présente espèce. En premier lieu, dans l'arrêt *Beaulieu*, le juge Marceau a conclu que l'employeur de M. Beaulieu, les Forces armées canadiennes (les FAC), avait effectué un examen approfondi et exhaustif de l'état de santé de M. Beaulieu avant de conclure que sa déficience (l'épilepsie) ne lui permettait pas de s'acquitter de ses tâches en tant que membre des Forces armées. Par la suite, on a conclu que M. Beaulieu ne souffrait peut-être pas en fait d'épilepsie lorsqu'il avait été réformé.

[42] Par contre, en l'espèce, le Tribunal avait le droit de tenir compte de l'opinion du D^r Orrell parce que la

contemporaneous evidence from October 1991 was incomplete and internally conflicting. For instance, VIA sent Mr. Mills to an orthopaedic specialist, Dr. Holmes, because it was not satisfied with the note from Mr. Mills' family physician deeming him fit to work. However, after Dr. Holmes gave an initial report that did not directly contradict or dispute the family physician's opinion, VIA still refused to return Mr. Mills to the job. VIA balked at reinstating Mr. Mills to a position without heavy lifting but did not undertake in October-November 1991 any further medical examination of Mr. Mills. Dr. Brown opined in July 1992 that Mr. Mills was totally disabled for the baggage handler position because it involved heavy lifting, but he also expressly advocated that Mr. Mills should and could return to work in some capacity on a train.

[43] Furthermore, *Beaulieu* concerned an issue of procedural fairness because the CAF alleged that it had been denied the opportunity to present evidence and become aware of the Commission's position. As stated above in relation to the preliminary issue, VIA did not contest the procedural fairness of the Tribunal's actions or the disclosure of the Commission's position prior to the hearings.

3. VIA's Defences to a *Prima Facie* Case of Discrimination

[44] VIA also argues that the Tribunal erred in law because it failed to make any express finding on the nature of the discrimination suffered by Mr. Mills. In the absence of such a finding, the Tribunal did not give proper weight to VIA's possible defence to the charge that it had discriminated against Mr. Mills. I am in agreement with VIA's submission and hold that judicial review of the Tribunal's decision is therefore warranted on this issue because the Tribunal incorrectly applied the law.

preuve contemporaine du mois d'octobre 1991 était incomplète et qu'elle était en soi incohérente. Ainsi, VIA a renvoyé M. Mills chez un spécialiste orthopédiste, le D^r Holmes, parce qu'elle n'était pas satisfaite de la note dans laquelle le médecin de famille de M. Mills avait jugé celui-ci apte à travailler. Toutefois, après que le D^r Holmes eut remis un rapport initial qui ne contredisait pas directement ou ne remettait pas directement en question l'opinion du médecin de famille, VIA a néanmoins refusé de permettre à M. Mills de retourner travailler. VIA a hésité à réintégrer M. Mills dans un poste ne comportant pas l'obligation de soulever des charges lourdes, mais elle n'a effectué, en octobre ou novembre 1991, aucun examen médical supplémentaire de M. Mills. En juillet 1992, le D^r Brown estimait que M. Mills était totalement invalide relativement au poste de porteur parce que cela l'obligeait à soulever des charges lourdes, mais il a également expressément dit que M. Mills devait et pouvait retourner travailler dans un train en une qualité quelconque.

[43] En outre, l'arrêt *Beaulieu* se rapportait à une question d'équité procédurale parce que les FAC avaient allégué qu'on leur avait refusé la possibilité de présenter des éléments de preuve et d'être mises au courant de la position de la Commission. Comme il en a ci-dessus été fait mention relativement à la question préliminaire, VIA n'alléguait pas que les mesures prises par le Tribunal n'étaient pas conformes à l'équité procédurale et ne contestait pas non plus la divulgation de la position de la Commission avant les audiences.

3. Moyens de défense de VIA contre une plainte apparemment fondée de discrimination

[44] VIA soutient également que le Tribunal a commis une erreur de droit parce qu'il a omis de tirer une conclusion expresse au sujet de la nature de la discrimination dont M. Mills avait été victime. En l'absence de pareille conclusion, le Tribunal n'a pas accordé l'importance appropriée au moyen de défense que VIA pouvait invoquer contre l'allégation selon laquelle elle avait commis un acte discriminatoire à l'endroit de M. Mills. Je souscris à l'argument de VIA et je conclus que le contrôle judiciaire de la décision

[45] In the jurisprudence, the courts have detailed two basic types of discrimination: direct and indirect. Each type of discrimination has a distinct chain of reasoning and defences. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 551 (*Simpsons-Sears*), Justice McIntyre for the Supreme Court set out the differences between the two forms of discrimination:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some specific characteristic of the employee or group, obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

[46] In cases of direct discrimination, the employer can assert as a defence that the general rule attacked as discriminatory is in fact a *bona fide* occupational requirement (BFOR): *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at page 506. Paragraph 15(a) of the CHRA stipulates that "any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment" is not a discriminatory practice if the refusal is based on a BFOR. There can be no individual accommodation or assessment in a case of direct discrimination: *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at page 588.

du Tribunal est donc justifié sur ce point parce que le Tribunal a appliqué la loi d'une façon erronée.

[45] Dans les arrêts, les tribunaux ont énoncé deux types fondamentaux de discrimination: la discrimination directe et la discrimination indirecte. Chaque type de discrimination comporte une série distincte de raisonnements et de moyens de défense. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 551, (*Simpsons-Sears*), le juge McIntyre, de la Cour suprême, a énoncé les différences qui existent entre les deux formes de discrimination:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a une discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» . . . D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

[46] Dans une affaire de discrimination directe, l'employeur peut se défendre en disant que la règle générale qui est contestée pour le motif qu'elle est discriminatoire constitue en fait une exigence professionnelle justifiée (EPJ): *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la page 506. L'alinéa 15a) de la LCDP prévoit que «des refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur» ne constituent pas des actes discriminatoires s'ils découlent d'une EPJ. Il ne peut y avoir aucune accommodation ou évaluation individuelle dans un cas de discrimination directe: *Bhinder et autres c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, à la page 588.

[47] In contrast, the defence in a case of indirect discrimination is centered on individual needs and characteristics. The employer has a duty to accommodate the individual applicant up to the point of undue hardship: see *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228 (C.A.), at page 249. If the employer fails to perform his or her duty, the tribunal will fill in the gaps.

[48] The Tribunal in the case at bar stated plainly that VIA had discriminated against Mr. Mills on the basis of disability but it did not elaborate on the nature of this discrimination. It held, “The Tribunal is unanimously of the view that this case is determined on the facts as opposed to any complex application of the law” (at page 16, Tribunal decision; at page 30, applicant’s record; [at paragraph 60 QL]). In effect, the Tribunal did not expressly turn its mind to the distinctions in the law between direct and indirect discrimination.

[49] However, there was not a complete absence of legal analysis in the Tribunal’s decision. The Tribunal did quote from Justice McIntyre’s reasons in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208 (*Etobicoke*) and *Simpsons-Sears*, *supra*, at page 538. *Etobicoke* concerned direct discrimination while *Simpsons-Sears* figured on a case of adverse effect or indirect discrimination. In both instances, the Tribunal cited passages addressing the issue of the complainant’s initial burden of proof to show a *prima facie* case of discrimination. Justice McIntyre also alluded to the complainant’s certain relief in the “absence of justification by the employer” (*Etobicoke*) or “absence of an answer from the respondent-employer” (*Simpsons-Sears*). Nonetheless, there is no indication that the Tribunal explicitly considered VIA’s possible justification of a BFOR. If such a defence was not viable because the discrimination at issue was indirect, then the Tribunal had to explicitly make this finding.

[50] VIA nonetheless submits that its evidence before the Tribunal established a case of direct dis-

[47] Par contre, dans une affaire de discrimination indirecte, la défense est axée sur les caractéristiques et besoins individuels. L’employeur est tenu d’accommoder le requérant individuel dans la mesure où cela ne pose pas de problème démesuré: voir *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228 (C.A.), à la page 249. Si l’employeur omet de s’acquitter de son obligation, le Tribunal comble les lacunes.

[48] En l’espèce, le Tribunal a clairement dit que VIA avait commis à l’endroit de M. Mills un acte discriminatoire fondé sur la déficience, mais il n’a pas donné de précisions au sujet de la nature de cet acte. Voici ce qu’il a dit: «Le Tribunal estime unanimement qu’il peut trancher la présente affaire en se fondant sur les faits, par opposition à une interprétation complexe de la loi» (à la page 20 de la décision du Tribunal; à la page 30 du dossier de la requérante; [au paragraphe 60 de QL]). En fait, le Tribunal ne s’est pas expressément arrêté aux distinctions de droit entre la discrimination directe et la discrimination indirecte.

[49] Toutefois, dans sa décision, le Tribunal n’a pas complètement omis d’effectuer une analyse du droit. Il a cité les motifs que le juge McIntyre avait prononcés dans les affaires *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208 (*Etobicoke*) et *Simpsons-Sears*, précité, à la page 538. L’arrêt *Etobicoke* portait sur la discrimination directe alors que l’arrêt *Simpsons-Sears* portait sur l’effet préjudiciable ou sur la discrimination indirecte. Dans les deux cas, le Tribunal a cité des passages selon lesquels la charge initiale de la preuve incombait au plaignant lorsqu’il s’agissait de démontrer qu’il était de prime abord victime de discrimination. Le juge McIntyre a également dit que le plaignant avait droit à un redressement «en l’absence de justification de la part de l’employeur» (*Etobicoke*) ou «en l’absence de réplique de l’employeur intimé» (*Simpsons-Sears*). Néanmoins, rien ne montre que le Tribunal a expressément tenu compte de la justification possible de VIA concernant une EPJ. Si pareil moyen de défense n’était pas soutenable parce que la discrimination en question était de nature indirecte, le Tribunal aurait dû le dire.

[50] VIA soutient néanmoins que la preuve qu’elle a présentée devant le Tribunal établissait l’existence

crimination because the rule that all chefs had to perform heavy lifting restricts the employment of individuals with back ailments. However, the Tribunal did not even consider its possible defence of a BFOR under the direct discrimination framework. The Commission in turn submits that the Tribunal had no need to spell out the specific nature of the discrimination at issue in Mr. Mills' case. According to the Commission, the outcome would have been the same whatever label the Tribunal put to the discrimination endured by Mr. Mills because VIA could offer no justification, under any guise or defence, of its discriminatory practice. The Commission argues that VIA did not present any evidence consistent with the test for establishing a BFOR so the Tribunal had no need in its decision to specifically rule out the feasibility of the defence.

[51] I am troubled by the fact that the Tribunal did not spell out the type of discrimination at issue in Mr. Mills' case. I also reject the Commission's arguments that in the present case, the distinction between direct and indirect discrimination is irrelevant. This is especially true because at numerous instances in its written memorandum, the Commission itself is forced to surmise on the Tribunal's decision-making process and ultimate findings:

While not specifically spelled out, it is clear from the face of the Decision and from a review of the evidence that the Tribunal rejected the employer's argument that all positions on the spareboard, including chef, had a Bona Fide Occupational Requirement, i.e. to be fit and able to perform continuous heavy lifting. [My emphasis.] [At para. 74, page 2744, Commission's record.]

[52] The Commission made many other speculative statements striving valiantly to sort through the absence of an explicit finding in the Tribunal's decision. For instance, the Commission argues, "It is clear that the Tribunal rejected the [BFOR] argument given their acknowledgement of the duties of Chef from the collective agreement and the apparent preference for

d'une discrimination directe parce que la règle selon laquelle tous les chefs devaient soulever des charges lourdes empêche les personnes atteintes de maux de dos d'exercer cet emploi. Toutefois, le Tribunal n'a même pas tenu compte du moyen de défense dont pouvait disposer VIA à l'égard de l'EPJ dans le contexte de la discrimination directe. La Commission soutient de son côté que le Tribunal n'avait pas à énoncer la nature précise de la discrimination en cause dans le cas de M. Mills. Selon la Commission, le résultat aurait été le même, quelle que soit la façon dont le Tribunal caractérisait la discrimination dont avait été victime M. Mills, parce que VIA ne pouvait pas offrir de justification, sous quelque prétexte que ce soit ou par quelque moyen de défense que ce soit, de ses actes discriminatoires. La Commission soutient que VIA n'a pas présenté d'élément de preuve compatible avec le critère permettant d'établir l'existence d'une EPJ, de sorte que le Tribunal n'avait pas à écarter expressément, dans sa décision, la possibilité d'invoquer ce moyen de défense.

[51] Le fait que le Tribunal n'a pas énoncé expressément le type de discrimination en cause dans le cas de M. Mills me trouble. Je rejette également les arguments de la Commission selon lesquels, en l'espèce, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte n'est pas pertinente. Cela est particulièrement vrai parce qu'à maintes reprises dans son exposé écrit, la Commission elle-même est obligée de faire des suppositions au sujet du processus décisionnel du Tribunal et de ses conclusions finales:

[TRADUCTION] Bien que la chose ne soit pas énoncée en toutes lettres, il ressort clairement de la décision et de l'examen de la preuve que le Tribunal a rejeté l'argument de l'employeur selon lequel tous les postes de la liste de réserve, y compris celui de chef, comportaient une exigence professionnelle justifiée, à savoir être capable de soulever continuellement des charges lourdes. [Je souligne.] [Paragraphe 74, page 2744 du dossier de la Commission.]

[52] La Commission a fait de nombreuses autres conjectures en tentant vaillamment d'expliquer l'absence de conclusion expresse dans la décision du Tribunal. Ainsi, la Commission soutient: [TRADUCTION] «Il est clair que le Tribunal a rejeté l'argument [concernant l'EPJ] étant donné qu'il a reconnu les tâches de chef énoncées dans la convention collective

Mr. Mills' evidence" (my emphasis) (paragraph 75, page 2744, Commission's record). I have underlined the term "apparent preference" because the Tribunal did not even clearly indicate in clear terms which witness' testimony it found more helpful or credible. However, the Tribunal made an additional finding of fact on the issue of the proper source of information for chef duties. Contrary to the testimony of VIA's witnesses who insisted that heavy lifting was a requirement of the chef's position, the collective agreement made no such stipulation (at page 11, Tribunal decision; at page 25, applicant's record). Finally, the Commission argues in such qualified terms as, "The Tribunal evidently did not find that the evidence supported a BFOR. The Tribunal's decision suggests that they preferred" (at paragraph 90, at page 2747, Commission's record).

[53] In effect, the rest of the Commission's argument is devoted to performing the legal analysis that the Tribunal itself utterly failed to do. It is not the Commission's role to fill in the multiple gaps left wanting in the Tribunal's decision and intuit from vague references in the decision what the Tribunal must have decided. The nature of the discrimination is not mere technicality or feat of nomenclature. As stated above, there are specific defences and chains of reasoning for each type of discrimination. While this might be a difficult area of the law to unravel, that is no justification for not tackling the subject.

[54] By failing to specify the type of discrimination at issue in Mr. Mills' case, the Tribunal left a vacuum and abdicated a responsibility. Both parties rushed to fill in that void. If one sketches an outline of the Tribunal's reasoning process, it becomes clearer how the Tribunal left much unsaid that had to be clarified. After offering a lengthy recital of the facts, including the highlighting of several "noteworthy items", the Tribunal begins its actual analysis at page 12 of its decision with the statutory provisions. The Tribunal then gets into the heart of its decision by examining

et qu'il a apparemment préféré la preuve présentée par M. Mills» (je souligne) (paragraphe 75, page 2744 du dossier de la Commission). J'ai souligné «a apparemment préféré» parce que le Tribunal n'a même pas clairement dit quel témoignage il jugeait le plus utile ou le plus digne de foi. Toutefois, le Tribunal a tiré une conclusion de fait additionnelle sur la question de la source appropriée de renseignements en ce qui concerne les tâches de chef. Contrairement à la déposition des témoins de VIA, qui affirmaient avec insistance que les chefs devaient soulever des charges lourdes, la convention collective ne prévoyait pas cette obligation (à la page 12 de la décision du Tribunal; à la page 25 du dossier de la requérante). Enfin, la Commission soutient, en faisant des réserves, que [TRADUCTION] «[L]e Tribunal n'a de toute évidence pas conclu que la preuve corroborait l'existence d'une EPJ. La décision du Tribunal laisse entendre qu'il a préféré» (paragraphe 90, page 2747 du dossier de la Commission).

[53] En fait, dans le reste de son argumentation, la Commission fait l'analyse juridique que le Tribunal lui-même a manifestement omis de faire. Il n'incombe pas à la Commission de combler les nombreuses lacunes que comporte la décision du Tribunal et de déduire, à partir de vagues mentions figurant dans la décision, ce que le Tribunal doit avoir décidé. La nature de la discrimination n'est pas un simple point théorique ou une question de nomenclature. Comme il en a ci-dessus été fait mention, il existe des moyens de défense et des séries de raisonnements précis pour chaque type de discrimination. Il s'agit peut-être d'un point de droit difficile à démêler, mais cela ne permet pas pour autant de ne pas s'attaquer au sujet.

[54] En omettant de préciser le type de discrimination en cause dans le cas de M. Mills, le Tribunal a laissé un vide et a renoncé à sa responsabilité. Les deux parties se sont empressées de combler ce vide. Si l'on brosse un tableau du raisonnement du Tribunal, il devient clair que celui-ci a omis de dire beaucoup de choses qui devaient être éclaircies. Après avoir longuement énoncé les faits et après avoir notamment mis l'accent sur plusieurs «éléments dignes de mention», le Tribunal entreprend son analyse véritable, à la page 16 de sa décision, en citant des dispositions

Mr. Mills' burden of proving a *prima facie* case of discrimination. The Tribunal then concludes that Mr. Mills satisfied his burden because he demonstrated how VIA had discriminated against him because of its perception, based on inadequate medical evidence, of his total disability to perform the work.

[55] Under the next large heading, "FINDINGS", the Tribunal declares that the case does not depend on any complex application of the law. Logically, at this point in its decision, the Tribunal should have indicated the nature of the discrimination suffered by Mr. Mills and VIA's own burden at mustering a defence against the charge. However, the Tribunal returns to the question of the medical evidence and elaborates on what it had already found in regard to VIA's failure "to obtain the most authoritative and up-to-date medical evidence" (at page 18, Tribunal decision; at page 32, applicant's record; [at paragraph 65 QL]).

[56] The Tribunal then addresses in three short paragraphs VIA's possible defences to the finding of discrimination. They read:

As outlined earlier in this decision, in mid-1992, VIA Rail trained Mr. Mills in Moncton as a Telephone Sales Agent. VIA argued that this was an effort to accommodate Mr. Mills' back ailment and that he rejected it.

The evidence regarding the difficulty for Mr. Mills in getting to Moncton, the absence of any offer of relocation assistance, the short-term nature of any concrete offers of work and the uncertainty surrounding whether there was ever any agreement consummated between VIA and the Union regarding this employment opportunity, certainly diminish its significance. The Tribunal finds that this cannot be regarded as a serious effort to accommodate Mr. Mills.

Thus, the Tribunal finds that VIA Rail did discriminate against Mr. Mills because of back ailment which was not such as to prevent him from performing his duties as a chef and has failed to present any adequate defence. [At page 18, Tribunal decision; at page 32, applicant's record; [at

législatives. Le Tribunal en vient ensuite au cœur de sa décision en examinant l'obligation qui incombe à M. Mills de prouver le bien-fondé d'une plainte de discrimination. Le Tribunal conclut ensuite que M. Mills s'est acquitté de son obligation parce qu'il a démontré comment VIA avait agi d'une façon discriminatoire à son endroit à cause de sa perception, fondée sur une preuve médicale inadéquate, qu'il était tout à fait incapable d'accomplir le travail.

[55] Sous la grande rubrique suivante: «CONCLUSIONS», le Tribunal dit que l'affaire ne dépend pas d'une interprétation complexe de la loi. Logiquement, dans cette partie de la décision, le Tribunal aurait dû indiquer la nature de la discrimination dont M. Mills avait été victime et parler de l'obligation qui incombait à VIA de présenter un moyen de défense contre l'allégation. Toutefois, le Tribunal revient sur la question de la preuve médicale et donne des précisions au sujet de ce qu'il a déjà conclu à l'égard de l'omission de VIA, d'«obten[ir] les preuves médicales les plus autorisées et à jour» (à la page 22 de la décision du Tribunal; à la page 32 du dossier de la requérante; [au paragraphe 65 de QL]).

[56] Le Tribunal parle ensuite, dans trois brefs paragraphes, des moyens que VIA peut invoquer contre la conclusion de discrimination. Ces paragraphes disent:

Tel qu'il a été expliqué au début de la décision, vers le milieu de 1992 VIA Rail a formé M. Mills, à Moncton, en tant qu'agent des ventes par téléphone. VIA soutient qu'il a agi ainsi pour accommoder le mal de dos de M. Mills et que ce dernier a refusé son offre.

La preuve concernant la difficulté pour M. Mills de se rendre à Moncton, l'absence de toute offre d'aide à la réinstallation, la courte durée du travail offert et l'incertitude entourant la question de savoir si VIA et le syndicat en étaient venus à une entente au sujet de cette occasion d'emploi, diminue sans aucun doute l'importance de l'offre en question. Le Tribunal estime qu'on ne saurait considérer cette offre de l'intimé comme un effort sérieux pour composer avec la situation de M. Mills.

Par conséquent, le Tribunal conclut, d'une part, que VIA Rail a fait preuve de discrimination à l'endroit de M. Mills à cause de ses maux de dos, qui n'étaient pas de nature à l'empêcher d'exercer ses fonctions de chef, et, d'autre part, qu'il n'a pas présenté de défense adéquate. [À la page 23 de

paragraphs 67-69 QL.]

[57] By focusing on VIA's failure to accommodate Mr. Mills with the offer of the telephone sales attendant position, the Tribunal has implicitly already found that this is a case of indirect discrimination. After all, the duty to accommodate only becomes relevant in this type of discrimination. However, since the Tribunal never specified in the first place the type of discrimination at stake, VIA can legitimately argue that the Tribunal did not properly consider its BFOR defence or that contrary to the jurisprudence, the Tribunal sought to accommodate Mr. Mills' individual needs within the BFOR by removing the heavy lifting component. A Tribunal's legal findings should not be so absent or slight that the parties or indeed the Court itself is forced to reconstruct or read-in from faint clues what was implicit in the Tribunal's decision.

[58] In my view, the Commission's arguments must fail on the question of the Tribunal's failure to make the appropriate finding and expressly apply the appropriate legal tests under that framework. I am not satisfied with the fact that the Tribunal itself entirely skirted the issue of the nature of the discrimination. The Tribunal must at least turn its mind to the key concepts and actually apply them to the facts at issue. If, as counsel for the Commission argued during the course of the oral hearing, the Tribunal had no need to specify the nature of the discrimination because of the seeming similarity in outcomes in this instance, then the Tribunal had to say why this was the case.

[59] In my view, the Tribunal, in the case at bar, committed a reviewable error of law in failing to specify the nature of the discrimination allegedly suffered by Mr. Mills. In holding that judicial review is warranted, I am not in the same breath concluding that the Tribunal erred in its other findings. However, if VIA did indeed discriminate against Mr. Mills on the basis of disability, then let the Tribunal expressly

la décision du Tribunal; à la page 32 du dossier de la requérante; [aux paragraphes 67 à 69 de QL.]

[57] En mettant l'accent sur le fait que VIA n'avait pas accommodé M. Mills en lui offrant le poste d'agent des ventes par téléphone, le Tribunal a implicitement déjà conclu qu'il s'agit d'un cas de discrimination indirecte. En fait, l'obligation d'accommodation ne s'applique qu'à ce type de discrimination. Toutefois, étant donné que le Tribunal n'a jamais précisé de prime abord le type de discrimination en cause, VIA peut légitimement soutenir qu'il n'a pas tenu compte d'une façon appropriée de la défense dont elle disposait à l'égard d'une EPJ ou que, contrairement à la jurisprudence, il a cherché à accommoder les besoins individuels de M. Mills dans le cadre de l'EPJ en éliminant l'élément concernant les charges lourdes. Les conclusions de droit du Tribunal ne devraient pas être à ce point inexistantes ou faibles que les parties ou de fait, la Cour elle-même se voient obligées d'interpréter de nouveau la décision du Tribunal à partir de vagues indices ou d'y incorporer des éléments qui en faisaient implicitement partie.

[58] À mon avis, les arguments de la Commission doivent être rejetés en ce qui concerne la question de l'omission du Tribunal de tirer la conclusion appropriée et d'appliquer expressément les critères juridiques appropriés dans ce contexte. Je ne suis pas convaincu que le Tribunal lui-même a entièrement évité la question de la nature de la discrimination. Le Tribunal doit au moins s'arrêter aux concepts fondamentaux et les appliquer vraiment aux faits en cause. Si, comme l'avocate de la Commission l'a soutenu pendant l'audience, le Tribunal n'avait pas à préciser la nature de la discrimination à cause de la similarité apparente des résultats de l'instance, il devait alors dire pourquoi c'était le cas.

[59] À mon avis, le Tribunal, en l'espèce, a commis une erreur de droit susceptible de contrôle en omettant de préciser la nature de la discrimination dont M. Mills aurait été victime. En décidant que le contrôle judiciaire est justifié, je ne conclus pas pour autant que le Tribunal a commis une erreur dans ses autres conclusions. Toutefois, si VIA a de-fait commis à l'endroit de M. Mills un acte discriminatoire fondé

spell out the nature of this discrimination and how VIA either failed to prove a BFOR or more accurately, accommodate Mr. Mills' disability.

[60] For the reasons stated above, I need not address the sixth issue of the reasonableness of the Tribunal's remedies. Suffice it to say, however, that during the course of oral argument, both parties conceded that there was some lingering confusion and unresolved issues about the quantum of the Tribunal's remedies. Counsel for the Commission and counsel for the Union offered different characterizations of the cap or ceiling on Mr. Mills' recovery of lost wages. The Tribunal reserved jurisdiction over the quantum of damages awarded Mr. Mills if the parties were unable to agree to an amount. VIA in turn argued that the CROA decision was an intervening event unreasonably dismissed or ignored by the Tribunal in its decision. Without plunging into the myriad nuances of the remedies issue, I will simply state that the Tribunal does appear to have overreached itself in ordering Mr. Mills to receive back wages until October 1991 with no recognition that Mr. Mills was on salary at VIA in the position of chef from July 1993 until August 1994.

[61] For the above reasons, the decision of the Canadian Human Rights Tribunal dated May 16, 1996 is quashed and this matter is referred back for a new hearing before a differently constituted Tribunal.

¹ The respondent Commission moved to have the style of cause amended by removing the names of the members of the Tribunal as party respondents. VIA had no objection to this change in the style of cause. I therefore ordered at the beginning of the hearing that the individuals Keith C. Norton, Q.C., Joanne Cowan-McGuigan and Kent Norris should be removed from the case as party respondents.

² Mr. Mills lives in Louisbourg, Nova Scotia. Before the 1990 service cutbacks, he commuted to his work in Moncton by train. However, after Mr. Mills was transferred to Halifax, he could no longer commute to work by train

sur la déficience, il faut laisser le Tribunal énoncer expressément la nature de cette discrimination et la façon dont VIA a omis de prouver l'existence d'une EPJ ou, plus exactement, d'accueillir M. Mills à l'égard de sa déficience.

[60] Pour les motifs susmentionnés, je n'ai pas à examiner la sixième question concernant le caractère raisonnable des redressements accordés par le Tribunal. Il suffit de dire que, pendant les plaidoiries orales, les deux parties ont concédé qu'il régnait encore une certaine confusion et qu'il y avait des questions non réglées au sujet du montant des redressements accordés par le Tribunal. L'avocate de la Commission et l'avocat du syndicat ont offert des caractérisations différentes du montant maximal que M. Mills peut recouvrer à l'égard du salaire perdu. Le Tribunal est demeuré saisi de la question du montant des dommages-intérêts accordés à M. Mills si les parties n'arrivaient pas à s'entendre à ce sujet. VIA a de son côté soutenu que la décision du Bureau était un événement qui s'était produit dans l'intervalle, que le Tribunal avait rejeté ou dont il n'avait pas tenu compte, et ce, d'une façon déraisonnable. Je ne veux pas m'attarder aux multiples aspects que comporte la question des redressements; je dirai simplement que le Tribunal semble être allé trop loin en ordonnant que M. Mills touche son salaire rétroactivement au mois d'octobre 1991 sans tenir compte du fait qu'il avait touché déjà un salaire chez VIA, en sa qualité de chef, du mois de juillet 1993 au mois d'août 1994.

[61] Pour les motifs susmentionnés, la décision du Tribunal canadien des droits de la personne du 16 mai 1996 est annulée et l'affaire est renvoyée pour nouvelle audition devant un tribunal composé de membres différents.

¹ La Commission intimée a demandé qu'on modifie l'intitulé de la cause en supprimant le nom des membres du Tribunal à titre de parties intimées. VIA ne s'est pas opposée à cette modification. Au début de l'audience, j'ai donc ordonné que Keith C. Norton, c.r., Joanne Cowan-McGuigan et Kent Norris ne soient plus désignés à titre de parties intimées.

² M. Mills habite à Louisbourg (Nouvelle-Écosse). Avant que les services soient réduits en 1990, il se rendait en train à son travail, à Moncton. Toutefois, après avoir été muté à Halifax, il ne pouvait plus se rendre en train à son travail

because there was no passenger railway service between Louisbourg and Halifax. The Tribunal considered this a “noteworthy fact” (at p. 3, Tribunal Decision; at p. 17, the applicant’s record; [at para. 11 QL]).

³ Mr. Mills injured his back on March 19, 1990 while working as a service attendant. He was off work until October 1990. From 1982 to 1990, he experienced back difficulties on several occasions that required him to usually take less than two weeks off to recuperate. The Tribunal emphasized that the most significant of these episodes occurred when Mr. Mills was working as a service attendant (at p. 4, Tribunal decision; at p. 18, applicant’s record; [at paras. 14, 15 and 19 QL]). Mr. Mills also was injured in two accidents because of equipment malfunction. He therefore further aggravated his back condition.

⁴ Under s. 50(2)(c) of the CHRA, the Tribunal has the power to “receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Tribunal sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law.”

parce qu’il n’y avait pas de services de transport de passagers par chemin de fer entre Louisbourg et Halifax. Le Tribunal a estimé qu’il «conv[enait] de noter» ce fait (à la p. 3 de la décision du Tribunal; à la p. 17 du dossier de la requérante; [au par. 11 de QL]).

³ M. Mills s’est blessé au dos le 19 mars 1990 pendant qu’il travaillait comme préposé aux services. Il a été en congé jusqu’au mois d’octobre 1990. De 1982 à 1990, il a eu à plusieurs reprises des maux de dos qui l’ont obligé à s’absenter, habituellement pendant moins de deux semaines, pour se rétablir. Le Tribunal a mis l’accent sur le fait que la crise la plus grave s’est produite lorsque M. Mills travaillait comme préposé aux services (à la p. 5 de la décision du Tribunal; à la p. 18 du dossier de la requérante; [aux par. 14, 15 et 19 de QL]). M. Mills a également eu deux accidents parce que le matériel fonctionnait mal. Il a donc aggravé son état.

⁴ Aux termes de l’art. 50(2)c) de la LCDP, le Tribunal est autorisé à «recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu’il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire».

A-73-96

A-73-96

Her Majesty the Queen (*Appellant*) (*Respondent*)Sa Majesté la Reine (*appelante*) (*intimée*)

v.

c.

J. Paul Fingold (*Respondent*) (*Appellant*)J. Paul Fingold (*intimé*) (*appelant*)

INDEXED AS: CANADA v. FINGOLD (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. FINGOLD (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and MacGuigan JJ.A.
—Toronto, September 4; Ottawa, September 26, 1997.

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et MacGuigan,
J.C.A.—Toronto, 4 septembre; Ottawa, 26 septembre
1997.

Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from T.C.C. decision setting aside Minister's assessment of income — Taxpayer's company purchasing, renovating luxurious 5-bedroom penthouse apartment in Florida for \$4 million — Condo used for business entertaining 26, 45 times in 2 taxation years at issue — In same building as mother's apartment where taxpayer traditionally holidayed in winter — Income Tax Act, s. 15 deeming amount of benefit conferred on shareholder to be dividend — Whether equity rate of return (interest on amount spent on acquisition, renovation of condominium), or fair market rental value, proper method for assessing shareholder benefits — Existence of business purpose in acquisition, use of property not necessarily determining nature of benefit conferred on shareholder — Trial Judge failed to consider facts leading to conclusion selection, character of apartment primarily for personal accommodation of taxpayer, essentially for his benefit — Respondent would have had to pay equity rate of return to get same benefit from company of which not shareholder.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision de la C.C.I. qui a annulé la cotisation établie par le ministre — Achat et rénovation par la société du contribuable d'un appartement luxueux de type penthouse de cinq chambres, en Floride, au coût de 4 millions de dollars — Condominium utilisé à des fins de représentation à 26 et 45 reprises respectivement au cours des deux années d'imposition en cause — Situé dans le même édifice que l'appartement de la mère du contribuable où celui-ci avait l'habitude de passer ses vacances d'hiver — L'art. 15 de la Loi de l'impôt sur le revenu présume que l'avantage conféré à un actionnaire constitue un dividende — Laquelle de la méthode du rendement du capital investi (les intérêts qu'auraient produits les sommes consacrées à l'acquisition et à la rénovation de l'appartement) ou de la méthode de la juste valeur locative doit être retenue pour calculer l'avantage conféré à un actionnaire? — Le fait que le bien a été acquis et utilisé à une fin commerciale n'est pas nécessairement déterminant quant à la nature de l'avantage conféré à l'actionnaire — Le juge de première instance n'a pas tenu compte de faits menant à la conclusion que le choix et la nature de cet appartement visaient d'abord et avant tout à accommoder personnellement le contribuable et étaient essentiellement à son avantage — L'intimé aurait dû verser une somme égale au rendement du capital investi pour obtenir le même avantage d'une société dont il n'était pas actionnaire.

Evidence — Letters from realtors to Revenue Canada as to fair market rental value of luxury condo apartment provided to shareholder not evidence — Not sworn opinions subject to cross-examination — Not admissions against interest by MNR who produced them because happened to be in files.

Preuve — Des lettres de courtiers immobiliers à Revenu Canada quant à la juste valeur locative d'un appartement de luxe ne constituent pas des éléments de preuve favorables à l'actionnaire — Ce ne sont pas des opinions données sous serment et assujetties à un contre-interrogatoire — Ce ne sont pas des aveux contre les intérêts du MRN qui les a produites parce qu'elles étaient dans les dossiers.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision setting aside the Minister's assessment of the respondent's income for 1988 and 1989. The respondent and his brother were the owners of a holding and management company, which in 1987 purchased, renovated and refurbished a 4,610 square foot penthouse condominium in Florida at a cost of \$4 million. The condominium was in the same building as

Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a annulé la cotisation établie par le ministre concernant le revenu de l'intimé pour les années d'imposition 1988 et 1989. L'intimé et son frère étaient les propriétaires d'une société de holding et de gestion qui, en 1987, a acheté rénové et meublé un condominium de type penthouse de 4 610 pieds carrés en Floride, au coût de 4 millions de

the respondent's mother's condominium where the family had traditionally spent their winter vacations. It had five bedrooms with en suite baths, and a restaurant-type kitchen. The apartment was used for business entertaining on 26 occasions in 1988 and 45 times in 1989. On only one occasion did a business guest remain overnight, the rest of the entertaining consisting of dinner, lunch, breakfast or cocktails. The respondent and his wife used the apartment during the Florida season. *Income Tax Act*, section 15 deems the amount of a benefit conferred on a shareholder to be a dividend. The Minister assumed that the condominium had been acquired for personal use. Using the equity rate of return method, i.e. the amount of interest that could have been earned by the company on the amount spent for the acquisition and renovation of the condominium, together with certain operating costs, he assessed the benefits received as a shareholder as \$374,000 in 1988 and \$445,675 in 1989. The Tax Court Judge held that the condominium had been acquired and used for business purposes (entertaining) and that where a corporation acquires and uses an asset for such purposes, the shareholder who has use of the asset will be taxed on a benefit that is equal to the fair market rental value of that asset. Apportioning that value between personal and business use, the benefit was valued at \$23,129 and \$7,583.

Held, the appeal should be allowed.

It was true that the reasoning of the Tax Court Judge herein has been resorted to in a number of cases in that Court and has sometimes been accepted by the Minister. It was not, however, justified by the text of subsection 15(1) but was rather a gloss thereon never adopted by Parliament. It was necessary that closer attention be paid to fundamental principles.

The concept of "business purpose" is relevant in determining whether the advantage was conferred in a normal business transaction i.e. the shareholder obtained something that any other customer of the company could get, or whether he received a special advantage as a shareholder. But the existence of some original business purpose does not necessarily determine the nature of the specific benefit actually conferred on the shareholder.

Having relied upon earlier case law rather than the return to first principles mandated by this Court in *Youngman (L.) v. Canada*, the Tax Court Judge failed to consider certain relevant facts which lead to the conclusion that the selection and character of the apartment were primarily for the personal accommodation of the taxpayer and essentially for his benefit. Equally important was the total lack of evidence before the Tax Court to support the respondent's position that he was not getting the benefit of a personal residence

dollars. Le condominium se trouvait dans le même édifice que le condominium de la mère de l'intimé, où la famille avait l'habitude de passer ses vacances d'hiver. Il avait cinq chambres à coucher, chacune avec salle de bain, et une cuisine de type restaurant. L'appartement a été utilisé à des fins commerciales à 26 reprises en 1988 et à 45 reprises en 1989. À une seule occasion, un invité y a passé la nuit, le reste étant réparti entre dîners, lunches, petits déjeuners ou cocktails. L'intimé et son épouse utilisaient personnellement l'appartement pendant leur séjour en Floride. Suivant l'article 15 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la valeur de l'avantage conféré à un actionnaire est réputé constituer un dividende. Le ministre a présumé que le condominium avait été acquis pour usage personnel. Utilisant la méthode du rendement du capital investi, c.-à-d. le montant des intérêts qu'auraient produits les sommes consacrées à l'acquisition et à la rénovation de l'appartement, ainsi que certains frais d'entretien, il a évalué la valeur de ces avantages à 374 000 \$ pour 1988 et à 445 675 \$ pour 1989. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le condominium avait été acheté à des fins commerciales (réceptions) et utilisé à ces fins et que, lorsqu'une société acquiert un bien à des fins commerciales et l'utilise à de telles fins, l'actionnaire qui utilise ce bien sera redevable de l'impôt exigible sur un avantage dont la valeur est égale à la juste valeur locative de ce bien. Répartissant cette valeur entre l'usage personnel et l'usage commercial, il a évalué l'avantage à 23 129 \$ et 7 583 \$.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Il est vrai qu'un certain nombre de décisions de la Cour canadienne de l'impôt, ont appliqué le raisonnement du juge de première instance en l'espèce, et que le ministre l'a parfois accepté. Il n'est cependant pas justifié par le texte du paragraphe 15(1). Il s'agit plutôt d'une interprétation que le législateur n'a jamais voulu donner de cet article. Il faut examiner plus attentivement les principes fondamentaux.

Le concept de la «fin commerciale» est pertinent pour déterminer si l'avantage est conféré dans le cadre d'une opération commerciale normale, c.-à-d. si l'actionnaire bénéficiait de quelque chose que tout autre client de la société aurait pu obtenir ou si un avantage spécial lui était conféré en sa qualité d'actionnaire. Mais l'existence d'une fin commerciale initiale ne détermine pas nécessairement la nature de l'avantage précis qui est réellement conféré à l'actionnaire.

Étant donné qu'il s'est appuyé sur la jurisprudence antérieure sans tenir compte du retour aux principes de base recommandé par la présente Cour dans *Youngman (L.) c. Canada*, le juge de la Cour de l'impôt a laissé de côté certains faits pertinents qui mènent à la conclusion que le choix et la nature de cet appartement visaient d'abord et avant tout à accommoder personnellement le contribuable et étaient essentiellement à son avantage. Tout aussi importante est l'absence totale de certains types de preuve devant la

paid for by the company. The onus was on the respondent to demonstrate that the Minister's assumptions were wrong. The Tax Court Judge should have concluded that the company had provided this shareholder with a benefit consisting of a luxury home of his choice over which he had exclusive use and control. An amount equal to the equity rate of return is what price the shareholder would have had to pay, in similar circumstances, to get the same benefit from a company of which he was not a shareholder.

Furthermore, the Tax Court Judge should not have considered letters from Florida realtors to Revenue Canada as evidence of the fair market rental value of the property. They were not sworn opinions subject to cross-examination, nor were they admissions against interest by the Minister, who produced them only because they happened to be in his files.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 15(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 8).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd., [1965] 1 Ex. C.R. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Youngman (L.) v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 10; (1990), 90 DTC 6322; 109 N.R. 276 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Youngman (L.) v. The Queen, [1986] 2 C.T.C. 475; (1986), 86 DTC 6584; 7 F.T.R. 141 (F.C.T.D.); *Cartwright (R.I.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 15; (1994), 94 DTC 6677; 88 F.T.R. 214 (F.C.T.D.).

APPEAL by the Minister from Tax Court decision (*Fingold v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2772; (1995), 96 DTC 1305 (T.C.C.)) assessing a shareholder benefit using the fair market rental value method rather than the equity rate of return method. Appeal allowed.

COUNSEL:

Harry Erlichman and *Elizabeth D. Chasson* for appellant (respondent).
Morris Cooper for respondent (appellant).

Cour de l'impôt qui auraient permis d'appuyer la position de l'intimé selon laquelle il ne profitait pas d'une résidence personnelle payée par la société. Il incombait à l'intimé de démontrer que les hypothèses du ministre étaient erronées. Le juge de la Cour de l'impôt aurait dû conclure que la société avait fourni à l'intimé un appartement luxueux de son choix, dont l'utilisation était sous son contrôle exclusif. Une somme égale au rendement du capital investi est le prix que l'actionnaire aurait eu à payer, dans les circonstances semblables, pour obtenir le même avantage d'une société dont il n'était pas actionnaire.

De plus, le juge de la Cour de l'impôt n'aurait pas dû considérer les lettres de courtiers immobiliers de la Floride fournies à Revenu Canada comme un élément de preuve de la juste valeur locative du bien. Ce ne sont pas des opinions données sous serment et assujetties à un contre-interrogatoire ni des aveux contre les intérêts du ministre qui ne les a produites que parce qu'elles étaient dans les dossiers.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(1) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 8).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd., [1965] 1 R.C.É. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Youngman (L.) c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 10; (1990), 90 DTC 6322; 109 N.R. 276 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Youngman (L.) c. La Reine, [1986] 2 C.T.C. 475; (1986), 86 DTC 6584; 7 F.T.R. 141 (C.F. 1^{re} inst.); *Cartwright (R.I.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 15; (1994), 94 DTC 6677; 88 F.T.R. 214 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL interjeté par le ministre contre une décision de la Cour de l'impôt (*Fingold c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2772; (1995), 96 DTC 1305 (C.C.I.)) qui a établi la valeur d'un avantage conféré à un actionnaire en utilisant méthode de la juste valeur locative plutôt que la méthode du rendement du capital investi. Appel accueilli.

AVOCATS:

Harry Erlichman et *Elizabeth D. Chasson* pour l'appelante (intimée).
Morris Cooper pour l'intimé (appelant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).

Morris Cooper, Toronto, for respondent (appellant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Introduction

[1] This is an appeal from a decision of the Tax Court of Canada [*Fingold v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2772] in which the assessment by the Minister of the respondent's income for the 1988 and 1989 taxation years was set aside and the matter referred back to the Minister for reconsideration and reassessment. The matter in issue is the value of benefits received by the respondent as a shareholder for purposes of inclusion in his income pursuant to subsection 15(1) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 8)]. The Minister had assessed the value of these benefits as \$374,000 in respect of 1988 and \$445,675 in respect of 1989. The learned Tax Court Judge ordered a reassessment on the basis that the correct figures were, respectively, \$23,129 and \$7,583. The Minister's assessment was based on the equity rate of return method. The trial Judge adopted instead the fair market rental value as a basis for calculating the benefits.

Facts

[2] It appears that the trial Judge relied on the following facts in coming to this conclusion. At the time in question the respondent and his brother were the owners of Fobasco Limited (Fobasco), a holding and management company which controlled Slater Industries Ltd. (Slater), a public corporation. Slater was a steel producer but had various divisions including a trucking operation. Fobasco also had shares in several other companies. Slater and some of the other companies did extensive business in the United States.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (intimée).

Morris Cooper, Toronto, pour l'intimé (appellant).

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt [*Fingold c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2772] dans laquelle la cotisation établie par le ministre concernant le revenu de l'intimé pour les années d'imposition 1988 et 1989 a été annulée et l'affaire renvoyée au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation. La question en litige porte sur la valeur des avantages qu'a reçus l'intimé en sa qualité d'actionnaire et qu'il doit inclure dans son revenu aux termes du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 8)]. Le ministre a évalué la valeur de ces avantages à 374 000 \$ pour 1988 et à 445 675 \$ pour 1989. Le juge de la Cour de l'impôt a ordonné qu'une nouvelle cotisation soit établie au motif que les chiffres exacts devaient être respectivement de 23 129 \$ et de 7 583 \$. La cotisation du ministre se fondait sur la méthode du rendement du capital investi. Le juge de première instance a plutôt adopté la méthode de la juste valeur locative comme base de calcul des avantages.

Les faits

[2] Il appert que le juge de première instance s'est appuyé sur les faits suivants pour parvenir à sa conclusion. À l'époque en question, l'intimé et son frère étaient les propriétaires de Fobasco Limited (Fobasco), une société de holding et de gestion qui contrôlait Slater Industries Ltd. (Slater), une société publique. Slater produisait de l'acier, mais avait aussi plusieurs divisions, notamment une entreprise de camionnage. Fobasco avait aussi des actions dans plusieurs autres sociétés. Slater et certaines des autres sociétés faisaient beaucoup d'affaires aux États-Unis.

[3] For a number of years the respondent's mother had had a condominium in Palm Beach, Florida. Her family would visit her there for vacations. In 1987 a penthouse condominium in the same building became available and Fobasco purchased it for \$1,800,000 (Canadian) and then proceeded to renovate and furnish it at a further cost of about \$2,200,000 (Canadian). This was an apartment of 4,610 square feet with, after the renovations, 5 bedrooms each with their own bath and a kitchen "upgraded to restaurant standards". The renovation and furnishing of this apartment was all carried out under the supervision of the wife of the respondent.

[4] According to a log kept by Mrs. Fingold during the two taxation years in question the apartment was used for business entertaining on 26 occasions in 1988 and 45 occasions in 1989. On only one occasion did a business guest remain overnight, the rest of the entertaining consisting of dinner, lunch, or breakfast or cocktails. The respondent and his wife made personal use of the apartment during the Florida season which the trial Judge defined as mid-December to mid-May, approximately 151 days. The respondent travelled extensively but his wife remained at the apartment for most of this time. Occasionally his brother entertained at the apartment although it is not specified in the judgment what the nature of this entertaining was. The respondent and his brother personally paid for the operating costs of the apartment.

[5] The Tax Court Judge accepted the evidence of the respondent that the apartment had been acquired by Fobasco for the purpose of business entertaining. He noted that the dressing room of the master bedroom was equipped as an office.

[6] The learned Tax Court Judge therefore concluded that the condominium had been acquired for a business purpose and had been used for business purposes. In his view it automatically followed that the proper basis for valuation of the benefit received by the respondent through his personal use of the apartment would be fair market rental value which he found to

[3] Pendant un certain nombre d'années, la mère de l'intimé a eu un condominium à Palm Beach (Floride). Sa famille lui rendait visite pendant les vacances. En 1987, un appartement de type penthouse s'est libéré dans le même immeuble et Fobasco en a fait l'acquisition pour la somme de 1 800 000 \$ (canadiens) et l'a ensuite rénové et meublé pour une somme additionnelle d'environ 2 200 000 \$ (canadiens). Il s'agissait d'un appartement de 4 610 pieds carrés comportant, après les rénovations, cinq chambres à coucher, chacune avec salle de bain, et une cuisine «modernisée selon les normes applicables aux cuisines de restaurant». La rénovation et l'ameublement de cet appartement ont été effectués sous la supervision de l'épouse de l'intimé.

[4] Selon un registre tenu par M^{me} Fingold au cours des deux années d'imposition en question, l'appartement a été utilisé à des fins commerciales à 26 reprises en 1988 et à 45 reprises en 1989. À une seule occasion, un invité y a passé la nuit, le reste étant réparti entre dîners, lunchs, petits déjeuners ou cocktails. L'intimé et son épouse utilisaient personnellement l'appartement pendant leur séjour en Floride qui, selon le juge de première instance, s'échelonnait de la mi-décembre à la mi-mai, soit environ 151 jours. L'intimé voyageait beaucoup, mais son épouse demeurait à l'appartement pendant presque toute cette période. À l'occasion, son frère a aussi tenu des réceptions à cet appartement, bien que le jugement n'en précise pas la nature. L'intimé et son frère ont payé personnellement les frais d'exploitation de l'appartement.

[5] Le juge de la Cour de l'impôt a accepté la preuve de l'intimé indiquant que l'appartement avait été acquis par Fobasco pour des réceptions d'affaires. Il a noté qu'un bureau était installé dans le vestiaire de la chambre principale.

[6] Le juge de la Cour de l'impôt a donc conclu que le condominium avait été acheté à des fins commerciales et utilisé à ces fins. À son avis, il s'ensuit automatiquement que la méthode appropriée pour calculer l'avantage conféré à l'intimé en raison de son usage personnel de l'appartement devait être la juste valeur locative, qu'il a fixée à 60 000 \$ par année, en

be \$60,000 per year, basing himself on two letters from Florida realtors. He regarded these as “evidence”. He then proceeded to allocate this rental value as between time devoted to personal use and time devoted to business use. He appears to have regarded each occasion for business entertainment at the apartment, even if only involving a meal or cocktails, as involving a whole day of exclusive business use and precluding any personal use. From the amounts so apportioned for personal use he deducted the expenses incurred by the respondent for the operation of the apartment, producing the amounts at which he has directed the Minister to assess the value of the subsection 15(1) benefits.

[7] It appears that the respondent had reported benefits for these two years based on the assumption that the fair market rental of the condominium would be \$60,000 per year, and employing a form of apportionment between personal and business use. The Minister reassessed on, *inter alia*, the assumptions that the condominium had been acquired for the personal use of the taxpayer and his family and the benefit to him as a shareholder of Fobasco Limited with respect to the condominium should be valued at the amount of interest that could have been earned by the company on the amount spent for the acquisition and renovation of the condominium, together with certain operating costs alleged to have been paid by Fobasco. It is this assessment which is in issue.

Analysis

[8] Subsection 15(1) of the *Income Tax Act* provides in part as follows:

15. (1) Where, in a taxation year, a benefit has been conferred on a shareholder, or on a person in contemplation of the person becoming a shareholder, by a corporation otherwise than by

...

the amount or value thereof shall, except to the extent that it is deemed by section 84 to be a dividend, be included in computing the income of the shareholder for the year.

se fondant sur deux lettres d’agents immobiliers de la Floride. Il a considéré ces lettres comme un «élément de preuve». Il a ensuite procédé à la répartition de cette valeur locative entre le temps d’occupation à des fins personnelles et le temps d’occupation à des fins commerciales. Il paraît avoir considéré chaque réception à l’appartement, même si celle-ci se limitait à un repas ou à un cocktail, comme une journée complète d’utilisation à des fins commerciales excluant tout usage personnel. Des sommes attribuées à l’usage personnel, il a déduit les dépenses engagées par l’intimé pour l’entretien de l’appartement, et c’est la différence qu’il a donné instruction au ministre de considérer pour calculer la valeur des avantages conférés aux termes du paragraphe 15(1).

[7] Il appert que l’intimé a déclaré des avantages pour ces deux années en s’appuyant sur l’hypothèse que la juste valeur locative du condominium serait de 60 000 \$ par année, et en utilisant une forme de répartition entre l’usage personnel et l’usage commercial. Le ministre a établi une nouvelle cotisation en s’appuyant, notamment, sur les hypothèses que le condominium avait été acquis pour l’usage personnel du contribuable et de sa famille et que l’avantage qui lui était conféré en sa qualité d’actionnaire de Fobasco Limited à l’égard du condominium devait être fixé au montant des intérêts qu’auraient produits les sommes consacrées à l’acquisition et à la rénovation de l’appartement, ainsi que certains frais d’entretien que Fobasco aurait payés. C’est cette cotisation qui est contestée.

Analyse

[8] Le paragraphe 15(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* dispose comme suit:

15. (1) La valeur de l’avantage qu’une société confère au cours d’une année d’imposition, à un actionnaire ou à une personne en passe de le devenir doit être incluse dans le calcul du revenu de l’actionnaire pour l’année—sauf dans la mesure où cette valeur est réputée par l’article 84 constituer un dividende—si cet avantage est conféré autrement que: . . .

[9] The learned Tax Court Judge after reviewing a number of cases stated his understanding of the law as follows:

As can be seen by these cases See also: *Meeuse v. Minister of National Revenue*, [1992] 1 C.T.C. 2470, 92 D.T.C. 1549 (T.C.C.), affirmed (*sub nom. Meeuse v. Canada*), [1995] 1 C.T.C. 21 (*sub nom. Meeuse v. R.*), 94 D.T.C. 6640 (F.C.T.D.); *Giffin v. Minister of National Revenue*, [1991] 1 C.T.C. 2306, 91 D.T.C. 421 (T.C.C.) that [*sic*] in situations where a corporation acquires an asset for business purposes and uses that asset for business purposes, the shareholder who has use of the asset will be taxed on a benefit that is equal to the fair market rental value of that asset. In cases where the corporation has acquired the asset primarily for the shareholder's use, the courts have found that the fair market rent may not always be the appropriate measure of the benefit conferred on the shareholder.¹

[10] With respect it appears to me that the learned Tax Court Judge erred in law in adopting these principles as governing the calculation of value of a benefit conferred on a shareholder by a corporation.

[11] It is true that a number of cases, mostly in the Tax Court of Canada, have applied such reasoning. I can however find nothing in the text of subsection 15(1) which supports a rule that if there is a business purpose in the acquisition and use of a property also used by a shareholder for his private benefit, it necessarily follows without more that the valuation of that benefit must be on the basis of a fair market rental. That is surely a gloss on the section which Parliament itself never adopted. In saying this I hasten to add that it appears from the jurisprudence that in many cases the Minister has in effect adopted the approach embraced by the Tax Court Judge in this case, conceding that if there were a business purpose in the acquisition and use then fair rental value would be an appropriate measure of the shareholder's benefit from any personal use. In the present case, however, the Minister's assumptions include both an assertion that the acquisition was for personal use and the overriding assumption that the benefits should be calculated on the basis of what the company could have earned on the money it had committed to acquisition and renovation of the condominium.

[9] Après avoir examiné un certain nombre de décisions, le juge de la Cour de l'impôt a exprimé la manière dont il interprétait la Loi dans les termes suivants:

Comme en témoignent ces jugements Voir aussi: *Meeuse v. Ministre du Revenu national*, [1992] 1 C.T.C. 2470, 92 D.T.C. 1549 (C.C.I.) confirmé par (*sub nom. Meeuse c. Canada*), [1995] 1 C.T.C. 21 (*sub nom. Meeuse c. R.*), 94 D.T.C. 6640 (C.F. 1^{re} inst.); *Giffin v. Ministre du Revenu national*, [1991] 1 C.T.C. 2306, 91 D.T.C. 421 (C.C.I.). Lorsqu'une corporation acquiert un bien à des fins commerciales et l'utilise à de telles fins, l'actionnaire qui utilise ce bien sera redevable de l'impôt exigible sur un avantage dont la valeur est égale à la juste valeur locative de ce bien. Si la corporation a acquis le bien principalement pour l'usage de l'actionnaire, les tribunaux ont indiqué que cette juste valeur locative ne représente pas toujours bien l'avantage conféré à l'actionnaire¹.

[10] En toute déférence, le juge de la Cour de l'impôt me paraît avoir commis une erreur de droit en adoptant ces principes comme étant ceux qui régissent le calcul de la valeur d'un avantage conféré à un actionnaire par une société.

[11] Il est vrai qu'un certain nombre de décisions, la plupart rendues par la Cour canadienne de l'impôt, ont appliqué un tel raisonnement. Toutefois, je ne trouve rien dans le libellé du paragraphe 15(1) qui appuie le principe selon lequel si un bien, également utilisé par un actionnaire à des fins personnelles, est acquis ou utilisé à une fin commerciale, il s'ensuit nécessairement, sans autre forme de calcul, que le calcul de cet avantage doit se faire d'après la juste valeur locative. Il s'agit certainement là d'une interprétation que le législateur n'a jamais voulu donner de cet article. Après avoir fait cette affirmation, je m'empresse d'ajouter que la jurisprudence indique que, dans bon nombre de cas, le ministre a effectivement adopté la méthode suivie par le juge de la Cour de l'impôt en l'espèce, admettant que, lorsque l'acquisition et l'utilisation répondent à une fin commerciale, la juste valeur locative serait une façon appropriée de calculer l'avantage conféré à l'actionnaire quand il utilise personnellement le bien. En l'espèce, toutefois, le ministre s'est fondé sur la double hypothèse que le bien a été acquis à des fins personnelles et surtout que les avantages devraient être calculés sur le rendement

[12] In these circumstances I believe that closer attention must be paid to fundamental principles adverted to in certain of the jurisprudence.

[13] For example in *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*,² a case frequently relied on for the dichotomy reflected in the Tax Court Judge's decision in the present case, Cattanach J. stated:

. . . in my view, there can be no conferring of a benefit or advantage within the meaning of paragraph (c) where a corporation enters into a *bona fide* transaction with a shareholder. For example, Parliament could never have intended to tax the benefit or advantage that accrues to a customer of a corporation, merely because the particular customer happens to be a shareholder of the corporation, if that benefit or advantage is the benefit or advantage accruing to the shareholder in his capacity as a customer of the corporation. It could not be intended that the Court go behind a *bona fide* business transaction between a corporation and a customer who happens to be a shareholder and try to evaluate the benefit or advantage accruing from the transaction to the customer.

On the other hand, there are transactions between closely held corporations and their shareholders that are devices or arrangements for conferring benefits or advantages on shareholders *qua* shareholders and paragraph (c) clearly applies to such transactions It is a question of fact whether a transaction that purports, on its face, to be an ordinary business transaction is such a device or arrangement.

What Cattanach J. was addressing there was the question of whether there had been a benefit conferred. The concept of "business purpose" is relevant to determining whether the shareholder was getting something like any other customer of the company could get or whether he was receiving some special advantage as a shareholder. In seeking to answer this question it is relevant to see whether the advantage is conferred in a normal business transaction or otherwise. But this does not suggest that the existence of some original business purpose necessarily determines the nature of the specific benefit actually conferred on the shareholder in question.

qu'aurait pu produire le capital que la société a investi dans l'acquisition et la rénovation du condominium.

[12] Dans ces circonstances, je crois qu'il faut examiner plus attentivement les principes fondamentaux dont il est question dans certaines décisions.

[13] Par exemple, dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*,² souvent cité au regard de la dichotomie dont fait état la décision du juge de la Cour de l'impôt en l'espèce, le juge Cattanach affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] . . . à mon avis, aucun bénéfice ni avantage n'est accordé, au sens de l'alinéa c), lorsqu'une compagnie conclut une transaction véritable avec un actionnaire. Par exemple, il est impossible que le Parlement ait eu l'intention d'assujettir à l'impôt le bénéfice ou l'avantage qui revient à un client d'une compagnie simplement parce que celui-ci est un actionnaire de la compagnie, si le bénéfice ou l'avantage lui revient en tant que client. Le législateur n'a pu avoir l'intention de permettre à la cour de pousser son examen au-delà de la transaction conclue de bonne foi entre une compagnie et un client qui est l'un de ses actionnaires pour essayer d'évaluer le bénéfice ou l'avantage qui revient au client par suite de la transaction.

Par ailleurs, il y a des transactions effectuées entre des corporations et le groupe fort restreint d'actionnaires qui les dominant, qui sont des moyens ou des mesures accordant des bénéfices ou avantages aux actionnaires en tant qu'actionnaires; il est clair que l'alinéa c) s'applique à de telles transactions . . . C'est une question de fait de déterminer si une transaction qui prétend, à première vue, être une transaction ordinaire est en fait un moyen ou une mesure de ce genre.

Dans cet extrait, le juge Cattanach cherchait à déterminer si un avantage avait été conféré. Le concept de la «fin commerciale» est pertinent pour déterminer si l'actionnaire bénéficiait de quelque chose que tout autre client de la société aurait pu obtenir ou si un avantage spécial lui était conféré en sa qualité d'actionnaire. Pour répondre à cette question, il y a lieu de se demander si l'avantage est conféré dans le cadre d'une opération commerciale normale ou autrement. Mais cela ne signifie pas que l'existence d'une fin commerciale initiale détermine nécessairement la nature de l'avantage précis qui est réellement conféré à l'actionnaire en question.

[14] This emphasis on identifying if there were a benefit and, if so what it was, was emphasized by this Court in *Youngman (L.) v. Canada*:³

In order to assess the value of a benefit, for the purposes of paragraph 15(1)(c), it is first necessary to determine what that benefit is or, in other words, what the company did for its shareholder; second, it is necessary to find what price the shareholder would have had to pay, in similar circumstances, to get the same benefit from a company of which he was not a shareholder. In the present case, the benefit or advantage conferred on the appellant was not merely the right to use or occupy a house for as long as he wished; it was the right to use or occupy for as long as he wished a house that the company, at his request, had built specially for him in accordance with his specifications. How much would the appellant have had to pay for the same advantage if he had not been a shareholder of the company? Certainly more than what the two experts referred to as the free market rental value since, in my view, the company would have then charged a rent sufficient to produce a decent return on its investment. It is impossible to determine with accuracy the amount of that rent. However, subject to one important reservation, I cannot say that it would have been less than what the Minister assumed it to be.

With respect I believe this correctly brings the focus back to the express provisions of subsection 15(1) of the *Income Tax Act*.

[15] Most of the jurisprudence considered by the Tax Court Judge predated the Federal Court of Appeal decision in *Youngman* which was issued in April, 1990. He relied on the Trial Division decision in *Youngman*.⁴ In the passage from that decision quoted by the learned Tax Court Judge, McNair J. observed that:

... the countervailing factors of business purpose or personal use must play a significant role in determining as a question of fact whether the particular corporate transaction is a bona fide business transaction in the sense of something that might normally accrue to an outsider . . . or whether it was an inside arrangement designed primarily to benefit a shareholder.

When carefully read this does not support the view that where there is some business purpose served in acquisition and use the value of the benefit must be

[14] L'importance de déterminer s'il y a eu avantage et, dans l'affirmative, quel a été cet avantage, est soulignée par la présente Cour dans l'arrêt *Youngman (L.) c. Canada*³:

Afin d'évaluer un avantage pour les fins de l'alinéa 15(1)c), il est premièrement nécessaire de déterminer quel est cet avantage ou, en d'autres termes, qu'est-ce que la société a fait pour son actionnaire; deuxièmement, il est nécessaire de trouver le prix que l'actionnaire aurait eu à payer, dans des circonstances semblables, pour obtenir le même avantage d'une société dont il n'était pas actionnaire. En l'espèce, l'avantage conféré à l'appelant n'était pas simplement le droit d'utiliser ou d'occuper une maison aussi longtemps qu'il le désire; il s'agissait du droit d'utiliser ou d'occuper aussi longtemps qu'il le désire une maison que la société, à sa demande, a construite spécialement pour lui conformément à ses caractéristiques. Quel montant l'appelant aurait-il eu à payer de plus pour obtenir le même avantage s'il n'avait pas été un actionnaire de la société? Certainement plus que ce que les experts ont mentionné comme la juste valeur locative car, à mon avis, la société aurait alors exigé un loyer suffisant pour produire un rendement convenable pour son investissement. Il est impossible de déterminer avec précision le montant de ce loyer. Toutefois, sous une réserve importante, je ne peux dire qu'il aurait été inférieur au montant déterminé par le ministre.

En toute déférence, je crois que cet extrait redonne leur importance véritable aux dispositions expresses du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[15] La majeure partie de la jurisprudence examinée par le juge de la Cour de l'impôt est antérieure à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Youngman* qui a été rendu en avril 1990. Le juge s'est appuyé sur la décision de la Section de première instance dans *Youngman*⁴. Dans le passage cité par le juge de la Cour de l'impôt, le juge McNair fait observer que:

... les facteurs opposés de l'objectif commercial et de l'usage personnel jouent un rôle significatif dans la détermination de la question de fait de savoir si une opération particulière de la société constitue une opération commerciale conclue de bonne foi au sens d'une chose susceptible d'échoir normalement à une personne étrangère à la société . . . ou s'il s'agissait d'un arrangement interne destiné surtout à profiter à un actionnaire.

Une lecture attentive de ce passage n'appuie pas l'opinion selon laquelle, lorsque l'acquisition et l'utilisation du bien répondent à une certaine fin

calculated on the basis of fair market rental. Such emphasis as McNair J. did give to “business purpose” was in my view attenuated by the decision of the Federal Court of Appeal on appeal in the passage quoted above, where the Court comes back to the fundamental question of whether there was a shareholder benefit, and if so, how much it was worth.

[16] In *Cartwright (R.I.) v. Canada*⁵ a decision of the Federal Court, Trial Division subsequent to the decision of this Court in *Youngman*, the Trial Judge relied on *Youngman*. However the passage from his reasons referred to by the Tax Court Judge focusses on a concession in the *Youngman* case that if the house in question there were built for business purposes and used for such, the Minister’s assessment in that case was incorrect. This is another example of the Minister’s concessions in earlier cases and reliance in this passage does not, in my view, reflect the very important principles stated by the Court of Appeal in *Youngman*.

[17] Because the learned Tax Court Judge here had regard to some of the earlier jurisprudence without consideration of the return to first principles mandated by this Court in *Youngman* he failed, I believe, to take into account some of the relevant facts. In my view those facts lead to a conclusion similar to that in *Youngman*. Some of these relevant facts are as follows. The respondent himself testified that this particular unit was chosen because it was close to his mother’s apartment in the same building.⁶ He testified that it was a family tradition to vacation in Palm Springs.⁷ During the years in question the respondent and his family did not take any other winter vacation or go elsewhere than to the condominium.⁸ He stated that the business entertaining involved only one to five couples at a time.⁹ The room used in part as an office was some 300 square feet in size¹⁰ (compared to the total apartment dimensions of 4,600 square feet). All these matters lead to the conclusion that the selection and character of this apartment were primarily for the personal accommodation of the taxpayer and were essentially for his benefit.

commerciale, la valeur de l’avantage doit être calculée en fonction de la juste valeur locative. L’accent que le juge McNair a mis sur la «fin commerciale» a été à mon avis atténué par l’arrêt de la Cour d’appel fédérale dans l’extrait cité ci-dessus, où la Cour revient à la question fondamentale de savoir si un avantage a été conféré à un actionnaire et, dans l’affirmative, quelle en était la valeur.

[16] Dans la décision *Cartwright (R.I.) c. Canada*⁵, une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale postérieure à l’arrêt de la présente Cour dans *Youngman*, le juge de première instance s’est appuyé sur *Youngman*. Toutefois, l’extrait de la décision *Cartwright* cité dans les motifs du juge de la Cour de l’impôt met l’accent sur une concession qui avait été faite dans *Youngman* selon laquelle, si la maison en question avait été construite et utilisée dans un but commercial, la cotisation établie par le ministre était erronée. Il s’agit d’un autre exemple des concessions faites par le ministre dans des affaires antérieures et cet extrait ne reflète pas à mon avis les principes très importants qui ont été énoncés par la Cour d’appel dans *Youngman*.

[17] Étant donné que le juge de la Cour de l’impôt s’est appuyé sur la jurisprudence antérieure sans tenir compte du retour aux principes de base recommandé par la présente Cour dans *Youngman*, il a, je crois, laissé de côté certains faits pertinents. À mon avis, ces faits mènent à une conclusion semblable à celle à laquelle la Cour est parvenue dans *Youngman*. Voici certains de ces faits pertinents. L’intimé a lui-même déclaré dans son témoignage que cet appartement particulier avait été choisi parce qu’il était près de celui de sa mère situé dans le même immeuble⁶. Il a déclaré que les vacances à Palm Springs faisaient partie des traditions familiales⁷. Pendant les années en question, l’intimé et sa famille n’ont pas pris d’autres vacances d’hiver ou ne sont pas allés ailleurs qu’au condominium⁸. Il a déclaré que les réceptions d’affaires ne réunissaient que de un à cinq couples à la fois⁹. La pièce utilisée en partie comme bureau était d’une superficie de 300 pieds carrés¹⁰ (comparativement aux 4 600 pieds carrés de superficie totale de l’appartement). Tous ces éléments mènent à la conclusion que le choix et la nature de cet appartement visaient

[18] Of equal importance to the analysis is the total lack of certain kinds of evidence before the Tax Court to support the respondent's position that he was not getting the benefit of a personal residence paid for by the company. In noting the absence of evidence in support of the respondent's position it must be emphasized that the onus was on him throughout to demonstrate that the Minister's assumptions were wrong. Thus it is significant that counsel for the respondent could direct us to no evidence that anyone in the company other than the respondent and his brother ever used this condominium; or that the company indeed had any record of its use for business purposes which one might reasonably expect in relation to a \$4 million company asset.

[19] In summary, if the learned Tax Court Judge had focussed on the legal test as defined by this Court in *Youngman*, namely what did Fobasco do for this shareholder, he would have concluded that the company had provided the respondent with a luxurious apartment, chosen by the respondent in a building selected for family reasons, which apartment was renovated and furnished solely at the direction of the respondent or his wife and whose use was at the sole control of the respondent and his family. The apartment was used for winter vacations in the same city, and the same building, where the family had enjoyed winter vacations for years. It may have been anticipated that the respondent would on occasion entertain business visitors there, just as many people in business or in senior salaried positions are expected because of their position to entertain business or professional associates. But nothing in the evidence explains any business need for five bedrooms with ensuite baths or a restaurant-type kitchen, considering that on only one occasion did a business guest stay at the apartment and the number of business guests entertained never exceeded five couples. The presence of an "office", a dressing room fitted with a desk and office equipment amounting to 300 square feet in a 4,600 square foot

d'abord et avant tout à accommoder personnellement le contribuable et étaient essentiellement à son avantage.

[18] Pour les fins de l'analyse, il est également important de noter l'absence totale de certains types de preuve devant la Cour de l'impôt qui auraient permis d'appuyer la position de l'intimé selon laquelle il ne profitait pas d'une résidence personnelle payée par la société. En faisant ressortir cette absence de preuve à l'appui de la position de l'intimé, il faut souligner qu'il lui incombait de démontrer que les hypothèses du ministre étaient erronées. Il est donc important de constater que l'avocat de l'intimé n'a pu signaler à la Cour aucune preuve indiquant que quelqu'un d'autre de la société, à l'exception de l'intimé et son frère, a déjà utilisé ce condominium, ou que la société a en fait des registres de son utilisation à des fins commerciales, ce à quoi on pourrait raisonnablement s'attendre à l'égard d'un bien d'une valeur de 4 millions de dollars appartenant à la société.

[19] En résumé, si le juge de la Cour de l'impôt avait mis l'accent sur les critères juridiques définis par la présente Cour dans *Youngman*, notamment sur ce que Fobasco a fait pour cet actionnaire, il aurait conclu que la société avait fourni à l'intimé un appartement luxueux, choisi par l'intimé, dans un immeuble choisi pour des raisons familiales, appartement qui a été rénové et meublé uniquement sur les instructions de l'intimé et de son épouse et dont l'utilisation était sous le contrôle exclusif de l'intimé et de sa famille. L'appartement a été utilisé pendant les vacances d'hiver dans la même ville et dans le même immeuble où la famille passait ses vacances depuis plusieurs années. Il peut avoir été prévu que l'intimé y recevrait à l'occasion des clients, tout comme de nombreux gens d'affaires ou cadres supérieurs sont censés, en raison de leur poste, recevoir des relations professionnelles ou d'affaires. Mais il n'y a rien dans la preuve qui explique la nécessité commerciale d'avoir un appartement de cinq chambres à coucher avec salle de bain attenante ou une cuisine de restaurant, si l'on considère qu'à une occasion seulement un client y a passé la nuit et que le nombre d'invités reçus n'a jamais dépassé cinq couples. La présence d'un «bureau», c'est-à-dire un vestiaire équipé d'une table

apartment, is certainly not supportive of the view that the provision to the respondent of the apartment as a whole was a normal business transaction. If it were, thousands of private homes could be considered business premises. This arrangement therefore cannot be seen as a *bona fide* business transaction entered into with the respondent *qua* customer or arm's-length contractor with the respondent.

[20] Thus the learned Tax Court Judge should have concluded that Fobasco had provided this shareholder with a benefit consisting of a luxury home of his choice over which he had exclusive use and control. On that basis I can see no error in the assumptions of the Minister. An amount equal to the equity rate of return is, I believe (in the words of this Court in *Youngman* [at page 14]):

. . . what price the shareholder would have had to pay, in similar circumstances, to get the same benefit from a company of which he was not a shareholder.

Therefore the appeal should be allowed with costs.

[21] While the calculation of fair rental value is thus not relevant, I wish to comment in passing on a passage in the Tax Court judgment [at page 2775] concerning calculation of such an amount. The passage is as follows:

The Appellant produced two letters, one from Sotheby's International Realty and the other from Martha A. Gottfried Inc., both carrying on business in Palm Beach, as to the rental value of the apartment. Both stated that the rental value for such an apartment should be \$60,000 per annum. Although those letters are not given as experts' opinions or reports, they are the only evidence of market rental value for the property. The Respondent did not plead with respect to the rental value nor did he adduce any evidence concerning the rental value, but based the assessments solely on a return on the investment which Fobasco had in the apartment.

It will be noted that the learned Tax Court Judge referred to these letters as "evidence". Counsel for the respondent was unable to explain to this Court how

et de matériel de bureau occupant une superficie de 300 pieds carrés dans un appartement de 4 600 pieds carrés, n'appuie certainement pas l'opinion selon laquelle l'appartement mis entièrement à la disposition de l'intimé était une opération commerciale normale. Si tel était le cas, des milliers de résidences seraient considérées comme des locaux d'affaires. Par conséquent, cet arrangement ne peut être considéré comme une opération commerciale conclue de bonne foi entre la société l'intimé en qualité de client ou en qualité d'entrepreneur n'ayant aucun lien de dépendance avec l'intimé.

[20] Le juge de la Cour de l'impôt aurait donc dû conclure que Fobasco avait fourni à cet actionnaire un avantage constitué d'un appartement de luxe de son choix dont il avait l'usage et le contrôle exclusifs. Je ne vois donc pas d'erreur dans les hypothèses du ministre. Une somme égale au rendement du capital investi est, je crois (pour reprendre les mots utilisés par cette Cour dans *Youngman* [à la page 14]):

. . . le prix que l'actionnaire aurait eu à payer, dans les circonstances semblables, pour obtenir le même avantage d'une société dont il n'était pas actionnaire.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens.

[21] Bien que le calcul de la juste valeur locative ne soit pas la méthode pertinente, je voudrais faire quelques observations sur un passage du jugement de la Cour de l'impôt [à la page 2775] concernant le calcul d'une telle somme. Voici ce passage:

L'appelant a produit deux lettres, l'une de Sotheby's International Realty et l'autre de Martha A. Gottfried Inc., deux sociétés actives à Palm Beach, à propos de la valeur locative de l'appartement. D'après ces deux lettres, la valeur locative d'un tel appartement devrait être de 60 000 \$ par année. Même si ces lettres n'ont pas été présentées à titre d'opinions ou de rapports d'experts, elles constituent le seul élément de preuve concernant la valeur locative de la propriété. L'intimée n'a pas traité de la valeur locative dans son plaidoyer ni n'a fourni de preuve à ce sujet; les cotisations se fondent uniquement sur le rendement du capital investi par Fobasco dans l'appartement.

Il convient de noter que le juge de la Cour de l'impôt considère ces lettres comme un «élément de preuve». L'avocat de l'intimé a été incapable d'expliquer à la

these letters could be “evidence”. The respondent had obtained these letters from Florida realtors for the purpose, according to counsel, of explaining to Revenue Canada the internal accounting between him and Fobasco with respect to the use of the apartment. Copies had been supplied to Revenue Canada and were among the documents produced by the Department in discovery of documents. They are certainly not sworn opinions subject to cross-examination, nor of course was any sworn oral testimony given to the same effect. They were certainly not admissions against interest of the Minister, who produced them only because they happened to be in his files. Therefore they were never “evidence”. Further, the assertion by the learned trial Judge that the Minister had not pleaded with respect to rental value and did not adduce any evidence on this subject cannot, with respect, be seen as a justification for accepting these letters as a basis for the trial Judge fixing the fair market rental value. The onus remained on the taxpayer to prove that the Minister’s assessment was wrong, not on the Minister to prove that it was right. The Minister did not plead fair rental value because he did not consider that to be the appropriate measure of value of the benefit and it was certainly not incumbent on him to produce evidence of what fair rental value would have been. I point this out because even if fair market rental value were legally the proper test, there is no evidentiary basis for the value which has been fixed in this case.

STONE J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

présente Cour comment ces lettres pouvaient être considérées comme un «élément de preuve». L’intimé a obtenu ces lettres de courtiers immobiliers de la Floride afin, selon son avocat, d’expliquer à Revenu Canada la comptabilité interne qui existait entre lui et Fobasco à l’égard de l’utilisation de l’appartement. Des copies ont été fournies à Revenu Canada et figuraient parmi les documents produits par le Ministère à l’étape de la communication des documents. Il ne s’agit certainement pas d’opinions données sous serment et assujetties à un contre-interrogatoire, et il n’y a pas eu non plus de témoignage verbal donné sous serment à cet égard. Ce ne sont certainement pas des aveux contre les intérêts du ministre qui ne les a produites que parce qu’elles étaient dans les dossiers. Par conséquent, ces lettres n’ont jamais constitué un «élément de preuve». En outre, l’affirmation du juge de première instance selon laquelle le ministre n’a pas traité de la valeur locative dans son plaidoyer et n’a pas fourni de preuve à ce sujet ne peut, en toute déférence, être considéré comme une justification pour accepter que ces lettres servent au juge de première instance pour déterminer la juste valeur locative. Il incombait au contribuable de prouver que la cotisation établie par le ministre était erronée, et non pas au ministre de prouver que cette cotisation était exacte. Le ministre n’a pas plaidé la juste valeur locative parce qu’il ne considérait pas que cette méthode était appropriée pour évaluer la valeur de l’avantage conféré et il ne lui incombait certainement pas de produire des éléments de preuve établissant ce qu’aurait dû être cette valeur locative. J’apporte cette précision parce que, même si la juste valeur locative avait été, du point de vue juridique, le critère approprié, la preuve ne renferme aucun élément qui puisse justifier la valeur qui a été fixée en l’espèce.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

¹ [1996] 1 C.T.C. 2772 (T.C.C.), at pp. 2777-2778.

² [1965] 1 Ex. C.R. 676, at p. 684.

³ [1990] 2 C.T.C. 10 (F.C.A.), at pp. 14-15.

⁴ *Youngman (L.) v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 475 (F.C.T.D.), at p. 480.

¹ [1996] 1 C.T.C. 2772 (C.C.I.), aux p. 2777 et 2778.

² [1965] 1 R.C.É. 676, à la p. 684.

³ [1990] 2 C.T.C. 10 (C.A.F.), aux p. 14 et 15.

⁴ *Youngman (L.) c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 475 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 480.

⁵ [1995] 1 C.T.C. 15 (F.C.T.D.), at pp. 20-21.

⁶ Appeal Book, at p. 111.

⁷ Appeal Book, at pp. 112-113.

⁸ Appeal Book, at p. 119.

⁹ Appeal Book, at p. 115.

¹⁰ Appeal Book, at p. 126.

⁵ [1995] 1 C.T.C. 15 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 20 et 21.

⁶ Dossier conjoint, à la p. 111.

⁷ Dossier conjoint, aux p. 112 et 113.

⁸ Dossier conjoint, à la p. 119.

⁹ Dossier conjoint, à la p. 115.

¹⁰ Dossier conjoint, à la p. 126.

CSIS-36-97

IN THE MATTER OF an application for warrants pursuant to section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23

INDEXED AS: CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (RE) (T.D.)

Trial Division, McGillis J.—Ottawa, August 28, September 2, 19 and October 3, 1997.

Security intelligence — Application for warrants under Canadian Security Intelligence Service Act, s. 21 — CSIS seeking inclusion of provisions in warrants, including “visitors clause”, to enable Service to investigate threat to security of Canada — “Visitors clause” unlawful delegation to Service employee of functions of judge under Act, s. 21 — Purpose of s. 21 to ensure objective, detached analysis of facts asserted in warrant application — Judge initially issuing edited reasons for order due to concerns for national security — Releasing unedited version after CSIS spokeswoman divulging to media information Judge had agreed to omit from reasons.

Constitutional law — Charter of Rights — Legal rights — Search or seizure — CSIS applying for warrants under Canadian Security Intelligence Service Act, s. 21 — Whether “visitors” clause unlawfully delegates to Service employee functions of judge under s. 21 — Issue related to s. 8 Charter right to be secure against unreasonable search, seizure — Prior authorization precondition for valid search, seizure, should not be delegated to investigatory body — Person authorizing search must be judge, person capable of acting judicially — Purpose of judicial control under Act, s. 21 to ensure objective, detached analysis of facts set out in warrant application to determine whether interests of state prevail over individual’s constitutional right to be secure from unreasonable search, seizure.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.

CSIS-36-97

AFFAIRE INTÉRESSANT une demande de mandats présentée en vertu de l’article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23

RÉPERTORIÉ: LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ (RE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge McGillis—Ottawa, 28 août, 2 et 19 septembre et 3 octobre 1997.

Renseignement de sécurité — Demande de mandats présentée en vertu de l’art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — Le SCRS demandait l’inclusion dans les mandats de diverses dispositions, dont une clause des «visiteurs», pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces à la sécurité du Canada — La clause des «visiteurs» constitue une délégation illicite à un employé du Service des pouvoirs conférés à un juge en vertu de l’art. 21 de la Loi — L’art. 21 de la Loi a pour but de garantir une analyse objective et impartiale des faits allégués dans la demande de mandat — Le juge a d’abord rendu publics des motifs d’ordonnance révisés pour des raisons de sécurité nationale — Les motifs ont été rendus publics dans leur version primitive, non révisée, après que la porte-parole du SCRS eut divulgué aux médias l’information que le juge avait accepté d’occulter de ses motifs.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Fouille, perquisition ou saisie — Demande de mandats présentée par le SCRS en vertu de l’art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — La clause des «visiteurs» constitue-t-elle une délégation illicite à un employé du Service des pouvoirs conférés à un juge en vertu de l’art. 21 de la Loi? — Question liée à l’art. 8 de la Charte garantissant la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — L’autorisation préalable est une condition de la validité d’une fouille, perquisition ou saisie et le pouvoir de l’accorder ne doit pas être délégué à un organisme d’enquête — La personne autorisant la fouille doit être soit un juge soit une personne pouvant agir de façon judiciaire — L’art. 21 de la Loi a pour but de garantir une analyse objective et impartiale des faits allégués dans la demande de mandat pour qu’il puisse être déterminé si les intérêts de l’État doivent l’emporter sur le droit constitutionnel d’un particulier d’être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 21.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; (1990), 73 D.L.R. (4th) 596; [1990] 6 W.W.R. 481; 49 B.C.L.R. (2d) 321; 59 C.C.C. (3d) 225; 80 C.R. (3d) 129; 50 C.R.R. 1; 114 N.R. 1; *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107; (1987), 28 Admin. L.R. 92; 36 C.C.C. (3d) 161; 59 C.R. (3d) 339; 32 C.R.R. 146 (C.A.).

APPLICATION to include a “visitors clause” in warrants under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* permitting delegation of the statutory powers of a judge to a Service employee. Application dismissed.

COUNSEL:

Robert F. Batt for applicant.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

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

[1] MCGILLIS J.: I issued my reasons for order in this matter on September 19, 1997. Counsel for the Attorney General of Canada immediately took the position that my reasons for order should not be released to the public on the basis of “public interest immunity”, and requested an opportunity to make submissions on that point.

[2] On September 23, 1997, I conducted an *ex parte* hearing, during the course of which counsel for the Attorney General of Canada filed affidavit evidence in support of his submission that the release of any information concerning the persons targeted by the

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; (1990), 73 D.L.R. (4th) 596; [1990] 6 W.W.R. 481; 49 B.C.L.R. (2d) 321; 59 C.C.C. (3d) 225; 80 C.R. (3d) 129; 50 C.R.R. 1; 114 N.R. 1; *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107; (1987), 28 Admin. L.R. 92; 36 C.C.C. (3d) 161; 59 C.R. (3d) 339; 32 C.R.R. 146 (C.A.).

DEMANDE de mandats présentée en vertu de l’article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, visant à inclure une clause des «visiteurs» prévoyant la délégation à un employé du Service de pouvoirs attribués par la loi à un juge. Demande rejetée.

AVOCAT:

Robert F. Batt pour le requérant.

PROCUREUR:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

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

[1] LE JUGE MCGILLIS: J’ai prononcé les motifs de mon ordonnance en la matière le 19 septembre 1997. L’avocat représentant le procureur général du Canada s’est immédiatement opposé à leur publication en arguant de l’«immunité pour cause d’intérêt général», et a demandé à présenter ses conclusions à ce sujet.

[2] Le 23 septembre 1997, j’ai entendu en audience *ex parte* l’avocat du procureur général du Canada qui a déposé à cette occasion des témoignages par affidavit à l’appui de son assertion que la publication d’informations, quelles qu’elles soient, sur les person-

clause in question, namely certain foreign nationals visiting Canada, would compromise national security by revealing operational tactics and investigative interests of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). On the basis of the evidence adduced, I agreed to edit my reasons for order by excluding any reference to the "visitors clause". My edited reasons for order were released publicly on September 23, 1997.

[3] On October 1, 1997, I read an article on page A3 of the *Ottawa Citizen* which contained the following sentence:

CSIS spokeswoman Marcia Wetherup confirmed the Service had used the clause "numerous times" in investigations of foreign nationals visiting Canada. [Emphasis added.]

[4] Upon reading the article, it appeared to me that CSIS itself may have released the very information which I had agreed not to disclose based on the evidence relating to national security adduced by CSIS on September 23, 1997.

[5] On October 2, 1997, I ordered counsel for the Attorney General of Canada to appear before me and to make submissions on the question of whether my reasons for order in this matter ought to be released to the public in their unedited form, given the statement attributed in the *Ottawa Citizen* to Ms. Wetherup, the spokeswoman for CSIS. At the outset of his submissions, counsel for the Attorney General of Canada attempted to provide explanations concerning the information conveyed by Ms. Wetherup to the media. I indicated to him that his explanations were not sufficient, and that she would be required to testify before me. Following a brief adjournment, Ms. Wetherup testified under oath concerning the information which she had conveyed to journalists. During the course of her evidence, Ms. Wetherup admitted that she had confirmed to the media that the clause in question was used in the investigation of foreign nationals visiting Canada.

[6] Counsel for the Attorney General of Canada submitted that I ought not to release my unedited reasons for order on the basis that the comments made

nes visées par la clause en question, savoir certains étrangers en visite au Canada, compromettrait la sécurité nationale en révélant les techniques et l'objet des enquêtes du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). À la lumière des témoignages produits, j'ai accepté d'occulter des motifs de mon ordonnance toute mention de la clause des «visiteurs». Le texte révisé de mes motifs d'ordonnance a été rendu public le 23 septembre 1997.

[3] Le 1^{er} octobre 1997, je lis en page A3 du quotidien *Ottawa Citizen* un article où figure la phrase suivante:

[TRADUCTION] La porte-parole du SCRS, Marcia Wetherup, a confirmé que le Service avait eu recours à cette clause «nombre de fois» dans ses enquêtes sur des étrangers en visite au Canada. [Non souligné dans l'original.]

[4] Je conclus de cet article que le SCRS a pu diffuser l'information même que j'avais accepté de ne pas divulguer, sur la foi des témoignages produits le 23 septembre 1997 par le SCRS au sujet de la sécurité nationale.

[5] Le 2 octobre 1997, j'ai ordonné à l'avocat du procureur général du Canada de comparaître devant moi pour présenter ses conclusions sur la question de savoir si les motifs de mon ordonnance en la matière devaient être rendus publics dans leur version primitive, non révisée, vu la déclaration attribuée par le quotidien *Ottawa Citizen* à M^{me} Wetherup, la porte-parole du SCRS. L'avocat du procureur général du Canada a commencé à essayer d'expliquer l'information donnée par M^{me} Wetherup aux médias. Je lui ai fait savoir que ses explications n'étaient pas satisfaisantes, et que cette dernière devrait venir témoigner devant moi. Après un bref ajournement, M^{me} Wetherup a témoigné sous serment au sujet de l'information qu'elle avait communiquée aux journalistes. Dans le cours de son témoignage, elle a reconnu qu'elle avait confirmé à l'intention des médias que la clause en question avait servi pour les enquêtes sur des étrangers en visite au Canada.

[6] L'avocat du procureur général du Canada soutient que je ne devais pas rendre publique la version non révisée des motifs de mon ordonnance, étant

by Ms. Wetherup to journalists do not reflect the position of CSIS. I cannot accept that argument for the simple, and obvious, reason that Ms. Wetherup made her comments in her official capacity as the spokeswoman for CSIS. In the circumstances, CSIS cannot now attempt to distance itself from those comments. Since the information which was used to justify the existence of national security interests is now in the public domain, having been confirmed by the CSIS spokeswoman, the rationale for not releasing my unedited reasons for order no longer exists.

[7] My reasons for order dated September 19, 1997 shall be released forthwith to the public.

* * *

The following are the reasons for order rendered in English by

[8] MCGILLIS J.: A designated employee of the Canadian Security Intelligence Service (Service) applied, with the approval of the Solicitor General of Canada, for the issuance of warrants under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 as amended (Act) to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada.¹ In the evidence tendered on the application, the designated employee deposed in an affidavit to the matters enumerated in subsection 21(2) of the Act, and sought the inclusion of various provisions in the warrants to enable the Service to investigate the threat, including a “resort to” clause, a “basket” clause and a “visitors” clause. Under the terms of the warrants, the proposed “resort to” clause would permit the Service to intercept the communications of a target and to use the other powers granted in the warrant at a place, other than a named place, to which it believes he has resorted or will resort; the “basket” clause would permit the interception of communications of unknown persons at places specified in the warrant. The proposed “visitors” clause would extend beyond the limitations imposed in the “resort to” or “basket” clauses, and would permit the Service to use, at any place, the full range of powers granted in the warrant against the following class of persons:

donné que ce que disait M^{me} Wetherup aux journalistes ne représentait pas la position du SCRS. Je ne peux accepter cet argument pour la raison, simple et évidente, que M^{me} Wetherup a tenu ces propos en sa qualité officielle de porte-parole du SCRS. Dans ces conditions, le SCRS ne peut prétendre maintenant s’en dissocier. Étant donné que l’information dont l’occultation a été demandée pour cause de sécurité nationale est devenue maintenant publique, du fait qu’elle a été confirmée par la porte-parole du SCRS, il n’y a plus de raison de ne pas rendre publique la version non révisée des motifs de mon ordonnance.

[7] Les motifs de mon ordonnance du 19 septembre 1997 seront immédiatement rendus publics.

* * *

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

[8] LE JUGE MCGILLIS: Un employé désigné du Service canadien du renseignement de sécurité (le Service) a demandé, avec l’autorisation du solliciteur général du Canada, que des mandats soient délivrés en vertu de l’article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, et modifications (la Loi), pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada¹. Dans la preuve soumise avec sa demande, l’employé désigné a déposé un affidavit portant sur les points énumérés au paragraphe 21(2) de la Loi et a cherché à faire inclure dans les mandats diverses dispositions, dont une clause des «endroits fréquentés», une clause «omnibus» et une clause des «visiteurs», qui permettraient au Service de faire enquête sur les menaces en question. Aux termes des mandats, la clause des «endroits fréquentés» demandée permettrait au Service d’intercepter les communications d’une cible et d’utiliser les autres pouvoirs accordés dans le mandat en un lieu, autre qu’un lieu désigné nommément, que le Service croit que la cible fréquente ou fréquentera; la clause «omnibus» permettrait l’interception de communications de personnes inconnues en des endroits précisés dans le mandat. La clause des «visiteurs» demandée irait au-delà des limites imposées dans la clause des «endroits fréquen-

- (a) a person being of a specific nationality;
- (b) who is admitted to Canada as a visitor;
- (c) who is identified in Service data banks as a known intelligence officer;²
- (d) who is a person whom the Director General of Counter Terrorism (or other person of similar level) has reasonable grounds to believe would engage in espionage (or other threat related activity) while in Canada.

[9] On August 28, 1997, I conducted an *ex parte* hearing on the application, during the course of which I expressed reservations concerning the legality of the proposed “visitors” clause. At the request of counsel, I adjourned the hearing in order to enable him to file supplementary affidavit evidence. On the same date, I directed him to file written submissions on the question of whether the proposed “visitors” clause constitutes an unlawful delegation to a Service employee of the powers accorded to a judge under section 21 of the Act. On September 2, 1997, I reconvened the hearing and issued in part the warrants requested, but deleted the proposed “visitors clause”, pending my decision on its legality.

[10] In his written submissions, counsel for the Attorney General of Canada properly conceded that a judge could not lawfully, under section 21 of the Act, authorize a Service employee to identify a target and to make the decision to direct intrusive powers against that person. Counsel acknowledged that, by including a “visitors” clause in a warrant, a judge would “endorse, in advance, decisions as to the use of certain powers that might be taken by the Service during the life of a warrant.” He further acknowledged that the “visitors” clause “permits a degree of delegation to a Service employee to exercise discretion within para-

tés» et la clause «omnibus» et permettrait au Service d'utiliser, en tout lieu, les pleins pouvoirs accordés dans le mandat contre les personnes de la catégorie suivante:

- a) les personnes appartenant à une nationalité particulière;
- b) admises au Canada à titre de visiteurs;
- c) identifiées pertinemment dans les banques de données du Service comme étant des agents de renseignement²;
- d) au sujet desquelles le directeur général de l'Antiterrorisme (ou une autre personne du même niveau) a des motifs raisonnables de croire qu'elles se livreront à l'espionnage (ou à toute autre activité constituant une menace) lorsqu'elles seront au Canada.

[9] Le 28 août 1997, j'ai présidé une audition *ex parte* de la demande, au cours de laquelle j'ai exprimé des réserves quant à la légalité de la clause des «visiteurs» demandée. À la demande de l'avocat du demandeur, j'ai ajourné l'audition afin de lui permettre de déposer une preuve supplémentaire par affidavit. Le même jour, j'ai exigé qu'il dépose des observations écrites sur la question de savoir si la clause des «visiteurs» demandée constitue une délégation illicite à un employé du Service des pouvoirs conférés à un juge en vertu de l'article 21 de la Loi. Le 2 septembre 1997, j'ai repris l'audition et décerné en partie les mandats demandés, mais j'ai décidé d'y supprimer la clause des «visiteurs» demandée jusqu'à ce que j'aie statué sur sa légalité.

[10] Dans ses observations écrites, l'avocat du procureur général du Canada a admis avec raison qu'un juge ne pouvait pas licitement, en vertu de l'article 21 de la Loi, autoriser un employé du Service à identifier une cible et à prendre la décision d'utiliser des pouvoirs d'enquête intrusifs contre cette personne. L'avocat a reconnu que, en incluant une clause des «visiteurs» dans un mandat, le juge se trouverait à [TRADUCTION] «endosser à l'avance des décisions du Service quant à l'utilisation éventuelle de certains pouvoirs d'enquête au cours de la durée du mandat». Il a aussi reconnu que la clause des «visiteurs» [TRA-

meters established by the designated Federal Court judge issuing the warrant.” However, he submitted that the “clear parameters” limiting the “visitors” clause rendered it lawful. Counsel for the Attorney General of Canada attempted to justify the need for a “visitors” clause by indicating that a hostile intelligence service will often operate from within the confines of its own borders, but will “use delegations, joint ventures and short term visits as a means of gathering information in another country.” In those circumstances, he stated that it would be “very difficult” for the Service to investigate certain persons using “only non-warrant investigative techniques.” He further stated that “valuable intelligence as to the threat related activities of a hostile intelligence agency or terrorist organization may be lost.” Counsel for the Attorney General of Canada filed no supplementary affidavit evidence in this matter.

[11] In order to determine whether the “visitors” clause unlawfully delegates to a Service employee the functions of a judge under section 21 of the Act, it is important to refer to certain principles which have developed in the context of the section 8 Charter right [*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]] to be secure against unreasonable search or seizure.³ In the leading case of *Hunter et al v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. (as he then was), writing for the Court at page 158 of the judgment, construed section 8 of the Charter as guaranteeing “a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure”, and adopted a purposive approach in assessing the limitation inherent in the right. In terms of his analysis, two of the four factors which he considered in *Hunter et al v. Southam Inc.*, *supra*, are important for the purposes of the present case: the point at which the balance of interests must be assessed, and the person who must grant the authorization.

DUCTION] «permet un degré de délégation à un employé du Service d’exercer un pouvoir discrétionnaire à l’intérieur de paramètres fixés par le juge désigné de la Cour fédérale qui décerne le mandat». Il a toutefois avancé que les [TRADUCTION] «paramètres clairs» limitant la clause des «visiteurs» la rendaient licite. L’avocat du procureur général du Canada a tenté de justifier la nécessité de la clause des «visiteurs» en indiquant qu’un service de renseignement adverse conduit souvent ses activités à l’intérieur même des frontières de son pays, mais qu’il [TRADUCTION] «utilise les délégations, les entreprises conjointes et les visites de courtes durées comme moyens de recueillir des renseignements sur un autre pays». Il a affirmé que, dans ces circonstances, il serait [TRADUCTION] «très difficile» pour le Service de faire enquête sur certaines personnes en utilisant [TRADUCTION] «seulement des techniques d’enquête sans mandat». Il a ajouté que [TRADUCTION] «des renseignements précieux sur des activités constituant une menace qui sont exercées par une agence de renseignement d’un pays adverse ou par une organisation terroriste peuvent être perdus». L’avocat du procureur général du Canada n’a déposé aucune autre preuve par affidavit sur ce point.

[11] Afin de décider si la clause des «visiteurs» délègue illicitement à un employé du Service les pouvoirs qui sont conférés à un juge en vertu de l’article 21 de la Loi, il est important de se reporter à certains principes qui ont été dégagés dans le contexte de l’article 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] quant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives³. Dans l’arrêt de principe *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson (plus tard juge en chef), s’exprimant au nom de la Cour, à la page 158 des motifs, a interprété l’article 8 de la Charte comme garantissant «un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives» et a pris en considération le but recherché pour trouver la limite inhérente de ce droit. Dans le contexte de son analyse, deux des quatre facteurs qu’il a examinés dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, sont importants aux fins de l’espèce: quand

[12] With respect to the assessment of the balance of interests, Dickson J. determined at page 160 of the judgment that the purpose of protecting individuals “from unjustified state intrusions upon their privacy” could “only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation.” In that regard, he stated as follows [at pages 160-161]:

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

[13] Having outlined the necessity for prior authorization, Dickson J. addressed the important question concerning who must grant the authorization, by stating as follows at pages 161-162:

The purpose of a requirement of prior authorization is to provide an opportunity, before the event, for the conflicting interests of the state and the individual to be assessed, so that the individual's right to privacy will be breached only where the appropriate standard has been met, and the interests of the state are thus demonstrably superior. For such an authorization procedure to be meaningful it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the evidence as to whether that standard has been met, in an entirely neutral and impartial manner. At common law the power to issue a search warrant was reserved for a justice. In the recent English case of *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, Viscount Dilhorne suggested at p. 87 that the power to authorize administrative searches and seizures be given to “a more senior judge”. While it may be wise, in view of the

apprécier l'équilibre des droits et qui doit accorder l'autorisation.

[12] En ce qui a trait à l'appréciation de l'équilibre des droits, le juge Dickson a déterminé, à la page 160 des motifs, que cette protection des particuliers «contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée» ne pouvait «se faire . . . que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente». À cet égard, il a affirmé [aux pages 160 et 161]:

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l'esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux attentes des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

[13] Ayant établi la nécessité de l'autorisation préalable, je juge Dickson a examiné l'importante question de savoir qui doit accorder l'autorisation. Il a affirmé aux pages 161 et 162:

L'exigence d'une autorisation préalable vise à donner l'occasion, avant le fait, d'apprécier les droits opposés de l'État et du particulier, de sorte qu'on ne puisse porter atteinte au droit du particulier à la vie privée que si l'on a satisfait au critère approprié, et si la supériorité des intérêts de l'État peut être démontrée. Pour qu'un tel processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, la preuve offerte quant à la question de savoir si on a satisfait à ce critère. En *common law*, le pouvoir de décerner un mandat de perquisition était réservé à un juge de paix. Dans l'arrêt anglais récent *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, le vicomte Dilhorne laisse entendre, à la p. 87, que le pouvoir d'autoriser des fouilles, des perquisitions et des saisies administratives doit être

sensitivity of the task, to assign the decision whether an authorization should be issued to a judicial officer, I agree with Prowse J.A. that this is not a necessary precondition for safeguarding the right enshrined in s. 8. The person performing this function need not be a judge, but he must at a minimum be capable of acting judicially.

[14] In applying those principles to the statutory scheme at issue in the case before him, Dickson J. drew a clear distinction between investigatory and adjudicative functions, and concluded at pages 164-165 that the system of prior authorization mandated in the impugned legislation violated section 8 of the Charter on the basis that it failed to specify “a truly neutral and detached arbiter to authorize searches.” In his analysis on that point, he stated as follows at page 164:

In my view, investing the Commission or its members with significant investigatory functions has the result of vitiating the ability of a member of the Commission to act in a judicial capacity when authorizing a search or seizure under s. 10(3). This is not, of course, a matter of impugning the honesty or good faith of the Commission or its members. It is rather a conclusion that the administrative nature of the Commission’s investigatory duties (with its quite proper reference points in considerations of public policy and effective enforcement of the Act) ill-accords with the neutrality and detachment necessary to assess whether the evidence reveals that the point has been reached where the interests of the individual must constitutionally give way to those of the state. A member of the R.T.P.C. passing on the appropriateness of a proposed search under the *Combines Investigation Act* is caught by the maxim *nemo judex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization.

[15] In short, Dickson J. concluded in *Hunter et al v. Southam Inc.*, *supra*, that, as a minimum constitutional requirement, the person authorizing a search must be either a judge or a person capable of acting judicially.

[16] The requirement that the judicial functions in authorizing a search or seizure not be delegated to an investigatory body was reinforced by the Supreme Court of Canada in the majority decision in *R. v.*

confié à [TRADUCTION] «un juge expérimenté». Bien qu’il puisse être sage, vu la nature délicate de cette tâche, de confier à un fonctionnaire judiciaire la décision d’accorder une autorisation, je suis d’accord avec le juge Prowse pour dire qu’il ne s’agit pas d’une condition préalable nécessaire pour sauvegarder le droit enchâssé à l’art. 8. Il n’est pas nécessaire que la personne qui exerce cette fonction soit un juge, mais elle doit au moins être en mesure d’agir de façon judiciaire.

[14] Appliquant ces principes au régime légal en cause dans l’affaire qu’il devait trancher, le juge Dickson a fait ressortir la distinction nette entre pouvoirs d’enquête et pouvoirs de décision et a conclu aux pages 164 et 165 que le système d’autorisation préalable créé par la législation contestée violait l’article 8 de la Charte au motif qu’il ne comportait pas l’exigence d’«un arbitre vraiment neutre et impartial pour autoriser les fouilles ou les perquisitions». Dans son analyse de ce point, il a affirmé à la page 164:

À mon avis, l’attribution à la Commission ou à ses membres de pouvoirs d’enquête importants a pour effet d’empêcher le membre de la Commission d’agir de façon judiciaire lorsqu’il autorise une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu du par. 10(3). Il ne s’agit pas, bien sûr, de mettre en doute l’honnêteté ou la bonne foi de la Commission ou de ses membres. C’est là plutôt une conclusion que la nature administrative des devoirs d’enquête de la Commission (qui a comme points de référence appropriés l’intérêt public et l’application efficace de la Loi) cadre mal avec la neutralité et l’impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu’on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l’État. Un membre de la CPRC qui examine l’opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est touché par la maxime *nemo judex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l’arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.

[15] Bref, le juge Dickson a conclu dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, que, comme exigence constitutionnelle minimale, la personne autorisant la fouille ou perquisition doit être soit un juge soit une personne pouvant agir de façon judiciaire.

[16] Dans l’arrêt rendu à la majorité *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, la Cour suprême du Canada a rappelé cette exigence que les pouvoirs de décision quant à l’autorisation d’une fouille, perquisition ou

Thompson, [1990] 2 S.C.R. 1111, in the following words of Sopinka J. at pages 1134-1135 of the judgment:

Unlike the authorization in *Grabowski*, the authorizations at issue do not permit the interception of communications of anyone anywhere within the province. It is limited in location to places resorted to by certain named individuals. A basket clause which would permit interception of any persons unknown to the police at the time of the application for the authorization and which would permit the police to intercept such communications at any place provided that there are reasonable and probable grounds to believe that the interception may assist in the investigation has been held to be invalid. The basis for that decision is that such a clause vests in the police the discretion to intercept the private communications of any or all persons if there are reasonable or probable grounds to believe that the interceptions would assist in the investigations, which is the function given by statute to the issuing judge: see *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (Ont. C.A.), aff'd [1987] 2 S.C.R. 291. Neither paragraph (c) nor (d) of the authorizations in this case is in that category. Each contains limitations. Paragraph (c) is limited to named persons. Paragraph (d) is limited to persons who resort to or use named premises or communicate with named persons. As to place, each is limited to places resorted to by five named individuals. It cannot therefore be said to delegate to the police the determination as to whether the interceptions would assist in the investigation. That was determined by the authorizing judge on the basis of the connection to the targets detailed above. [Emphasis added.]

[17] In the present case, the question to be determined is whether the proposed “visitors” clause unlawfully delegates to a Service employee the functions assigned to a judge by section 21 of the Act. In determining that question, the purpose and the import of the “visitors” clause must be considered. A review of each warrant as a whole confirms that the “visitors” clause, when read in context, is intended to supplement the “resort to” and “basket” clauses, by extending the ambit of the warrant and by permitting the use of all of its intrusive powers against certain persons in circumstances not covered by either of those two other clauses. In other words, if a person who would otherwise fall within the precise terms of the “visitors” clause either resorted to a place where interceptions of a target were occurring, or communicated with a target whose communications were being intercepted, his communications could lawfully be

saisie ne soient pas délégués à un organisme d’enquête. Aux pages 1134 et 1135, le juge Sopinka s’est exprimé dans les termes suivants:

Contrairement à l’autorisation en cause dans l’arrêt *Grabowski*, les autorisations visées en l’espèce ne permettent pas d’intercepter les communications de n’importe qui n’importe où dans la province. Elles sont limitées aux lieux et aux endroits fréquentés par certains individus nommés. Les tribunaux ont déclaré invalide une clause omnibus qui permettrait l’interception des communications de toute personne inconnue des policiers au moment de la demande d’autorisation et qui permettrait aux policiers d’intercepter ces communications n’importe où, pourvu qu’il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que l’interception pourra être utile à l’enquête. Le fondement de cette décision est qu’une telle clause confère aux policiers le pouvoir discrétionnaire d’intercepter les communications privées de toute personne s’il existe des motifs raisonnables et probables de croire que les interceptions seraient utiles aux enquêtes, ce qui relève de la fonction que la loi attribue au juge qui accorde l’autorisation: voir les arrêts *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (C.A. Ont.), conf. [1987] 2 R.C.S. 291. En l’espèce, ni l’alinéa c) ni l’alinéa d) des autorisations ne relèvent de cette catégorie. Chacun contient des restrictions. L’alinéa c) est restreint aux personnes nommées. L’alinéa d) est restreint aux personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux désignés ou communiquent avec les personnes nommées. Quant aux lieux, chacun est limité aux lieux fréquentés par cinq individus nommés. On ne peut donc dire que les alinéas délèguent aux policiers le soin de décider si les interceptions seraient utiles à l’enquête. C’est le juge qui a donné les autorisations qui s’est prononcé à cet égard compte tenu des liens avec les cibles mentionnées précédemment. [Non souligné dans l’original.]

[17] En l’espèce, la question est de savoir si la clause des «visiteurs» demandée délègue illicitement à un employé du Service les pouvoirs assignés à un juge en vertu de l’article 21 de la Loi. Pour répondre à cette question, il faut examiner le but et la teneur de la clause des «visiteurs». L’examen de chaque mandat dans son ensemble confirme que la clause des «visiteurs», mise en contexte, a pour but de compléter la clause des «endroits fréquentés» et la clause «omnibus» en étendant la portée du mandat et en permettant l’utilisation de tous les pouvoirs d’enquête intrusifs du mandat contre certaines personnes dans des circonstances non prévues par l’une ou l’autre des deux autres clauses. Autrement dit, une personne à qui s’appliquerait par ailleurs précisément la clause des «visiteurs» et qui soit fréquenterait un endroit où il y aurait interceptions d’une cible, soit communiquerait avec une cible dont les communications seraient interceptées.

intercepted under the terms of the warrant, using either the “resort to” or the “basket” clause, as the case may be. In those circumstances, a “visitors” clause would not be necessary to permit the Service to lawfully intercept the “visitor’s” communications. The range of the “visitors” clause therefore extends significantly beyond that of either the “resort to” or the “basket” clause. In practical terms, the “visitors” clause would permit the Service to use the full range of intrusive powers in the warrant against a person, following an assessment by a Service employee of the available evidence and a determination by him that reasonable grounds exist to believe that the proposed target would engage in activities constituting a threat to the security of Canada. In other words, the “visitors” clause vests in a Service employee the discretion to apply the terms of the warrant against a person, without a judge ever scrutinizing the evidence to determine whether intrusive powers ought to be used against that individual. Under paragraph 21(2)(a) and subsection 21(3) of the Act, it is the judge hearing the *ex parte* application for a warrant who must satisfy himself that the facts establish reasonable grounds for believing that the issuance of a warrant is required. By arrogating that function to a Service employee, the “visitors” clause delegates to him the statutorily mandated functions of a judge.⁴ Nothing in the Act permits the judge’s function in paragraph 21(2)(a) and subsection 21(3) to be delegated. Furthermore, even if a delegation were permitted by the Act (which it is not), it would offend the minimum constitutional requirement in *Hunter et al v. Southam Inc.*, *supra*, in that it would empower a Service employee, who by the very nature of his position acts in an investigative and not in an adjudicative capacity, to assess evidence and to apply the full range of the intrusive powers in the warrant against a person. For these reasons, I have concluded that the terms of the “visitors” clause constitute an unlawful delegation to a Service employee of the functions accorded to a judge under paragraph 21(2)(a) and subsection 21(3) of the Act.

tées, pourrait licitement voir ses communications interceptées aux termes du mandat, eu égard soit à la clause des «endroits fréquentés», soit à la clause «omnibus», selon le cas. Dans ces circonstances, une clause des «visiteurs» ne serait pas nécessaire pour permettre au Service d’intercepter licitement les communications du «visiteur». La portée de la clause des «visiteurs» s’étend donc bien au-delà de la clause des «endroits fréquentés» ou de la clause «omnibus». En pratique, la clause des «visiteurs» permettrait au Service d’utiliser contre une personne tous les pouvoirs d’enquête intrusifs du mandat, à la suite d’une évaluation de la preuve disponible par un employé du Service et de sa décision qu’il y a des motifs raisonnables de croire que la cible visée se livrera à des activités qui constituent une menace à la sécurité du Canada. En d’autres termes, la clause des «visiteurs» confère à un employé du Service le pouvoir discrétionnaire d’appliquer les dispositions du mandat contre une personne, sans que jamais un juge n’examine la preuve pour déterminer si des pouvoirs d’enquête intrusifs devraient être utilisés contre cette personne. En vertu de l’alinéa 21(2)a) et du paragraphe 21(3) de la Loi, c’est le juge saisi *ex parte* de la demande de mandat qui doit lui-même être convaincu que les faits établissent l’existence de motifs raisonnables de croire à la nécessité de la délivrance d’un mandat. En attribuant ce pouvoir à un employé du Service, la clause des «visiteurs» lui délègue les pouvoirs que la loi confie à un juge⁴. Rien dans la Loi ne permet la délégation des pouvoirs conférés au juge en vertu de l’alinéa 21(2)a) et du paragraphe 21(3). En outre, même si la Loi permettait la délégation (ce qui n’est pas le cas), cela contreviendrait à l’exigence constitutionnelle minimale établie dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, en ce sens qu’elle habiliterait un employé du Service, qui, de par la nature même de son poste, exerce des pouvoirs d’enquête et non des pouvoirs judiciaires, à apprécier la preuve et à appliquer contre une personne l’ensemble des pouvoirs d’enquête intrusifs du mandat. Pour ces motifs, je conclus que les dispositions de la clause des «visiteurs» constituent une délégation illicite à un employé du Service des pouvoirs conférés à un juge en vertu de l’alinéa 21(2)a) et du paragraphe 21(3) de la Loi.

[18] In his written submissions, counsel for the Attorney General of Canada stated that it would be

[18] Dans ses observations écrites, l’avocat du procureur général du Canada a affirmé qu’il serait

“very difficult for the Service to investigate threat related activity” in the circumstances envisaged by the “visitors” clause “using only non-warrant investigative techniques [sic].” As I indicated previously, the Service may use the “resort to” or “basket” clauses in its investigations of such persons. Furthermore, if evidence exists for a Service employee to consider under a “visitors” clause, that evidence is equally available to be placed before a judge on an emergency application. Indeed, a judge is on duty, twenty-four hours a day, to hear precisely such matters. The fact that it may be more expedient for a Service employee to perform the function is patently irrelevant.

[19] From time to time, it is useful to recall that the purpose of the judicial control mandated by section 21 of the Act is to ensure an objective, detached analysis of the facts asserted in the application for a warrant in order to determine whether the interests of the state should prevail over a person’s constitutional right to be secure from unreasonable search and seizure. As stated by Mahoney J.A. in *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107 (C.A.), at page 140 “the credibility of the Service has a direct and positive, but by no means exclusive, dependency on the credibility of the judicial presence in the system”. Although it should be unnecessary to state the obvious, steps should never be taken to undermine or to diminish the statutory functions of the designated judges under the Act.

[20] The application to include a “visitors” clause in the warrants is therefore dismissed.

¹ S. 21 of the Act is reproduced in Schedule A to these reasons for order.

² Another variation of the “visitors” clause substitutes the words “as a known member of X group” for the words “as a known intelligence officer.”

³ S. 8 of the Charter provides as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

⁴ Even counsel for the Attorney General of Canada conceded that the “visitors” clause permits a “degree of delegation” to a Service employee.

[TRADUCTION] «très difficile pour le Service de faire enquête sur des activités qui représentent une menace», dans les circonstances envisagées par la clause des «visiteurs», [TRADUCTION] «en utilisant seulement des techniques d’enquête sans mandat». Comme je l’ai indiqué précédemment, le Service peut utiliser la clause des «endroits fréquentés» et la clause «omnibus» pour faire enquête sur ces personnes. En outre, si la preuve est telle qu’elle permet à un employé du Service d’examiner l’opportunité d’une clause des «visiteurs», cette même preuve peut tout aussi bien être présentée à un juge par voie de demande d’urgence. En fait, un juge est de service, vingt-quatre heures par jour, précisément pour l’audition de telles demandes. Le fait qu’il puisse être plus pratique qu’un employé du Service exerce ce pouvoir est absolument sans pertinence.

[19] À l’occasion, il est utile de rappeler que le but du contrôle judiciaire créé par l’article 21 de la Loi est de garantir une analyse objective et impartiale des faits allégués dans la demande de mandat pour qu’il puisse être déterminé si les intérêts de l’État doivent l’emporter sur le droit constitutionnel d’un particulier d’être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Comme le juge Mahoney, J.C.A., l’a affirmé dans l’arrêt *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.), à la page 140, «la crédibilité du Service dépend de façon directe et indiscutable, mais aucunement de façon exclusive, de la crédibilité de la présence judiciaire au sein du système». Bien que cela aille sans dire, rien ne devrait jamais être fait pour altérer ou diminuer les pouvoirs que la Loi confère expressément aux juges.

[20] La demande d’inclusion d’une clause des «visiteurs» dans les mandats est par conséquent rejetée.

¹ L’art. 21 de la Loi est reproduit en annexe A des présents motifs d’ordonnance.

² Dans une autre version de la clause des «visiteurs», les mots «comme étant membres du groupe X» sont substitués à «comme étant des agents de renseignement».

³ L’art. 8 de la Charte porte que:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

⁴ Même l’avocat du procureur général du Canada a admis que la clause des «visiteurs» permet un certain «degré de délégation» à un employé du Service.

SCHEDULE "A"*Canadian Security Intelligence Service Act*PART II
JUDICIAL CONTROL

21. (1) Where the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the approval of the Minister, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

ANNEXE «A»*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*PARTIE II
CONTRÔLE JUDICIAIRE

21. (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16.

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants:

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

c) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

(h) any previous application made in relation to a person identified in the affidavit pursuant to paragraph (d), the date on which the application was made, the name of the judge to whom each application was made and the decision of the judge thereon.

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing; or

(c) to install, maintain or remove any thing.

(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;

(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.

(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or

(b) one year in any other case.

h) la mention des demandes antérieures touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas (2)a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents ou objets. À cette fin, il peut autoriser aussi, de leur part:

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.

(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes:

a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;

b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale:

a) de soixante jours, lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue à l'article 2;

b) d'un an, dans tout autre cas.

A-757-95 (T-642-94)

Douglas Dean (*Appellant*)

v.

Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division and Ted A. Blanchard, an Adjudicator Appointed Pursuant to the Provisions of the *Canada Labour Code* (Respondents)

A-758-95 (T-644-94)

Hugh Davis (*Appellant*)

v.

Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division and Ted A. Blanchard, an Adjudicator Appointed Pursuant to the Provisions of the *Canada Labour Code* (Respondents)

A-759-95 (T-645-94)

Michael Carew (*Appellant*)

v.

Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division and Ted A. Blanchard, an Adjudicator Appointed Pursuant to the Provisions of the *Canada Labour Code* (Respondents)

INDEXED AS: BEOTHUK DATA SYSTEMS LTD., SEAWATCH DIVISION v. DEAN (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and McDonald JJ.A.—St. John's, July 4; Ottawa, August 28, 1997.

Construction of statutes — Canada Labour Code, s. 240(1)(a), permitting any person completing 12 consecutive months of continuous employment to make unjust dismissal complaint — Appellants employed 10 to 12 weeks per year for more than 10 years when dismissed — Motions Judge holding s. 240(1)(a) requiring 12 consecutive months of continuous work based on use of verb “travailler” in French version — Applying shared meaning rule, holding French text should prevail as English version uncertain — Not discussing Parliament's intention in enacting unjust dismissal provisions — Where one language version capable of broader meaning, issue which meaning best according with Parliament's intention in enacting both versions —

A-757-95 (T-642-94)

Douglas Dean (*appellant*)

c.

Beothuk Data Systems Limited, Division Seawatch et Ted A. Blanchard, artibre nommé conformément aux dispositions du *Code canadien du travail* (intimés)

A-758-95 (T-644-94)

Hugh Davis (*appellant*)

c.

Beothuk Data Systems Limited, Division Seawatch et Ted A. Blanchard, artibre nommé conformément aux dispositions du *Code canadien du travail* (intimés)

A-759-95 (T-645-94)

Michael Carew (*appelant*)

c.

Beothuk Data Systems Limited, Division Seawatch et Ted A. Blanchard, artibre nommé conformément aux dispositions du *Code canadien du travail* (intimés)

RÉPERTORIÉ: BEOTHUK DATA SYSTEMS LTD., DIVISION SEAWATCH c. DEAN (C.A.)

Cour d'appel, juge en chef Isaac et juges Stone et McDonald, J.C.A.—St. John's, 4 juillet; Ottawa, 28 août 1997.

Interprétation des lois — L'art. 240(1)a du Code canadien du travail permet à toute personne ayant complété 12 mois consécutifs d'emploi continu de déposer une plainte pour congédiement injustifié — Les appelants avaient travaillé pendant 10 à 12 semaines par année pendant plus de 10 ans au moment de leur congédiement — Se fondant sur l'utilisation du verbe «travailler» dans la version française, le juge des requêtes a conclu que l'art. 240(1)a exige 12 mois consécutifs de travail continu — En appliquant le principe du sens commun, il a conclu que la version française devait prévaloir étant donné que la version anglaise était ambiguë — Il n'a pas discuté de ce qu'était l'intention du législateur au moment où il a adopté les

Objective of unjust dismissal provisions to afford non-unionized workers within federal jurisdiction protection similar to that enjoyed by unionized workers under collective agreements — Court ought to resolve in favour of complainants any variance between English, French texts respecting qualifying conditions for such protection — S. 240(1)(a) not intended as onerous exclusionary provision excluding from Code's protection all seasonal employees — If employment, work interpreted as synonymous, all seasonal employees excluded from Code's protection because any period not working for salary rupturing employment relationship — Parliament intending s. 240(1)(a) to avoid potential for overload of applications — Employment relationship, not active work, important — French version originally identical to English — Changed under authority of Statute Revision Act — Statute Revision Commission exceeding powers in changing substance of legislation — Amendment to Canada Labour Standard Regulations, s. 29 (deeming absence from employment as result of lay-off not interruption of continuity of employment), after these complaints filed, reflecting state of law at time of enactment — Interpretation Act, s. 45 providing amendment not deemed to involve declaration law changed or any declaration as to previous state of law.

Labour relations — Appellants working 10 to 12 weeks per year for more than 10 years as river guardians — Initially employed by Department of Fisheries and Oceans, then by Beothuk, successful contractor, on call-back basis — Since 1988 Department exercising option to renew contract — Canada Labour Code, s. 240(1)(a) permitting any person completing 12 consecutive months of continuous employment to file complaint of unjust dismissal — Requiring continuous employment relationship, not continuous work — Question of fact whether employment relationship surviving annual lay-off — Application of s. 240(1)(a) to facts within Adjudicator's expertise — Motions Judge ought to have accorded deference to Adjudicator's finding on evidence appellants permanent seasonal employees whose employment relationship not interrupted by annual lay-off.

dispositions concernant le congédiement injuste — Lorsqu'une version peut avoir un sens plus large que l'autre, la question à trancher est de savoir quel est le sens qui correspond le mieux à l'intention qu'avait le législateur en adoptant les deux versions — L'objectif des dispositions concernant le congédiement injuste était d'offrir aux travailleurs non syndiqués relevant des autorités fédérales une protection semblable à celle dont bénéficiaient les travailleurs syndiqués régis par des conventions collectives — La Cour doit interpréter en faveur des plaignants toute disparité entre les versions anglaise et française concernant les conditions d'admissibilité à une telle protection — L'art. 240(1)a n'a pas été conçu comme une disposition d'exclusion onéreuse qui prive des protections assurées par le Code tous les employés saisonniers — Si emploi et travail sont interprétés comme étant synonymes, tous les employés saisonniers sont exclus des protections offertes par le Code, parce que toute période au cours de laquelle l'employé ne travaille pas en contrepartie d'un salaire interrompt la relation d'emploi — En adoptant l'art. 240(1)a, le législateur avait l'intention d'éviter la possibilité qu'un trop grand nombre de demandes soient présentées — C'est la relation d'emploi et non la période de travail actif qui compte — La version française était originellement identique à la version anglaise — Sa modification a été effectuée sous l'autorité de la Loi sur la révision des lois — La Commission de révision des lois a excédé ses pouvoirs en changeant le fond de la disposition — La modification de l'art. 29 du Règlement du Canada sur les normes du travail (qui présume que l'absence de l'emploi par suite d'une mise à pied n'a pas pour effet d'interrompre la continuité de la relation d'emploi), après le dépôt des plaintes, reflétait l'état du droit au moment de son adoption — L'art. 45 de la Loi d'interprétation prévoit que la modification d'un texte ne constitue pas une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes ni une déclaration sur l'état antérieur du droit.

Relations du travail — Les appelants avaient travaillé de 10 à 12 semaines par année pendant plus de 10 ans comme gardes-pêche — Initialement employés du ministère des Pêches et des Océans, puis de Beothuk, entrepreneur dont la soumission avait été retenue, sur une base de rappel — Depuis 1988, le Ministère a exercé son option de renouveler le contrat — L'art. 240(1)a du Code canadien du travail permet à toute personne ayant complété 12 mois consécutifs d'emploi continu de déposer une plainte pour congédiement injustifié — Exigence d'une relation d'emploi continue, non un travail continu — La question de savoir si la relation d'emploi a survécu à la mise à pied annuelle est une question de fait — L'application de l'art. 240(1)a aux faits relève des compétences spécialisées de l'arbitre — Le juge des requêtes aurait dû faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion de l'arbitre établissant que les appelants étaient des employés saisonniers permanents et que leur relation d'emploi n'était pas interrompue par leur mise à pied annuelle.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether issue of jurisdiction could be raised on judicial review of Adjudicator's decision appellants unjustly dismissed — Canada Labour Code, s. 243 providing every order of Adjudicator appointed under s. 242 final — Interpretation by Adjudicator of statutory conditions precedent to complaints validly filed under Canada Labour Code, s. 240(1) subject to review on correctness standard — Jurisdictional issues always alive, may be raised at any point in proceedings.

These were appeals from Trial Division judgments setting aside an Adjudicator's decisions that the appellants had been unjustly dismissed from their employment. The appellants were employed as river guardians, charged with ensuring public compliance with the *Fisheries Act* and regulations thereunder, for 10 to 12 weeks per year for more than 10 years, initially by the Department of Fisheries and Oceans and later by the respondent Beothuk, which had secured the contract to perform these services. Commencing in 1988, the contract contained an option clause which the Department could exercise to renew the contract prior to the beginning of each new season, but which did not guarantee renewal of the contract each year. The appellants' specific start date coincided with the beginning of the salmon angling season. There was no written employment contract and the appellants were not required to reapply for their positions. At the conclusion of each season, the appellants received a record of employment (needed to claim U.I. benefits) which indicated that the reason for layoff was a "shortage of work" and that the date of recall was "unknown". The appellants were dismissed in 1990 and appellant, Davis, was not rehired in 1991, although the Department had renewed the respondent's contract. They filed complaints pursuant to *Canada Labour Code*, section 240, which permits any person who has completed 12 consecutive months of continuous employment to make a complaint of unjust dismissal. The Adjudicator found that he had jurisdiction to hear the complaints, as paragraph 240(1)(a) refers to 12 consecutive months of continuous employment, not work. The appellants had established a consistent pattern of seasonal employment and the annual layoffs did not interrupt the employment relationship. The Motions Judge held that 12 consecutive months of continuous employment was intended to require the performance of at least 12 consecutive months of work. He recognized that the decision of an Adjudicator appointed under the Code is protected by the finality clause in subsection 243(1), but the Adjudicator's interpretation of subsection 240(1) was subject to review on a standard of correctness because it was a jurisdiction-conferring provision. The Motions Judge took issue with several decisions of adjudicators. In his view, the notion that employment could mean something other than active work derived from a misunderstanding of *Pioneer Grain Co. Ltd.*

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La question de la compétence pouvait-elle être soulevée au cours de la procédure de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle les appelants avaient été injustement congédiés? — L'art. 243 du Code canadien du travail prévoit que toute décision d'un arbitre nommé en vertu de l'art. 242 est définitive — L'interprétation donnée par un arbitre des conditions préalables, énoncées dans la loi, concernant la régularité du dépôt d'une plainte aux termes de l'art. 240(1) est assujettie à la norme de la justesse de la décision — Les questions de compétence peuvent être soulevées en tout temps et à toutes les étapes de l'instance.

Il s'agit d'appels de jugements de la Section de première instance annulant les décisions d'un arbitre qui a statué que les appelants avaient été injustement congédiés. Les appelants travaillaient comme gardes-pêche et étaient chargés de veiller à ce que le public respecte la *Loi sur les pêches* et les règlements établis en application de cette Loi, de 10 à 12 semaines par année depuis plus de 10 ans, d'abord pour le ministère des Pêches et des Océans et par la suite pour l'intimée Beothuk, qui avait obtenu un contrat pour la prestation de ces services. À compter de 1988, le contrat contenait une clause d'option de renouvellement du contrat que le Ministère pouvait exercer avant le début de chaque nouvelle saison de pêche, mais qui ne garantissait pas le renouvellement du contrat chaque année. La date précise de début du travail des appelants coïncidait avec l'ouverture de la saison de la pêche au saumon. Il n'y avait pas de contrat de travail écrit et les appelants n'étaient pas tenus de remplir une nouvelle demande d'emploi. À la fin de chaque saison, les appelants recevaient un relevé d'emploi (aux fins d'une demande de prestations d'assurance-chômage) qui indiquait que la raison de la mise à pied était le «manque de travail» et que la date de rappel était «inconnue». Les appelants ont été renvoyés en 1990 et l'appellant Davis n'a pas été réembauché en 1991, bien que le Ministère ait renouvelé le contrat de l'intimée. Ils ont déposé des plaintes conformément à l'article 240 du *Code canadien du travail*, qui permet à toute personne qui a complété 12 mois consécutifs d'emploi continu de déposer une plainte pour congédiement injustifié. L'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour entendre les plaintes, étant donné que l'alinéa 240(1)a) fait référence à 12 mois consécutifs d'emploi continu, et non de travail. Les appelants avaient établi un scénario cohérent d'emploi saisonnier et les mises à pied annuelles n'interrompaient pas la relation d'emploi. Le juge des requêtes a statué que l'expression travaille sans interruption depuis au moins douze mois exigeait l'accomplissement d'au moins douze mois consécutifs de travail. Il a reconnu que la décision d'un arbitre nommé en vertu du Code est protégée par le paragraphe 243(1), qui en consacre le caractère définitif, mais que l'interprétation que l'arbitre a donnée du paragraphe 240(1) est susceptible de contrôle quant à la justesse, car il s'agit d'une disposition attributive de compétence. Le juge des requêtes a remis en cause plusieurs décisions prises

v. *Kraus*. The Motions Judge placed considerable emphasis on the use of “travailler” (meaning “to work”) in the French version of paragraph 240(1)(a). Applying the shared meaning rule (i.e. where the two versions of bilingual legislation do not say the same thing, the meaning that is shared by both ought to be adopted unless this meaning is for some reason unacceptable) he held that the French text ought to prevail because the English version was uncertain. He did not consider Parliament’s intention in enacting the unjust dismissal provisions and the qualifying condition thereto in paragraph 240(1)(a). Finally, he interpreted the enactment of an amendment to *Canada Labour Standards Regulations*, section 29 (deeming absence from employment as a result of a layoff not to be an interruption of continuity of employment) after the appellants had filed their complaints, as meaning that without such a provision, a seasonal layoff did interrupt the continuity of an employment relationship. Since section 29 did not apply when the respondent laid the appellants off each season, the continuity of their employment relationship was interrupted. The Motions Judge concluded that the Adjudicator lacked jurisdiction to hear these complaints.

The issues were (1) whether the employer could raise the issue of jurisdiction upon judicial review; (2) whether the appellants met the requirements of *Canada Labour Code*, paragraph 240(1)(a); and (3) whether the amendment to section 29 of the Regulations was determinative of the finding that the appellants’ seasonal layoff did not constitute an “interruption of employment” for the purposes of paragraph 240(1)(a).

Held (McDonald J.A. dissenting), the appeals should be allowed.

Per Isaac C.J. (Stone J.A. concurring): (1) Notwithstanding the curial deference owed to tribunals protected by a privative clause, an interpretation by a tribunal of a statutory provision which confers jurisdiction upon it, or which limits the scope of its jurisdiction is to be reviewed on a correctness standard. The Motions Judge was justified in reviewing the Adjudicator’s interpretation of paragraph 240(1)(a) on that standard.

(2) A complainant who has maintained a continuous employment relationship with his employer for at least 12 consecutive months before he was dismissed is eligible, subject to the other qualifying conditions being satisfied, to file a complaint under the Code, even where the complainant may not have been engaged in active work for some part of that employment relationship.

par les arbitres. À son avis, la notion que l’emploi peut signifier autre chose qu’un travail actif découle d’une mauvaise interprétation de l’arrêt *Pioneer Grain Company Ltd. c. Kraus*. Le juge des requêtes a mis beaucoup d’accent sur l’utilisation du verbe «travailler» (signifiant «to work») de la version française du paragraphe 240(1)a). En appliquant le principe du sens commun (lorsque les deux versions d’un texte de loi bilingue ne disent pas la même chose, le sens qui est commun aux deux versions doit être retenu, à moins que, pour une raison quelconque, il ne soit inacceptable), il s’est dit d’avis que le sens du texte français doit prévaloir parce que les termes de la version anglaise ont une portée incertaine. Il n’a pas pris en considération ce qu’était l’intention du législateur au moment où il a adopté les dispositions relatives au congédiement injuste et la condition d’admissibilité énoncée à l’alinéa 240(1)a). Finalement, il a interprété l’adoption d’une modification à l’article 29 du *Règlement du Canada sur les normes du travail* (l’absence d’un employé au travail attribuable à une mise à pied ne doit pas être interprétée comme une interruption de la continuité d’un emploi) entrée en vigueur après que les appelants eurent déposé leurs plaintes comme signifiant que, avant l’adoption de cette disposition, la mise à pied saisonnière interrompait effectivement la continuité d’une relation d’emploi. Étant donné que l’article 29 ne s’appliquait pas lorsque l’intimée mettait à pied les appelants à la fin de chaque saison, il y avait interruption dans la continuité de leur relation d’emploi. Le juge des requêtes a conclu que l’arbitre n’avait pas compétence pour entendre les plaintes.

Les questions en litige étaient les suivantes: (1) l’employeur pouvait-il soulever la question de la compétence au cours d’une procédure de contrôle judiciaire; (2) les appelants respectaient-ils les conditions de l’alinéa 240(1)a) du *Code canadien du travail*; (3) la modification de l’article 29 du Règlement est-elle essentielle à la conclusion selon laquelle la mise à pied saisonnière des appelants n’interrompt pas la «continuité de l’emploi» pour les fins de l’alinéa 240(1)a)?

Arrêt (le juge McDonald, J.C.A., est dissident): les appels sont accueillis.

Le juge en chef Isaac (avec l’appui du juge Stone, J.C.A.): (1) Malgré la retenue judiciaire dont il faut faire preuve à l’égard des tribunaux protégés par une clause privative, l’interprétation donnée par un tribunal d’une disposition de la loi qui lui attribue sa compétence, ou qui en limite l’étendue, doit être examinée d’après la norme de la justesse de la décision. Le juge des requêtes était donc justifié d’examiner l’interprétation donnée par l’arbitre de l’alinéa 240(1)a) au regard de cette norme.

(2) Un plaignant qui a maintenu une relation d’emploi continue avec son employeur pendant au moins douze mois consécutifs avant d’être congédié peut, sous réserve qu’il respecte les autres conditions applicables, déposer une plainte en vertu du Code, même s’il n’a pas travaillé activement pendant une certaine partie de cette relation d’emploi.

The Motions Judge erred in applying the shared meaning rule to resolve the conflict between the English and French versions of paragraph 240(1)(a) without due regard for the legislative purpose which motivated enactment of the provision. One language version was capable of a broader meaning than the other, and the issue to be decided was which meaning best accorded with Parliament's intention in enacting both versions. The objective of the unjust dismissal provisions was to afford non-unionized workers within federal jurisdiction protection against unjust dismissal similar to that enjoyed by unionized workers under collective agreements. Therefore, any variance between the English and French texts respecting the qualifying conditions for such protection ought to be resolved in favour of complainants. On this basis, paragraph 240(1)(a) was not intended as an onerous exclusionary provision which would exclude from the protections provided by the Code all employees not engaged in active work for 12 uninterrupted months prior to their dismissal, whether or not they had long-standing relationships with their employers. Employment and active work are not necessarily synonymous in the context of paragraph 240(1)(a). Such an interpretation would inevitably exclude all seasonal employees from the Code protections regardless of the permanency of their employment because any period where an employee is not working for a salary, other than a yearly layoff of a *de minimis* duration, would rupture the employment relationship. If Parliament intended, by paragraph 240(1)(a), to exclude this class of non-unionized employees entirely from the protections afforded by the Code, such an intention should have been expressed in clear terms.

In enacting paragraph 240(1)(a) as a form of minimum seniority requirement, Parliament intended to avoid the potential for an overload of applications under the Code and the resulting administrative stresses that would ensue, recognizing that the vast majority of discharges occur within the first year of employment. Parliament also intended to provide employers with a grace period within which to evaluate the work of new employees without having to fear the premature application of the Code.

When the unjust dismissal provisions were added to the *Canada Labour Code* the French version was virtually identical in meaning to the English version. In 1984 the French version only was changed under the authority of the *Statute Revision Act* which permitted revisions which did not change the substance of the enactment. The Statute Revision Commission changed the substance of the legislation without statutory authority. Therefore the French version, as enacted prior to the amendment in 1984, is more properly reflective of Parliament's original intent in enacting the provision.

Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant le principe du sens commun pour résoudre le conflit entre les versions française et anglaise de l'alinéa 240(1)a sans tenir dûment compte de l'objectif que poursuivait le législateur lors de l'adoption de la disposition. Une version avait un sens plus large que l'autre, et la question à trancher est alors de savoir quel est le sens qui correspond le mieux à l'intention qu'avait le législateur en adoptant les deux versions. L'objectif des dispositions relatives au congédiement injuste était d'offrir aux travailleurs non syndiqués relevant des autorités fédérales une protection contre le congédiement injuste semblable à celle dont bénéficiaient les travailleurs syndiqués régis par des conventions collectives. Il faut donc interpréter en faveur des plaignants toute disparité entre les versions française et anglaise concernant les conditions d'admissibilité à une telle protection. À partir de ce raisonnement, il faut conclure que le législateur n'avait pas l'intention de faire de l'alinéa 240(1)a une disposition d'exclusion onéreuse qui prive des protections assurées par le Code tous les employés qui ne travaillent pas activement pendant douze mois sans interruption avant d'être congédiés, qu'ils aient ou non des relations de longue durée avec leurs employeurs. Les termes emploi et travail actif ne sont pas nécessairement synonymes dans le contexte de l'alinéa 240(1)a. Une telle interprétation de la disposition aurait inévitablement pour effet d'exclure tous les employés saisonniers des protections offertes par le Code, abstraction faite de la permanence de leur emploi, parce que toute période au cours de laquelle l'employé ne travaille pas en contrepartie d'un salaire, à l'exception d'une mise à pied annuelle de courte durée, interrompt la relation d'emploi. Si le législateur avait eu l'intention en adoptant l'alinéa 240(1)a d'exclure entièrement cette catégorie de travailleurs non syndiqués des protections offertes par le Code, il aurait exprimé cette intention en termes clairs.

En adoptant l'alinéa 240(1)a à titre de condition minimale au niveau de l'ancienneté, le législateur avait l'intention d'éviter la possibilité qu'un trop grand nombre de demandes soient présentées en vertu du Code, et les pressions administratives qui pourraient en résulter, en reconnaissant que la grande majorité des congédiements se produisent pendant la première année d'emploi. Le législateur avait aussi l'intention d'offrir aux employeurs une période de grâce à l'intérieur de laquelle ils peuvent évaluer le travail des nouveaux employés sans craindre l'application prématurée du Code.

Lorsque les dispositions relatives au congédiement injuste ont été adoptées pour la première fois dans le *Code canadien du travail*, la version française avait un sens pratiquement identique à celui de la version anglaise. En 1984, la version française a été modifiée en vertu de la *Loi sur la révision des lois*, qui permettait des modifications qui ne changeaient pas le fond de la loi. La Commission de révision des lois a modifié, sans en avoir le pouvoir légal, le fond de la disposition. Par conséquent, la version française qui avait été adoptée avant la modification de 1984

The Motions Judge erred in holding that *Pioneer Grain* stood for the narrow proposition that the continuity of the ongoing employment relationship of a permanent employee is unaffected by a yearly layoff of a *de minimis* duration. Clearly, the Court did not rely on the *de minimis* concept in reaching its conclusion. It was implicit in the reasoning in *Pioneer Grain* that it is the duration of the period of employment, and not the period of active work, that is relevant to paragraph 240(1)(a). Seasonal employees may qualify for protection under the unjust dismissal provisions, provided their employment relationships could be construed as surviving the annual layoff unbroken. It is a factual determination which requires construing the intentions of both parties by looking at all of the relevant circumstances of the employment. Application of paragraph 240(1)(a) to the facts (i.e. the determination of whether the employment relationship did in fact last uninterrupted for at least 12 consecutive months) was within the expertise of the Adjudicator. The Motions Judge ought to have accorded deference to the Adjudicator's finding on the evidence that the appellants were permanent seasonal employees whose employment relationship was not interrupted by their annual layoff. By interpreting the qualifying condition in paragraph 240(1)(a) as requiring 12 consecutive months of uninterrupted work, the Motions Judge failed to follow the binding decision of the Court in *Pioneer Grain*.

(3) It is more likely that the purpose of the amendment to Regulations, section 29 was to reflect for greater certainty, the state of the law as it existed at the time of the enactment. *Interpretation Act*, section 45 provides that an amendment shall not be deemed to involve a declaration that the law had changed, or any declaration as to the previous state of the law.

Per McDonald J.A. (dissenting): (1) Jurisdictional issues are always alive and may be raised at any point in the proceedings. Simply because a Minister believes a dispute to be subject to federal jurisdiction does not mean that it necessarily is a matter within federal jurisdiction.

(2) The existence of an option to renew the contract with Beothuk was insufficient to maintain the employment relationship from year to year. There was no guarantee that Beothuk would be awarded the contract in any future year. It would be unreasonable to conclude that the employees had a subsisting employment relationship from year to year when the employer could not guarantee work from year to year. The employment was more properly viewed as a series of fixed term contracts. The practice of recall did not

reflète de façon plus appropriée l'intention du législateur au moment de l'adoption de la disposition en question.

Le juge des requêtes a commis une erreur en statuant que *Pioneer Grain* appuie simplement le principe limité selon lequel, dans les cas ayant trait à des employés permanents, une mise à pied annuelle d'une «courte durée» n'interrompt pas automatiquement la continuité de cet emploi permanent. Il est clair que la Cour ne s'est pas appuyée sur ce concept de «courte durée» pour parvenir à sa conclusion. Il ressort implicitement du raisonnement tenu dans *Pioneer Grain* que c'est la durée de la période d'emploi, et non la période de travail actif, qui est pertinente aux fins de l'alinéa 240(1)a). Les employés saisonniers peuvent se prévaloir de la protection offerte par les dispositions concernant le congédiement injuste, pourvu que l'on puisse conclure que leur relation d'emploi a survécu à leur mise à pied annuelle. Il s'agit là d'une décision de fait qui exige que les intentions des deux parties soient interprétées au regard de l'ensemble des circonstances relatives à l'emploi. L'application de l'alinéa 240(1)a) aux faits de l'espèce (c'est-à-dire à la question de savoir si la relation employeur-employé avait en fait été maintenue pendant au moins douze mois consécutifs) relèvait des connaissances spécialisées de l'arbitre. Le juge des requêtes aurait dû faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion de l'arbitre établissant que les appelants étaient des employés saisonniers permanents et que leur relation d'emploi n'était pas interrompue par leur mise à pied annuelle. En interprétant la condition d'admissibilité énoncée à l'alinéa 240(1)a) comme exigeant douze mois consécutifs de travail sans interruption, le juge des requêtes s'est en fait écarté de la décision obligatoire de la Cour dans *Pioneer Grain*.

(3) Il est plus vraisemblable que la modification apportée à l'article 29 du Règlement ait eu pour objet de refléter, pour en accroître la certitude, l'état du droit tel qu'il existait au moment de l'adoption de cette modification. L'article 45 de la *Loi d'interprétation* prévoit que la modification d'un texte ne constitue pas une déclaration portant que les règles de droit ont changé ou une déclaration sur l'état antérieur du droit.

Le juge McDonald, J.C.A. (*dissident*): (1) Les questions de compétence peuvent être soulevées en tout temps et à toutes les étapes de l'instance. Le simple fait que le ministre croit qu'un différend relève de la compétence fédérale ne signifie pas nécessairement que tel est le cas.

(2) L'existence d'une option de renouvellement du contrat avec la BDS est insuffisante pour maintenir la relation d'emploi d'une année à l'autre. Il n'y avait aucune garantie que Beothuk obtienne le contrat dans les années suivantes. Il semble déraisonnable de conclure que la relation entre les employés et leur employeur ait pu subsister, alors que l'employeur ne pouvait leur garantir de travail d'une année à l'autre. L'emploi est plus justement décrit comme une série de contrats à durée déterminée. La pratique de rappel

establish a continuing employment relationship. The lack of certainty associated with the acquisition of a new contract overrode the employer's recall practices.

The change in wording by the Statute Revision Commission, in so far as it changed the sense of the French version of paragraph 240(1)(a), was done without proper authority, rendering the current French version of limited assistance.

Pioneer Grain did not extend the scope of paragraph 240(1)(a) to include all seasonal workers, but subsequent application of *Pioneer Grain* by adjudicators did. The Trial Judge correctly concluded that this subsequent consideration of *Pioneer Grain* extended the decision beyond its intended scope. Furthermore, *Pioneer Grain* was distinguishable in that the specification of a restart date suggested that the employment relationship continued during the lay-off period, unlike the situation herein where such a date could not have been specified, as the availability of future work was contingent on the employer successfully bidding for the work the following year. Also, in *Pioneer Grain* the employer was not dependent upon a successful contract bid to renew the claimant's employment. The employee was laid off because environmental conditions precluded the necessary work from being done, unlike this case where there was a specified employment contract which was completed at the end of each year. There is no continuing employment relationship throughout the year when there is no remaining work and no confirmed prospect of work until the contract is renewed.

Paragraph 240(1)(a) raised a presumption that seasonal workers would not be covered, and the Regulations, prior to the amendment to section 29, were silent as to whether seasonal workers were covered. That presumption then remained, and was not disturbed by *Pioneer Grain*. The amendment demonstrated that Parliament intended for seasonal workers to be afforded the protection of section 240. Previous to that amendment, the language chosen by Parliament offered no exception for seasonal workers. A line of adjudicative decisions which extended a decision of this Court beyond its intended scope was not sufficient to change the intention of Parliament as evidenced by the language of the statute and Regulations as they existed at the time of the layoff.

As to public policy considerations, stretching the language of subsection 240(1)(a) to include that which it clearly was not meant to include would effectively negate one of the gatekeeper functions of subsection 240(1). The denial of the protection of the *Canada Labour Code* did not deprive these

au travail n'établit pas une relation d'emploi continue. L'incertitude associée à l'octroi d'un nouveau contrat l'emporte sur les pratiques de rappel suivies par l'employeur.

Le changement de formulation effectué par la Commission de révision des lois, dans la mesure où il a modifié le sens de la version française de l'alinéa 240(1)a, a été fait illégalement, et restreint grandement l'utilité de cette version.

L'arrêt *Pioneer Grain* n'a pas pour effet d'étendre la portée de l'alinéa 240(1)a à tous les travailleurs saisonniers, mais les arbitres ont par la suite donné cette portée à l'arrêt *Pioneer Grain*. Le juge de première instance a conclu avec raison que cette façon d'analyser l'arrêt *Pioneer Grain* étendait la portée de la décision au-delà de celle que la Cour avait eu l'intention de lui donner. En outre, une distinction d'avec *Pioneer Grain* peut être établie quant au fait que la fixation d'une date de reprise du travail laissait présumer que la relation d'emploi subsistait pendant la période de mise à pied, au contraire de la situation en l'espèce où une telle date ne pouvait être précisée étant donné que la disponibilité du travail à venir dépendait de la capacité de l'employeur à obtenir le contrat pour assurer le travail de l'année suivante. De plus, dans *Pioneer Grain*, il n'était pas question de la capacité de l'employeur d'obtenir un contrat en participant à un appel d'offres pour renouveler l'emploi du plaignant. L'employé était mis à pied parce que les conditions climatiques l'empêchaient d'effectuer les travaux nécessaires, au contraire de l'espèce où l'on est en présence d'un contrat d'emploi précis se terminant à la fin de chaque année. Aucune relation d'emploi n'a été maintenue pendant toute l'année alors qu'il n'y avait plus de travail à faire et qu'il n'y avait aucune confirmation des possibilités de travail tant que le contrat n'était pas renouvelé.

L'alinéa 240(1)a crée une présomption que les travailleurs saisonniers ne sont pas protégés, et, avant la modification de son article 29, le Règlement n'indiquait nulle part si les travailleurs saisonniers étaient visés. La présomption n'a donc pas été réfutée et elle n'a pas été perturbée par l'arrêt *Pioneer Grain*. La modification démontre que le législateur avait l'intention d'accorder aux travailleurs saisonniers la protection de l'article 240. Avant cette modification, le libellé retenu par le législateur ne faisait pas d'exception pour les travailleurs saisonniers. Une série de décisions arbitrales qui ont élargi la portée d'une décision de la présente Cour au-delà de l'intention de cette dernière n'est pas suffisante pour modifier l'intention du législateur qui ressort du libellé de la loi et du Règlement tels qu'ils existaient au moment de la mise à pied des employés.

Quant aux considérations d'ordre public, élargir le libellé de l'alinéa 240(1)a pour inclure ce que le législateur n'a manifestement pas voulu y inclure va en fait à l'encontre de l'une des fonctions de contrôle qui a été donnée au paragraphe 240(1). Le refus d'accorder la protection du *Code*

employees of a right of action against their employer. They have remedies at common law.

canadien du travail à ces appelants ne les prive pas d'un droit d'action contre leur employeur. Ils ont des droits de recours en common law.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.
- An Act to amend the Canada Labour Code and the Financial Administration Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9.
- Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21).
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 167(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 5; 1993, c. 38, s. 90), 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 242 (as am. *idem*, s. 16), 243.
- Canada Labour Standards Regulations*, C.R.C., c. 986, s. 29 (as am. by SOR/91-461, s. 29).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(12).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 5 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 2).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 44, 45(2),(3).
- Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 13.
- Statute Revision Act*, S.C. 1974-75-76, c. 20, s. 6.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada Post Corp. v. Pollard, [1994] 1 F.C. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.); *Pioneer Grain Co. Ltd. v. Kraus*, [1981] 2 F.C. 815; (1981), 123 D.L.R. (3d) 48; 36 N.R. 395 (C.A.); *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Bell Canada v. Cowan*, Adjudicator D. G. Pyle, judgment dated 19/8/87; *Reigate Rural District Council v. Sutton District Water Company*; *Ewart, Third Party* (1908), 99 L.T.R. 168 (K.B.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 167(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 5), 240 (mod., *idem*, art. 15), 242 (mod., *idem*, art. 16), 243.
- Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 61.5 (édité par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 21).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n^o 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5], art. 91(12).
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44, 45(2),(3).
- Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, ch. 27, art. 21.
- Loi modifiant le Code canadien du travail et la Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
- Loi sur la révision des lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 20, art. 6.
- Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 13.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 5 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 2).
- Règlement du Canada sur les normes du travail*, C.R.C., ch. 986, art. 29 (mod. par DORS/91-461, art. 29).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Société canadienne des postes c. Pollard, [1994] 1 C.F. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.); *Pioneer Grain Co. Ltd. c. Kraus*, [1981] 2 C.F. 815; (1981), 123 D.L.R. (3d) 48; 36 N.R. 395 (C.A.); *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Bell Canada c. Cowan*, arbitre D. G. Pyle, jugement en date du 19-8-87; *Reigate Rural District Council v. Sutton District Water Company*; *Ewart, Third Party* (1908), 99 L.T.R. 168 (K.B.).

CONSIDERED:

Juster v. The Queen, [1974] 2 F.C. 398; (1974), 49 D.L.R. (3d) 256; [1974] CTC 681; 74 DTC 6540; 5 N.R. 219 (C.A.); *Food Machinery Corp. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] Ex. C.R. 266; [1946] 2 D.L.R. 258; (1944), 5 C.P.R. 76; 5 Fox Pat. C. 150; *The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; [1935] 3 D.L.R. 209; *R. v. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 411; (1974), 43 D.L.R. (3d) 393; 15 C.C.C. (2d) 193; 13 C.P.R. (2d) 97; 1 N.R. 299; *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

REFERRED TO:

Dominion Cannery Ltd. v. Costanza, [1923] S.C.R. 46; [1923] 1 D.L.R. 551; *Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council*, [1963] A.C. 808 (H.L.); *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (T.D.); *Norway House Indian Band v. Canada (Adjudicator, Labour Code)*, [1994] 3 F.C. 376; (1994), 75 F.T.R. 246 (T.D.); *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354; (1995), 126 D.L.R. (4th) 679; 95 CLLC 210-045; 185 N.R. 107 (C.A.); *Pierre Mongrain v. Pelee Island Transportation*, Adjudicator Abramowitz, judgment dated 12/8/86; *Re Beaudril v. Preignitz*, Adjudicator J. W. Samuels, judgment dated 27/10/86; *Ghislain Simard v. Cablevision Baie St-Paul Inc.*, Adjudicator Tousignant, judgment dated 27/9/89; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *R. v. Popovic et al.*, [1976] 2 S.C.R. 308; (1975), 62 D.L.R. (3d) 56; 25 C.C.C. (2d) 161; 32 C.R.N.S. 54; 7 N.R. 231; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Hirsch v. Protestant Board of School Commrs.*, [1926] S.C.R. 246; [1926] 2 D.L.R. 8; *Ottawa, City of, v. Canada Atlantic Ry. Co.* (1903), 33 S.C.R. 376; *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.); *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Juster c. La Reine, [1974] 2 C.F. 398; (1974), 49 D.L.R. (3d) 256; [1974] CTC 681; 74 DTC 6540; 5 N.R. 219 (C.A.); *Food Machinery Corp. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] R.C.É. 266; [1946] 2 D.L.R. 258; (1944), 5 C.P.R. 76; 5 Fox Pat. C. 150; *The King v. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; [1935] 3 D.L.R. 209; *R. c. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 411; (1974), 43 D.L.R. (3d) 393; 15 C.C.C. (2d) 193; 13 C.P.R. (2d) 97; 1 N.R. 299; *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

DÉCISIONS CITÉES:

Dominion Cannery Ltd. v. Costanza, [1923] R.C.S. 46; [1923] 1 D.L.R. 551; *Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council*, [1963] A.C. 808 (H.L.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (1^{re} inst.); *Bande indienne de Norway House c. Canada (Arbitre, Code du travail)*, [1994] 3 C.F. 376; (1994), 75 F.T.R. 246 (1^{re} inst.); *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354; (1995), 126 D.L.R. (4th) 679; 95 CLLC 210-045; 185 N.R. 107 (C.A.); *Pierre Mongrain c. Pelee Island Transportation*, arbitre Abramowitz, jugement en date du 12-8-86; *Re Beaudril c. Preignitz*, arbitre J. W. Samuels, jugement en date du 27-10-86; *Ghislain Simard c. Cablevision Baie St-Paul Inc.*, arbitre Tousignant, jugement en date du 27-9-89; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *R. c. Popovic et al.*, [1976] 2 R.C.S. 308; (1975), 62 D.L.R. (3d) 56; 25 C.C.C. (2d) 161; 32 C.R.N.S. 54; 7 N.R. 231; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Hirsch v. Protestant Board of School Commrs.*, [1926] R.C.S. 246; [1926] 2 D.L.R. 8; *Ottawa, City of, v. Canada Atlantic Ry. Co.* (1903), 33 R.C.S. 376; *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.); *Nokes v.*

1014 (H.L.); *Laberge v. Carbonneau et le Procureur Général de la Province de Québec* (1921), 30 B.R. 385 (Qué).

Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd., [1940] A.C. 1014 (H.L.); *Laberge c. Carbonneau et le Procureur Général de la Province de Québec* (1921), 30 B.R. 385 (Qué).

AUTHORS CITED

Christie, Innis *et al.* *Employment Law in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1993.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 England G. "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9.
 Grosman, M. Norman. *Federal Employment Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1990.
House of Commons Debates, Vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., 1977-78, at pp. 1831-1832.
 Munro, John C. "A Better Deal for Canada's Unorganized Workers", *The Labour Gazette*, 19 août 1977, at p. 347.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994.

APPEALS from Trial Division (*Beothuk Data Systems Ltd.*, *Seawatch Division v. Dean*, [1996] 1 F.C. 451; (1995), 102 F.T.R. 241 (T.D.)) judgments setting aside an adjudicator's decisions under *Canada Labour Code*, paragraph 240(1)(a) that the appellants had been unjustly terminated from their seasonal employment as river guardians. Appeals allowed.

COUNSEL:

Mark Kennedy for appellants.
Mark D. Murray for respondents.

SOLICITORS:

French Browne, St. John's, for appellants.
Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ISAAC C.J.: These are appeals from judgments of the Trial Division, pronounced on 20 October 1995 [[1996] 1 F.C. 451], allowing applications for judicial

DOCTRINE

Christie, Innis *et al.* *Employment Law in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1993.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
Débats de la Chambre des communes, vol. II, 3^e sess., 30^e Lég., 1977-78, aux pages 1831 et 1832.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 England G. «Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years» (1982), 12 *Man. L.J.* 9.
 Grosman, M. Norman. *Federal Employment Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1990.
 Munro, John C. "A Better Deal for Canada's Unorganized Workers", *The Labour Gazette*, 19 août 1977, à la page 347.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994.

APPELS de jugements rendus par la Section de première instance (*Beothuk Data Systems Ltd.*, *Seawatch Division c. Dean*, [1996] 1 C.F. 451; (1995), 102 F.T.R. 241 (1^{re} inst.)), qui ont annulé les décisions rendues par un arbitre en vertu de l'alinéa 240(1)a) du *Code canadien du travail*, selon lesquelles les appelants avaient été injustement congédiés de leur emploi saisonnier de gardes-pêche. Appels accueillis.

AVOCATS:

Mark Kennedy pour les appellants.
Mark D. Murray pour les intimées.

PROCUREURS:

French Browne, St. John's, pour les appelants.
Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John's, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC: Il s'agit d'appels de jugements de la Section de première instance, prononcés le 20 octobre 1995 [[1996] 1 C.F. 451], accueillant

review by Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (the respondent) and setting aside decisions of an adjudicator appointed under Part III of the *Canada Labour Code*¹ (the Adjudicator), which held that the appellants had been unjustly terminated from their employment with the respondent. The merits of the decision made by the Adjudicator are not in issue. Rather, the appeals raise a threshold jurisdictional question as to whether the appellants met the statutory conditions precedent for the appointment of an adjudicator under Part III of the Code. The three appeals were heard together, and these reasons are intended to dispose of all of them. A copy of the reasons will be filed in each of the files mentioned in the style of cause.

Facts

[2] These appeals relate to the termination by the respondent of the appellants from their employment as river guardians. River guardians are responsible for ensuring public compliance with, *inter alia*, the provisions of the *Fisheries Act*² and the regulations thereunder. The Act provides for the licensing, protection and conservation of the resources of all waters within the fishing zones of Canada and of internal waters.

[3] Prior to 1984, the appellants were employed on a seasonal basis as river guardians by the Department of Fisheries and Oceans (the Department). The Department hired Mr. Dean (Dean) and Mr. Davis (Davis) in 1978 and Mr. Carew (Carew) in 1980.

[4] In 1984, the Department began to contract out the work performed by river guardians. In each of the years 1984 to 1987, the respondent was successful in securing the seasonal contract to perform these services. The appellants were among the river guardians hired by the respondent in order to carry out its obligations under the contract. The duties performed by the appellants when they were employed by the respondent remained the same as they were when employed by the Department.

[5] In 1988, the respondent and the Department negotiated a contract designed to provide greater

des demandes de contrôle judiciaire présentées par la Beothuk Data Systems Limited, Division Seawatch (l'intimée), et annulant les décisions d'un arbitre nommé conformément à la partie III du *Code canadien du travail*¹ (l'arbitre), qui a statué que les appelants avaient été injustement congédiés par l'intimée. Le fond de la décision prise par l'arbitre n'est pas contesté. En fait, les appels soulèvent une question préliminaire au niveau de la compétence, quant à savoir si les appelants satisfaisaient aux conditions préalables prévues par la loi pour qu'un arbitre soit nommé conformément à la partie III du Code. Les trois appels ont été entendus ensemble, et les présents motifs s'appliquent à chacun d'entre eux. Une copie des motifs sera donc déposée dans chacun des dossiers mentionnés dans l'intitulé de la cause.

Les faits

[2] Les appels ont trait au congédiement par l'intimée des appelants qui travaillaient comme gardes-pêche. Les gardes-pêche sont chargés de veiller à ce que le public respecte, notamment, les dispositions de la *Loi sur les pêches*² et les règlements établis en application de cette Loi. La Loi prévoit l'octroi de permis, la protection et la conservation des ressources de toutes les eaux qui se trouvent dans les zones de pêche du Canada et de ses eaux intérieures.

[3] Avant 1984, les appelants étaient employés sur une base saisonnière comme gardes-pêche par le Ministère des Pêches et des Océans (le Ministère). Le Ministère a embauché M. Dean (Dean) et M. Davis (Davis) en 1978 et M. Carew (Carew) en 1980.

[4] En 1984, le Ministère a commencé à confier à des entrepreneurs privés le travail effectué par les gardes-pêche. De 1984 à 1987, l'intimée a réussi à obtenir les contrats saisonniers pour la prestation de ces services. Les appelants étaient au nombre des gardes-pêche embauchés par l'intimée pour s'acquitter de ses obligations prévues au contrat. Les tâches accomplies par les appelants en vertu de leur contrat de travail avec l'intimée sont demeurées les mêmes qu'à l'époque où ils travaillaient pour le Ministère.

[5] En 1988, l'intimée et le Ministère ont négocié un contrat ayant pour but de stabiliser leurs relations

stability to their business relationship. Instead of engaging in a new tender and bidding process each year, the parties negotiated a clause under which the Department could continue the agreement for successive years by exercising an option to renew the contract prior to the beginning of each new salmon angling season. The Department exercised that option in each of the years from 1988 until at least the date of the hearing before the Adjudicator in 1992. However, the option clause did not guarantee that the Department would renew the respondent's contract each year. The Adjudicator explained the contract as follows:

The contract is basically for a one year period (one season) but has an option provision whereby DSS [the Department of Supply and Services] may continue the agreement for successive years. These options were exercised in each of the years since 1988 which was the first year such a provision was contained in the agreement. When Government exercises the option provisions they do not go to tender and the contract remains with B.D.S. [the respondent]. Notwithstanding the option provisions the Company cannot count on more than a one year (season) contract and therefore, they cannot make employment commitments to River Guardians beyond any particular season. However, employees have a post season evaluation and if their performance has been good most of them are employed in the successive season. The company usually has a short period of notice on the outcome of the contract for each successive season and would not have sufficient time to recruit a staff of River Guardians each year.³

[6] The appellants were employed, first by the Department and then by the respondent, on a seasonal "call-back" basis, whereby they would commence active work each year on a date determined by their employer. The river guardians were employed for approximately 10 to 12 weeks per year, usually during the period from 15 June to 15 September. Their specific start date coincided with the beginning of the salmon angling season, when salmon begin their annual migration into inland waters. Notification of the date of commencement of employment for each new season was communicated to the appellants and to the other river guardians in an informal manner, usually by means of a telephone call from one of the respondent's managers. There was no written employment contract between the appellants and the respondent, and the appellants were not at any time required

d'affaires. Au lieu de reprendre chaque année le processus d'appel d'offres et de présentation des soumissions, les parties ont convenu d'une clause en vertu de laquelle le Ministère pouvait renouveler le contrat pendant plusieurs années consécutives en exerçant l'option prévue au contrat avant le début de chaque nouvelle saison de pêche au saumon. Le Ministère a exercé chaque année cette option, à tout le moins de 1988 jusqu'à la date de l'audience devant l'arbitre en 1992. Toutefois, cette option ne garantissait pas que le Ministère s'engageait à renouveler le contrat de l'intimée chaque année. L'arbitre explique le contrat dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le contrat est essentiellement d'une durée d'un an (une saison), mais renferme une option de renouvellement que le MAS [ministère des Approvisionnements et Services] peut exercer d'année en année. Le MAS a exercé cette option chaque année depuis 1988, première année où cette disposition a été incluse dans le contrat. Lorsque le gouvernement se prévaut des dispositions relatives à l'option de renouvellement, il ne lance pas d'appels d'offres et la B.D.S. [l'intimée] et conserve le contrat. Malgré les dispositions relatives à l'option de renouvellement, la compagnie ne peut compter sur plus d'un contrat d'un an (d'une saison) et elle ne peut donc pas assurer aux gardes-pêche un emploi pour plus d'une saison. Toutefois, les employés sont évalués après la saison et si leur rendement a été satisfaisant, la plupart d'entre eux sont réembauchés la saison suivante. La compagnie reçoit habituellement un bref préavis concernant l'octroi du contrat d'année en année, ce qui ne lui laisse pas suffisamment de temps pour recruter chaque année un nouvel effectif de gardes-pêche³.

[6] Les appelants ont donc travaillé, tout d'abord pour le Ministère, et ensuite pour l'intimée, sur une base saisonnière en vertu de laquelle ils étaient rappelés chaque année à une date fixée par leur employeur. Les gardes-pêche travaillaient activement pendant environ 10 à 12 semaines par année, habituellement du 15 juin au 15 septembre. La date précise de début du travail coïncidait avec l'ouverture de la saison de la pêche au saumon, qui commence quand le saumon entreprend sa migration annuelle vers les eaux intérieures. Les appelants et les autres gardes-pêche étaient avisés de la date du début du travail pour chaque nouvelle saison de façon informelle, habituellement par un appel téléphonique de l'un des gestionnaires de l'intimée. Il n'y avait pas de contrat écrit entre les appelants et l'intimée et les appelants n'étaient pas tenus de remplir une nouvelle demande d'emploi ou

to reapply for the position or to meet any other conditions of eligibility for recall.

[7] At the conclusion of each salmon angling season, the appellants and the other river guardians would receive from the respondent a record of employment (ROE) for the purpose, among others, of allowing them to apply for unemployment insurance benefits during the off-season. The ROEs provided that the reason for issuance was a "shortage of work" and that the date of recall was "unknown". The Adjudicator found that the pattern of seasonal employment was such that the appellants had a legitimate expectation that they would be recalled for work at the beginning of each new salmon angling season.

[8] Thus, the contracting out of the river guardian services from the Department to the respondent did not disrupt the appellants' employment. The appellants were employed as river guardians in each and every year from, in the case of Dean and Davis, 1978, and in the case of Carew, 1980, until they were terminated by the respondent. The evidence before the Adjudicator led him to conclude that the appellants had established a long-standing employment relationship, first with the Department and then with the respondent, as river guardians. He stated:

Since there was no interruption in their seasonal pattern of work over the entire period of their employment as River Guardians, first with the D.F.O. [the Department] and then with B.D.S. [the respondent], all three complainants were employed on a continuous seasonal basis, in the same capacity, for a period of over ten years.⁴

[9] Later, he concluded that the appellants were "permanent seasonal employees" of the respondent:

Although all three complainants usually found casual, temporary, or part time employment in their off season, I do not accept that as proof that they did not have a continuous employment relationship first with D.F.O. and then with B.D.S. as River Guardians for more than 10 years, whenever that work was available. It is my belief the complainants had a right to consider themselves as permanent seasonal employees as River Guardians; the fact they sought and sometimes found or created work in the off season, to supplement their income and remove themselves from total reliance on UI benefits is, in my opinion, to their credit and should not be used to their detriment.⁵ [Emphasis added.]

de respecter d'autres conditions d'admissibilité pour être rappelés au travail.

[7] À la fin de chaque saison de pêche, les appelants et les autres gardes-pêche recevaient de l'intimée un relevé d'emploi afin de leur permettre, notamment, de demander des prestations d'assurance-chômage pendant la saison morte. Le relevé d'emploi indiquait que la raison de la délivrance était le «manque de travail» et que la date de rappel était «inconnue». L'arbitre a jugé que le cycle d'emploi saisonnier était tel que les appelants avaient une attente légitime d'être rappelés au travail à l'ouverture de chaque nouvelle saison de pêche au saumon.

[8] Donc, le fait que les services de gardes-pêche aient été confiés par le Ministère à l'intimée n'a pas perturbé l'emploi des appelants. Ceux-ci ont été embauchés chaque année comme gardes-pêche depuis 1978, dans le cas de Dean et Davis, et depuis 1980, dans le cas de Carew, jusqu'à ce que l'intimée les congédie. La preuve dont était saisi l'arbitre l'a amené à conclure que les appelants avaient établi une relation d'emploi de longue durée, tout d'abord avec le Ministère et ensuite avec l'intimée, en tant que gardes-pêche. Il déclare ceci:

[TRADUCTION] Comme il n'y a pas eu d'interruption dans leur cycle saisonnier de travail de gardes-pêche, d'abord au M.P.O. [le Ministère] puis avec la B.D.S. [l'intimée], les plaignants ont tous les trois été engagés de façon continue chaque saison, au même titre, pendant plus d'une dizaine d'années⁴.

[9] Plus loin, il conclut que les appelants étaient des «employés saisonniers permanents» de l'intimée:

[TRADUCTION] Même si les trois plaignants ont habituellement travaillé de façon temporaire ou à temps partiel pendant la saison morte, je n'accepte pas ce fait comme étant la preuve qu'ils n'ont pas établi de relation de travail continue comme gardes-pêche d'abord avec le M.P.O. puis avec la B.D.S. pendant plus de 10 ans, chaque fois qu'il y avait du travail disponible. Je suis convaincu que les plaignants avaient le droit de se considérer comme des employés saisonniers permanents à titre de gardes-pêche; le fait qu'ils aient cherché et parfois trouvé ou créé du travail pendant la saison morte, pour s'assurer un revenu d'appoint et ne pas se fier exclusivement aux prestations d'assurance-chômage est, à mon avis, tout à leur honneur et ne devrait

[10] The appellants Dean and Carew were dismissed by the respondent on 27 July 1990. Davis was not rehired by the respondent at the beginning of the 1991 season when it opened on 22 June 1991 despite the fact that the Department had renewed the respondent's contract to provide the river guardian services. Accordingly, Davis took the position, and the Adjudicator agreed, that he was effectively terminated as of that date.

[11] The appellants filed complaints with Labour Canada pursuant to section 240 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the Code alleging that they were unjustly dismissed by the respondent. When the matter came on for hearing before the Adjudicator in July 1992, the respondent objected to the jurisdiction of the Adjudicator to hear the complaints filed by the appellants on two grounds. Firstly, that the employment of the appellants as river guardians was not within federal jurisdiction, and therefore, the *Canada Labour Code* did not apply. Secondly, that the appellants had not completed "twelve consecutive months of continuous employment", as required by paragraph 240(1)(a) of the Code, and accordingly, they did not qualify for the protections afforded by Part III of the Code, including the appointment of an adjudicator to hear their complaints.

Decision of the Adjudicator

[12] The Adjudicator released his decision on 26 April 1994. He rejected the preliminary objections raised by the respondent, and concluded that he did have jurisdiction to hear the complaints. On the first issue, he held that the duties performed by the river guardians are integral to the enforcement of federal regulations under the *Fisheries Act* aimed at the protection and preservation of salmon in inland waters; matters which clearly fall within the jurisdiction of Parliament over "Sea Coast and Inland Fisheries" in class 91(12) of section 91 of the *Constitution Act, 1867*.⁶ He held further that, since the respondent's

pas être utilisé à leur détriment⁵. [Non souligné dans l'original.]

[10] L'intimée a renvoyé les appelants Dean et Carew le 27 juillet 1990. Davis n'a pas été réembauché par l'intimée en 1991, à l'ouverture de la saison le 22 juin 1991, bien que le Ministère ait renouvelé le contrat de l'intimée pour la prestation des services de gardes-pêche. Par conséquent, Davis a considéré, et l'arbitre en a convenu, qu'il avait en fait été congédié à cette date.

[11] Les appelants ont déposé des plaintes auprès de Travail Canada aux termes de l'article 240 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] du Code, alléguant qu'ils avaient été injustement congédiés par l'intimée. Quand la question a été entendue devant l'arbitre en juillet 1992, l'intimée a fait valoir que l'arbitre n'avait pas compétence pour entendre les plaintes déposées par les appelants pour deux motifs: tout d'abord, parce que l'emploi des appelants en tant que gardes-pêche ne relevait pas de la compétence fédérale et, par conséquent, que le *Code canadien du travail* ne s'appliquait pas; deuxièmement, parce que les appelants n'avaient pas «travaill[é] sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur», comme l'exige l'alinéa 240(1)a) du Code et, par conséquent, qu'ils ne pouvaient se prévaloir des protections accordées par la partie III du Code, notamment de la nomination d'un arbitre pour entendre leurs plaintes.

La décision de l'arbitre

[12] L'arbitre a rendu sa décision le 26 avril 1994. Il a rejeté les exceptions préliminaires soulevées par l'intimée et a conclu qu'il avait compétence pour connaître des plaintes. Au sujet de la première question, il a statué que les tâches accomplies par les gardes-pêche font partie intégrante de l'application des règlements fédéraux établis en application de la *Loi sur les pêches*, et dont l'objet est d'assurer la protection et la préservation du saumon dans les eaux intérieures; ces questions relèvent manifestement de la compétence du Parlement à l'égard des «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» énoncée à la catégo-

employment of river guardians was integral to a matter within federal jurisdiction, it was employment properly subject to federal labour law. Consequently, the appellants' recourse, if any, for their allegedly unjust termination by the respondent was under the *Canada Labour Code*.

[13] In disposing of the applications for judicial review, the Motions Judge agreed that the respondent's employment of the appellants as river guardians constituted "employment in or in connection with the operation of [a] federal work, undertaking or business" within the meaning of paragraph 167(1)(a) of the Code, and therefore, that the provisions relating to unjust dismissal in Part III of the Code applied to the appellants provided the qualifying conditions in sections 240 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] and 242 [as am. *idem*, s. 16] were met.⁷ The respondent has not challenged that conclusion in this Court.

[14] It is the conclusion reached by the Adjudicator on the second jurisdictional issue that the Motions Judge set aside, and that is now the subject of these appeals. The issue turns on the correct interpretation of the expression "twelve consecutive months of continuous employment" in paragraph 240(1)(a), one of the qualifying conditions which must be satisfied before a complainant is eligible to file a complaint under the unjust dismissal provisions in Part III, Division XIV of the Code. Subsection 240(1) reads:

240. (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust. [Emphasis added.]

rie (12) de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶. Il a de plus statué que, puisque l'embauchage de gardes-pêche par l'intimée faisait partie intégrante d'une activité de compétence fédérale, il s'agissait d'un emploi assujéti à bon droit au droit du travail fédéral. Par conséquent, les voies de recours dont pouvaient se prévaloir les appelants par suite de leur congédiement injustifié par l'intimée relevaient du *Code canadien du travail*.

[13] En se prononçant sur les demandes de contrôle judiciaire, le juge des requêtes a reconnu que l'emploi des appelants chez l'intimée en tant que gardes-pêche constituait un «emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale» au sens de l'alinéa 167(1)a) du Code et que, par conséquent, les dispositions ayant trait au renvoi injustifié contenues à la partie III du Code s'appliquaient aux appelants, pourvu que les conditions d'admissibilité contenues aux articles 240 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] et 242 [mod., *idem*, art. 16] soient respectées⁷. L'intimée n'a pas contesté cette conclusion devant la présente Cour.

[14] C'est la conclusion de l'arbitre sur la deuxième question de compétence, que le juge des requêtes a infirmé, qui fait maintenant l'objet des appels. La question s'articule sur l'interprétation qu'il convient de donner de l'expression «travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur» à l'alinéa 240(1)a), et qui est l'une des conditions qu'une personne doit respecter avant de pouvoir déposer une plainte de congédiement injuste en vertu des dispositions pertinentes de la section XIV de la partie III du Code. Le paragraphe 240(1) est rédigé dans les termes suivants:

240. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective. [Non souligné dans l'original.]

[15] The respondent contended that the appellants had not been employed for “twelve consecutive months of continuous employment”, and hence, were not eligible to file a complaint under Part III of the Code. The Adjudicator, however, rejected that contention on the basis that paragraph 240(1)(a) refers to twelve consecutive months of continuous employment; it does not require twelve consecutive months of continuous work. On the evidence, the Adjudicator found that, although the appellants were laid off at the end of each salmon angling season, their implicit employment contracts were for an indeterminate period. The appellants had established a consistent pattern of seasonal employment which lasted for more than ten years, whereby they would work for approximately three months, were laid off for the balance of the year due to a shortage of work, and then were rehired each successive season. In his view, the annual layoff did not constitute an interruption in their employment relationship, and thus, the appellants had well in excess of the 12 consecutive months of continuous employment required in order to satisfy the qualifying condition in paragraph 240(1)(a). He concluded, therefore, that the appellants qualified to lay complaints against the respondent under Part III of the Code, and that he had the jurisdiction to hear their complaints.

[16] With respect to the merits of their complaints, after a lengthy review of the evidence, the Adjudicator agreed that the appellants had been unjustly dismissed from their employment with the respondent. Accordingly, he ordered that the respondent reinstate the appellants as river guardians with no loss of pay or benefits. He further ordered the respondent to reimburse the appellants for their reasonable legal expenses.

Decision of the Trial Division

[17] The respondent brought applications for judicial review of the Adjudicator’s decision in the Trial Division pursuant to sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*.⁸

[18] Before the Motions Judge, the appellants contended that the Adjudicator had no authority to

[15] L’intimée a fait valoir que les appelants n’avaient pas travaillé «sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur», et par conséquent, qu’ils ne pouvaient déposer une plainte en vertu de la partie III du Code. Toutefois, l’arbitre a rejeté cette prétention au motif que la version anglaise de l’alinéa 240(1)a) fait référence à douze mois consécutifs d’emploi (*employment*) continu; il n’exige pas douze mois consécutifs de travail (*work*) continu. D’après la preuve, l’arbitre a conclu que, même si les appelants étaient mis à pied à la fin de chaque saison de pêche au saumon, leurs contrats de travail implicites étaient d’une durée indéterminée. Les appelants ont établi un scénario cohérent d’emploi saisonnier qui a duré plus de dix ans, selon lequel ils travaillaient pendant environ trois mois, étaient mis à pied pour le reste de l’année en raison du manque de travail, et étaient ensuite réembauchés la saison suivante. À son avis, la mise à pied annuelle n’a pas interrompu la relation d’emploi et donc les appelants avaient accumulé beaucoup plus que les douze mois consécutifs d’emploi continu que prévoit la condition d’admissibilité énoncée à l’alinéa 240(1)a). Il a donc conclu que les appelants respectaient les conditions pour présenter des plaintes contre l’intimée en vertu de la partie III du Code, et qu’il avait compétence pour entendre ces plaintes.

[16] Pour ce qui a trait au bien-fondé des plaintes, après avoir longuement examiné la preuve, l’arbitre a convenu que les appelants avaient été injustement congédiés par l’intimée. Par conséquent, il a ordonné à cette dernière de réintégrer les appelants comme gardes-pêche sans perte de salaire ou d’avantages. Il a de plus ordonné à l’intimée de rembourser aux appelants leurs frais de justice raisonnables.

La décision de la Section de première instance

[17] L’intimée a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l’arbitre devant la Section de première instance en se fondant sur les articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.⁸

[18] Devant le juge des requêtes, les appelants ont prétendu que l’arbitre n’avait pas compétence pour

hear and determine the jurisdictional question raised by the respondent with respect to subsection 240(1) of the Code, and further that the Motions Judge on judicial review did not have jurisdiction either. They argued that the only jurisdictional questions that the Adjudicator was explicitly empowered to deal with were those set out in subsection 242(3.1).⁹ Objections based on subsection 240(1) as to the validity of the complaint filed were said to fall within the exclusive jurisdiction of the Minister, and not that of the Adjudicator. They argued that such objections could not be raised except by way of an application for judicial review of the Minister's decision to appoint the adjudicator, once the Minister accepted a complaint as having been validly filed and appointed an adjudicator to hear it. In the absence of such a challenge, however, the appellants contended that an adjudicator must operate on the premise that the qualifying conditions in subsection 240(1) have been met.

[19] The Motions Judge rejected this argument, quite correctly, in my respectful view. It is implicit in the reasoning of this Court in *Canada Post Corp. v. Pollard*¹⁰ that an adjudicator is entitled to consider whether the conditions precedent to a validly filed complaint in subsection 240(1) have been met. A validly filed complaint is a condition precedent to the jurisdiction of an adjudicator appointed under Part III of the Code. The Minister cannot, by appointing an adjudicator, grant to that person jurisdiction which he or she does not have under the provisions of the Code. If the conditions precedent in subsection 240(1) were not met by the appellants, the Adjudicator would have had no jurisdiction to hear the complaints. The respondent cannot be estopped from challenging that want of jurisdiction before the Adjudicator merely because the Minister viewed the complaint as having been validly filed, and the respondent failed to challenge the Minister's decision to appoint the Adjudicator.¹¹ Therefore, in my respectful view, it was open to the respondent to challenge the Adjudicator's jurisdiction on the basis that the requirements for a validly filed complaint in subsection 240(1) were not met by the appellants, and the Adjudicator was correct to deal with this threshold issue prior to adjudicating on the

connaître et décider de la question de compétence soulevée par l'intimée concernant le paragraphe 240(1) du Code, et en outre que le juge des requêtes, dans une procédure de contrôle judiciaire, n'avait pas non plus compétence en cette matière. Ils ont fait valoir que les seules questions de compétence que l'arbitre avait explicitement le pouvoir d'entendre étaient celles qui étaient énoncées au paragraphe 242(3.1)⁹. Les objections se fondant sur le paragraphe 240(1) quant à la régularité de la plainte déposée, selon les appelants, relèvent de la compétence exclusive du ministre, et non pas de celle de l'arbitre. Ils soutiennent que ces objections ne peuvent être soulevées, sauf par voie de demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de nommer l'arbitre, une fois que le ministre a accepté qu'une plainte a été régulièrement déposée et qu'il a nommé un arbitre pour l'entendre. En l'absence d'une telle contestation, toutefois, les appelants prétendent qu'un arbitre doit prendre pour acquis que les conditions d'admissibilité énoncées au paragraphe 240(1) ont été respectées.

[19] Le juge des requêtes a rejeté cet argument, tout à fait à bon droit, à mon avis. Il ressort implicitement du raisonnement de la présente Cour dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*¹⁰ qu'un arbitre est en droit d'examiner si les conditions préalables au dépôt régulier d'une plainte, énoncées au paragraphe 240(1), ont été respectées. La régularité du dépôt d'une plainte est une condition préalable à la compétence d'un arbitre nommé conformément à la partie III du Code. Le ministre ne peut, en nommant un arbitre, lui donner une compétence qu'il ou elle n'a pas en vertu des dispositions du Code. Si les appelants ne respectaient pas les conditions préalables énoncées au paragraphe 240(1), l'arbitre n'aurait pas compétence pour entendre leurs plaintes. L'intimée ne peut être empêchée de contester ce défaut de compétence devant l'arbitre simplement parce que le ministre a estimé que la plainte avait été régulièrement déposée, et que l'intimée n'a pas contesté la décision du ministre de nommer l'arbitre¹¹. Par conséquent, en toute déférence, il était loisible à l'intimée de contester la compétence de l'arbitre en faisant valoir que les conditions exigées pour assurer la régularité du dépôt d'une plainte, énoncées au paragraphe 240(1), n'avaient pas été respectées par les appelants, et l'arbitre

merits of the complaints.

[20] As already noted, the Motions Judge held that the Adjudicator erred in finding that the appellants had met the requirement, in paragraph 240(1)(a), of “twelve consecutive months of continuous employment”. He recognized that the decision of an adjudicator appointed under the Code is protected by the finality clause in subsection 243(1).¹² However, applying the decisions of this Court in *Pollard, supra* and *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*,¹³ the Motions Judge held that the Adjudicator’s interpretation of subsection 240(1) is subject to review on a standard of correctness, notwithstanding the finality clause, because it is a jurisdiction-conferring provision.

[21] After reviewing the text of paragraph 240(1)(a) and the jurisprudence, the Motions Judge then held that the expression “twelve consecutive months of continuous employment” was intended to require the performance of at least twelve consecutive months of work. In so concluding, he took issue with several decisions made by adjudicators under the Code which support the Adjudicator’s interpretation of paragraph 240(1)(a).¹⁴ In his view, the notion that employment can mean something other than active work derived from a misunderstanding of the decision of this Court in *Pioneer Grain Co. Ltd. v. Kraus*.¹⁵ His dispositive reasons are best summarized in the following paragraphs at pages 490-492 of his reasons:

As BDS’s contract was continued, the Adjudicator concluded that a right to a recall did exist and that the employer had failed to honour its obligation to rehire the complainants. I believe that deference is owed to the Adjudicator in so far as this particular conclusion is concerned as it falls within his particular area of expertise. A long established pattern of seasonal employment can give rise to a right of recall, and I believe that on the facts which were before him, it was reasonably open to the Adjudicator to conclude as he did. At the very least, the conclusion reached is not patently unreasonable.

a eu raison de traiter de cette exception préliminaire avant de se prononcer sur le bien-fondé des plaintes.

[20] Comme il est indiqué ci-dessus, le juge des requêtes a statué que l’arbitre avait commis une erreur en décidant que les appelants avaient satisfait à la condition énoncée à l’alinéa 240(1)a), savoir qu’ils «[travaillaient] sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur». Il a reconnu que la décision d’un arbitre nommé en vertu du Code est protégée par le paragraphe 243(1)¹², qui en consacre le caractère définitif. Toutefois, en appliquant les décisions de la présente Cour dans *Pollard*, précité, et *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*¹³, le juge des requêtes a statué que l’interprétation que l’arbitre a donnée du paragraphe 240(1) est susceptible de contrôle quant à la justesse, malgré la disposition consacrant le caractère définitif de sa décision, car il s’agit d’une disposition attributive de compétence.

[21] Après avoir analysé le texte de l’alinéa 240(1)a) et la jurisprudence, le juge des requêtes a ensuite statué que l’expression «travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur» exigeait l’accomplissement de douze mois consécutifs de travail. En arrivant à cette conclusion, il a remis en cause plusieurs décisions prises par les arbitres en vertu du Code et qui appuient l’interprétation qu’a donnée l’arbitre de l’alinéa 240(1)a)¹⁴. À son avis, la notion que l’emploi peut signifier autre chose qu’un travail actif découle d’une mauvaise interprétation de la décision de la présente Cour dans *Pioneer Grain Co. Ltd. c. Kraus*¹⁵. Les paragraphes suivants aux pages 490 à 492 de ses motifs résument sa pensée à ce sujet:

Comme le contrat de la BDS a été renouvelé, l’arbitre a conclu qu’il existait effectivement un droit de rappel et que l’employeur n’avait pas respecté son obligation de rembourser les plaignants. J’estime qu’il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard de la décision de l’arbitre en ce qui concerne cette conclusion particulière, étant donné qu’elle relève de son domaine particulier de connaissances techniques. Un scénario bien établi de travail saisonnier peut donner lieu à un droit de rappel, et je crois que, compte tenu des faits qui avaient été portés à sa connaissance, il était raisonnablement loisible à l’arbitre de tirer la conclusion à laquelle il est arrivé. À tout le moins, la conclusion à laquelle il est arrivé n’est pas manifestement déraisonnable.

However, the Adjudicator's decision that the pattern of employment giving rise to this right of recall was "employment" within the meaning of subsection 240(1) goes to jurisdiction, and hence must stand the test of correctness. In assessing the correctness of the Adjudicator's decision on this point, I believe that it is useful to go back to the decision of the Court of Appeal which is at the root of the relevant body of case law developed by the adjudicators. In *Pioneer Grain*, the Court of Appeal was not dealing with seasonal employment. Mr. Kraus held what is commonly understood as a permanent job subject to a temporary lay-off for a brief period each year. That is the context in which the Federal Court of Appeal failed to be "persuaded" that the employment did not continue during the brief lay-off or that the employment could not be regarded as "continuous" within the meaning of the legislation despite the brief lay-off. On a fair reading, this decision stands for the limited proposition that a brief stoppage of work each year in the context of an otherwise ongoing and continuous employment does not necessarily bring that employment to an end. Or, to put the matter more simply, the continuity of an ongoing employment may be unaffected by a yearly lay-off of a *de minimis* duration.

From this proposition, adjudicators gradually came to hold that the fundamental feature of employment, namely the performance of work for salary or wages, was not contemplated or required by the words "twelve consecutive months of continuous employment" in subsection 240(1) and hence needs not be present. So long as a lingering right of recall stemming from a long established pattern of temporary employment exists, the employment in question can be said to have continued. In the end, seasonal employment limited to a three-month period in any given year came to be considered as employment which could meet the "twelve consecutive months of continuous employment" test.

In my view, this result offends the wording of subsection 240(1) and arises from a misapprehension of the *ratio* of the Court of Appeal in *Pioneer Grain*. There is nothing in the language of subsection 240(1) which suggests that the essential feature of "employment", namely the performance of work for a salary or wages, can be ignored in assessing its existence. Indeed, the use of the words "consecutive" and "continuous" strongly suggests that it is employment characterized by the ongoing performance of work that is meant to be measured by the provision, and not a lingering right of recall stemming from a pattern of prior employment. One who has a right to be recalled at some future point in time is not in the state of employment while awaiting the recall, and such a person is certainly not experiencing "consecutive months of continuous employment" during that

Toutefois, la décision de l'arbitre suivant laquelle, en vertu du cycle de travail qui est à l'origine de ce droit de rappel, le plaignant «travaillait» au sens que le paragraphe 240(1) donne à ce terme, met en cause sa compétence; il convient par conséquent de vérifier le bien-fondé de sa décision. Pour apprécier le bien-fondé de la décision de l'arbitre sur ce point, j'estime utile de revenir à l'arrêt de la Cour d'appel qui est à l'origine de la jurisprudence pertinente élaborée par les arbitres. Dans l'arrêt *Pioneer Grain*, la Cour d'appel n'était pas saisie d'une question de travail saisonnier. M. Kraus occupait ce qu'on appelle couramment un emploi permanent assorti de mises à pied temporaires pour une brève période chaque année. C'est le contexte dans lequel la Cour d'appel fédérale a déclaré qu'elle n'était «convaincue» ni que l'emploi en cause ne s'était pas poursuivi durant la brève période de mise à pied, ni qu'on ne pouvait pas considérer que le plaignant travaillait «sans interruption» au sens de la loi malgré la brève mise à pied. Une interprétation juste de cet arrêt m'amène à conclure qu'il appuie le principe limité qu'un bref arrêt de travail annuel qui s'inscrit dans le cadre d'un emploi par ailleurs permanent et continu ne met pas nécessairement fin à cet emploi. Ou, en termes plus simples, une mise à pied annuelle d'une courte durée n'interrompt pas automatiquement la continuité d'un emploi permanent.

Sur le fondement de cette proposition, les arbitres en sont graduellement venus à considérer que la caractéristique fondamentale d'un emploi, à savoir l'exécution d'un travail en contrepartie du versement d'un salaire ou d'une rémunération, n'était pas prévue ou exigée par les mots «douze mois consécutifs d'emploi continu» contenus au paragraphe 240(1) et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire qu'elle soit présente. Tant et aussi longtemps qu'existe un droit latent de rappel découlant d'un cycle de travail temporaire établi depuis longtemps, on peut affirmer que le travail en question n'a pas été interrompu. En fin de compte, les arbitres en sont venus à considérer un travail saisonnier exercé pendant une période limitée de trois mois au cours d'une année donnée comme un travail qui pouvait satisfaire au critère exigeant que l'intéressé ait «terminé douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur».

À mon avis, ce résultat va à l'encontre du libellé du paragraphe 240(1) et découle d'une compréhension erronée des motifs essentiels de la Cour d'appel dans l'arrêt *Pioneer Grain*. Il n'y a rien dans le libellé du paragraphe 240(1) qui permette de penser qu'on puisse faire fi de la caractéristique fondamentale d'un «emploi», à savoir l'exécution d'un travail en contrepartie d'un salaire ou d'une rémunération, pour en vérifier l'existence. D'ailleurs, l'emploi des mots «consécutifs» et «continue» donne fortement à penser que ce sont les emplois caractérisés par l'exécution continue d'un travail qu'entend mesurer cette disposition, et non un droit latent de rappel découlant d'un cycle de travail antérieur. Celui qui possède le droit d'être rappelé éventuellement au travail n'est pas en «instance d'emploi» pendant qu'il attend d'être rappelé et il n'a certainement pas vécu «douze mois

period. A very clear expression of intent would be required to give to the word “employment” a meaning which excludes therefrom its fundamental constitutive feature.

[22] In coming to his conclusion, the Motions Judge placed considerable emphasis on the use of the verb “*travailler*” (meaning, “to work”) in the French version of paragraph 240(1)(a).¹⁶ Applying the shared meaning rule, he was of the view that the meaning conveyed by the French text ought to prevail because the English version was “uncertain in scope and may have several meanings”.¹⁷ In his view, the French text of paragraph 240(1)(a) was clear that an employee must complete at least twelve consecutive months of continuous (that is, uninterrupted) work, in order to be eligible to file a complaint under the Code. He expressed his view this way:

The use of the verb “*travailler*” (to work) leaves little room for the claim that paragraph 240(1)(a) could relate to “employment relationships” of a duration of twelve months. In fact, the French text of paragraph 240(1)(a) does require the person to have “completed” twelve months of uninterrupted work.¹⁸

[23] He also rejected the argument made by the appellants based on section 29 [as am. by SOR/91-461, s. 29] of the *Canada Labour Standards Regulations*,¹⁹ which now reads:

29. For the purposes of Division . . . XIV of the Act, the absence of an employee from employment shall be deemed not to have interrupted continuity of employment where

(a) the employee is absent from employment as a result of a lay-off that is not a termination under these Regulations;
or

(b) the employer permits or condones the employee’s absence from employment. [Emphasis added.]

[24] This Regulation, as amended by SOR/91-461, became effective on 2 September 1991; that is, after the appellants filed their complaints with Labour Canada but prior to the hearing before the Adjudicator. Prior to the amendment, the provision was silent on the issue of whether or not a seasonal lay-off would constitute an interruption in employment for the

consécutifs d’emploi continu au service d’un employeur» durant cette période. Il aurait fallu que le législateur exprime dans les termes les plus nets son intention pour qu’on puisse donner au mot «travailler» un sens qui en exclue sa caractéristique constitutive fondamentale.

[22] Pour parvenir à cette conclusion, le juge des requêtes a mis beaucoup d’accent sur l’utilisation du verbe «travailler» (signifiant «*to work*») de la version française du paragraphe 240(1)a)¹⁶. En appliquant le principe du sens commun, il s’est dit d’avis que le sens du texte français doit prévaloir parce que les termes de la version anglaise ont «une portée incertaine et qu’ils se prêtent à plusieurs sens»¹⁷. À son avis, la version française de l’alinéa 240(1)a) exige clairement que l’employé ait travaillé «sans interruption» depuis au moins douze mois pour le même employeur, pour avoir le droit de déposer une plainte en vertu du Code. Il a exprimé son avis de la façon suivante:

L’emploi du verbe «travailler» affaiblit considérablement l’argument que l’alinéa 240(1)a) pourrait se rapporter à des «relations de travail» d’une durée de douze mois. En fait, le texte français de l’alinéa 240(1)a) exige bel et bien que l’intéressé ait travaillé «sans interruption» depuis au moins douze mois.¹⁸

[23] Il a également rejeté l’argument présenté par les appelants et fondé sur l’article 29 [mod. par DORS/91-461, art. 29] du *Règlement du Canada sur les normes du travail*¹⁹, maintenant rédigé dans les termes suivants:

29. Pour l’application des sections . . . XIV de la Loi, n’est pas réputée avoir interrompu la continuité de l’emploi l’absence d’un employé qui est:

a) soit attribuable à une mise à pied qui n’est pas un licenciement aux termes du présent règlement;

b) soit autorisée ou acceptée par l’employeur. [Non souligné dans l’original.]

[24] Ce règlement, modifié par DORS/91-461, est entré en vigueur le 2 septembre 1991, c’est-à-dire après que les appelants eurent déposé leurs plaintes à Travail Canada, mais avant l’audition devant l’arbitre. Avant la modification, la disposition ne précisait pas si une mise à pied saisonnière constituait une interruption d’emploi pour les fins du Code, y compris pour

purposes of the Code, including the unjust dismissal provisions in Division XIV. At the hearing of the applications, the appellants had contended that section 29, as amended, is indicative of Parliament's intention that a seasonal layoff does not constitute an interruption in the continuity of an otherwise on-going employment relationship.

[25] The Motions Judge, however, relied upon the amendment for the exact opposite effect. He reasoned that if Parliament considered it necessary to enact section 29 of the Regulations, it must have been because, without such a "deeming provision", a seasonal layoff did in fact interrupt the continuity of an employment relationship. Since section 29, as amended, did not apply during the period relevant to these appeals, he held that when the respondent laid the appellants off each season, the continuity of their employment relationship was thereby interrupted.

[26] The Motions Judge, therefore, concluded that the Adjudicator erred in holding that the appellants had completed 12 consecutive months of continuous employment within the meaning of paragraph 240(1)(a), and that the Adjudicator never had the jurisdiction to hear the complaints in issue. Accordingly, he made an order setting aside the decision of the Adjudicator with respect to each of the appellants.

Analysis

[27] There is considerable authority respecting the standard to apply when reviewing the decisions of an administrative tribunal that is protected by a privative or finality clause.²⁰ The law is now settled that, notwithstanding the curial deference owed to tribunals protected by a privative clause, an interpretation by a tribunal of a statutory provision which confers jurisdiction upon it, or which limits the scope of its jurisdiction, is to be reviewed on a correctness standard. In relation to Part III of the Code, the decision of this Court in *Pollard*, *supra*, makes it clear that the interpretation by an adjudicator of the statutory conditions precedent to a validly filed complaint in

les dispositions relatives au congédiement injuste de la section XIV. À l'audition des demandes, les appelants ont prétendu que l'article 29, une fois modifié, révèle l'intention du législateur de faire en sorte qu'une mise à pied saisonnière n'interrompe pas la continuité d'une relation d'emploi par ailleurs permanente.

[25] Or, le juge des requêtes s'est appuyé sur la modification pour obtenir l'effet exactement contraire. Selon son raisonnement, si le législateur a jugé nécessaire d'adopter l'article 29 du Règlement, ce doit être parce que, sans une telle «disposition créant une présomption», une mise à pied saisonnière avait effectivement pour effet d'interrompre la continuité d'une relation d'emploi. Puisque l'article 29, une fois modifié, ne s'appliquait pas pendant la période pertinente aux présents appels, il a conclu que lorsque l'intimée mettait les appelants à pied à la fin de chaque saison, il y avait en fait une interruption dans la continuité de leur relation d'emploi.

[26] Par conséquent, le juge des requêtes a conclu que l'arbitre avait commis une erreur en statuant que les appelants avaient travaillé sans interruption pendant au moins douze mois pour le même employeur au sens de l'alinéa 240(1)a) et que l'arbitre n'avait jamais eu compétence pour entendre les plaintes en question. Par conséquent, il a rendu une ordonnance infirmant la décision de l'arbitre à l'égard de chacun des appelants.

Analyse

[27] Il y a beaucoup d'arrêts de principe concernant la norme à appliquer lors du contrôle des décisions d'un tribunal administratif protégé par une clause privative²⁰. Le droit, maintenant établi, indique que, malgré la retenue judiciaire dont il faut faire preuve à l'égard des tribunaux protégés par une clause privative, l'interprétation donnée par un tribunal d'une disposition de la loi qui lui attribue sa compétence, ou qui en limite l'étendue, doit être examinée d'après la norme de la justesse de la décision. Pour ce qui a trait à la partie III du Code, la décision de la présente Cour dans *Pollard*, précité, indique clairement que l'interprétation donnée par un arbitre des conditions préala-

subsection 240(1) is subject to review on the correctness standard. The Motions Judge was, therefore, justified in reviewing the Adjudicator's interpretation of paragraph 240(1)(a) on that standard.

[28] With respect to his substantive review, however, I am of the respectful view that the Motions Judge erred in setting aside the decision of the Adjudicator. After considering the text of subsection 240(1), the jurisprudence under the Code and the overriding purpose of the unjust dismissal provisions in Part III, I am unable to agree with the Motions Judge that the expression "twelve consecutive months of continuous employment" in paragraph 240(1)(a) is intended to require twelve months of uninterrupted work before a complainant can qualify for the procedures afforded by Part III of the Code, including the appointment by the Minister of an adjudicator to hear his or her complaint. Rather, it is my respectful view that a complainant who has maintained a continuous employment relationship with his or her employer for at least 12 consecutive months before he or she was dismissed is eligible, subject to the other qualifying conditions being satisfied, to file a complaint under the Code, even where the complainant may not have been engaged in active work for some part of that employment relationship. As will be developed below, I am of the view that the Motions Judge misconstrued the *ratio* of this Court in *Pioneer Grain* and placed excessive reliance on the shared meaning rule in interpreting paragraph 240(1)(a), at the expense of achieving the objective of judicial interpretation, which is to give effect to the intention of Parliament in enacting the provision.

[29] The shared meaning rule is explained succinctly in *Driedger on the Construction of Statutes* as follows:

The basic rule governing the interpretation of bilingual legislation is known as the shared or common meaning rule. Where the two versions of bilingual legislation do not say the same thing, the meaning that is shared by both ought to

bles, énoncées dans la loi, concernant la régularité du dépôt d'une plainte sous le régime du paragraphe 240(1) est assujettie à la norme de la justesse de la décision. Le juge des requêtes était donc justifié d'examiner l'interprétation donnée par l'arbitre de l'alinéa 240(1)a au regard de cette norme.

[28] Toutefois, pour ce qui est de son examen de la question de fond, je suis d'avis, en toute déférence, que le juge des requêtes a commis une erreur en infirmant la décision de l'arbitre. Après avoir examiné le texte du paragraphe 240(1), la jurisprudence établie en vertu du Code et le but primordial recherché par les dispositions relatives au congédiement injuste visé à la partie III, je suis incapable d'accepter l'opinion du juge des requêtes selon laquelle le législateur, en utilisant l'expression «travaille sans interruption pendant au moins douze mois pour le même employeur» à l'alinéa 240(1)a, avait l'intention d'exiger douze mois de travail sans interruption avant d'autoriser un plaignant à se prévaloir de la procédure énoncée à la partie III du Code, notamment de la nomination par le ministre d'un arbitre pour entendre sa plainte. Je suis plutôt d'avis qu'un plaignant qui a maintenu une relation d'emploi continue avec son employeur pendant au moins douze mois consécutifs avant d'être congédié peut, sous réserve qu'il respecte les autres conditions applicables, déposer une plainte en vertu du Code, même s'il n'a pas travaillé activement pendant une certaine partie de cette relation d'emploi. Comme je l'indiquerai ci-dessous, je suis d'avis que le juge des requêtes a mal interprété la *ratio decidendi* de la présente Cour dans *Pioneer Grain* et a accordé trop d'importance au principe du sens commun en interprétant l'alinéa 240(1)a, s'écartant ainsi de l'objectif de l'interprétation judiciaire, qui est de donner effet à l'intention que poursuivait le législateur au moment de l'adoption de la disposition en question.

[29] Le principe du sens commun est expliqué succinctement dans *Driedger on the Construction of Statutes*, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le principe de base qui régit l'interprétation des textes de loi bilingues est connu sous le nom de principe du «sens commun». Lorsque les deux versions d'un texte de loi bilingue ne disent pas la même chose, le tribunal doit

be adopted unless this meaning is for some reason unacceptable.²¹ [Emphasis added.]

[30] The Motions Judge reasoned that the expression “twelve consecutive months of continuous employment” was “uncertain in scope and may have several meanings”²², and hence that the meaning conveyed by the use of the verb “travailler” in the French text ought to govern. Unlike the Motions Judge, however, I am not persuaded that the French text of paragraph 240(1)(a) ought to govern merely because it is the more restrictive interpretation. In saying this, I am not unmindful of the fact that both language versions of Canadian legislation are equally authoritative.²³ The error of the Motions Judge was in assuming that, because the French text has a more restrictive meaning than the English version, it is therefore “a clearer and more precise expression of legislative intent.”²⁴

[31] In my respectful view, the search by the Motions Judge for a shared meaning between the two language versions resulted in a technical interpretation of paragraph 240(1)(a) which skewed the analysis in favour of the more restrictive text in the French version. While the Motions Judge states that the French version provides a “clearer and more precise expression of legislative intent”, there is no discussion in his reasons of just what was Parliament’s intention in enacting the unjust dismissal provisions and the qualifying condition thereto in paragraph 240(1)(a). In other words, he erred in applying the shared meaning rule to resolve the conflict between the English and French versions of paragraph 240(1)(a) without due regard for the legislative purpose which motivated enactment of the provision. This, in my respectful view, is an important step in the application of the shared meaning rule. P.-A. Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd. ed. states:

... the task of interpretation is not completed by deciding upon the meaning shared by the two versions. The interpretative hypothesis must be verified with reference to the statute’s context as a whole. The shared meaning must be compatible with the intention of the legislator, as determined by the ordinary rules of interpretation.²⁵

retenir le sens qui est commun aux deux versions, à moins que le sens commun ainsi dégagé ne soit, pour une raison quelconque, inacceptable.²¹ [Non souligné dans l’original.]

[30] Le juge des requêtes a jugé que l’expression «travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur» avait une «portée incertaine et . . . se prêt[ait] à plusieurs sens»²² et, partant, que le sens du verbe «travailler» utilisé dans la version française devait prévaloir. Contrairement au juge des requêtes, toutefois, je ne suis pas persuadé que le texte français de l’alinéa 240(1)a devrait être retenu simplement parce que c’est l’interprétation la plus restrictive. Je fais cette affirmation en sachant pertinemment que les deux versions des lois canadiennes ont également force de loi²³. L’erreur du juge des requêtes a été de présumer que, parce que la version française a un sens plus restrictif que la version anglaise, elle conduit en fait «à une expression plus nette et plus précise de l’intention du législateur»²⁴.

[31] En toute déférence, en cherchant le sens commun aux deux versions du texte de loi, le juge des requêtes s’est engagé dans une interprétation technique de l’alinéa 240(1)a qui a fait pencher l’analyse en faveur de la version française, plus restrictive. Bien que le juge des requêtes indique que la version française conduit à une «expression plus nette et plus précise de l’intention du législateur», il ne discute pas dans ses motifs de ce qu’était au juste l’intention du législateur au moment où il a adopté les dispositions relatives au congédiement injuste et la condition d’admissibilité énoncée à l’alinéa 240(1)a. Autrement dit, il a commis une erreur en appliquant le principe du sens commun pour résoudre le conflit entre les versions française et anglaise de l’alinéa 240(1)a sans tenir dûment compte de l’objectif que poursuivait le législateur lors de l’adoption de la disposition. En toute déférence, il s’agit là d’une étape importante dans l’application du principe du sens commun. P.-A. Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois*, 2^e édition, déclare ce qui suit:

Le travail de l’interprète ne devrait cependant jamais être jugé complètement accompli une fois que le sens commun a été établi. Il faut, dans tous les cas, se reporter aux autres dispositions de la loi pour vérifier si ce sens commun est bien compatible avec l’intention du législateur telle qu’on peut la déduire en appliquant les règles ordinaires d’interprétation²⁵.

[32] This is not a case where one language version is ambiguous and the other is clear, such that the latter can be used to construe the former. Rather, it is a case where one language version is capable of a broader meaning than the other, and the issue to be decided is which meaning best accords with Parliament's intention in enacting the provision. More particularly, the issue is whether Parliament intended the 12-month requirement in paragraph 240(1)(a) to refer to the period of employment, as the English text suggests, or the period of active work, as the French text suggests. The objective must always be to ascertain the true legislative intention in enacting both versions. As stated by E. A. Driedger in *Construction of Statutes*, 2nd. ed., "[t]he question in all cases, therefore, is not 'which is the better literature', but rather, having regard to the whole Act in both versions, 'what did Parliament intend'?"²⁶

[33] Section 61.5 [as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21] of the *Canada Labour Code*,²⁷ the predecessor of the present section 240, came into force on 1 September 1978.²⁸ The avowed objective of the unjust dismissal provisions was to afford non-organized workers within federal jurisdiction protection against unjust dismissal similar to that enjoyed by unionized workers under collective agreements. The protection afforded by a common law action for wrongful dismissal was seen as deficient in many respects.²⁹ The following comments of the Honourable John Munro, then Minister of Labour, in the House of Commons Debates are instructive:

Which headings embody the objectives of the bill? We are talking first about justice in the work place. Under that meritorious objective, we should put in context the amendments in the bill to Parts III and IV of the Canada Labour Code.

Parts III and IV largely deal with upgrading the labour standards and enhancing the standards, particularly of the unorganized worker, and further, upgrading the safety and occupational health standards of the unorganized worker.

We should realize right away that the immediate impact of these provisions will be on the 550,000 workers under

[32] Il ne s'agit pas d'un cas où une version est ambiguë et l'autre claire, de sorte que la deuxième version peut être utilisée pour interpréter la première. Il s'agit plutôt d'un cas où une version peut avoir un sens plus large que l'autre, et la question à trancher est alors de savoir quel est le sens qui correspond le mieux à l'intention qu'avait le législateur en adoptant la disposition. Plus particulièrement, la question est de savoir si le législateur avait l'intention que la période de douze mois établie à l'alinéa 240(1)a) réfère à la période d'emploi, comme le suggère le texte anglais, ou à la période de travail actif comme il ressort de la version française. L'objectif doit toujours être de vérifier quelle était la véritable intention du législateur en adoptant les deux versions. Comme l'indique E. A. Driedger dans *Construction of Statutes*, 2^e édition, [TRADUCTION] «la question, dans tous les cas, n'est donc pas de savoir "quelle version est le mieux rédigée" mais plutôt, au regard des deux versions de la loi, "quelle était l'intention du législateur"»²⁶

[33] L'article 61.5 [édicte par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 21] du *Code canadien du travail*²⁷, qui est le prédécesseur de l'article 240 actuel, est entré en vigueur le 1^{er} septembre 1978²⁸. L'objectif avoué des dispositions relatives au congédiement injuste était d'offrir aux travailleurs non syndiqués relevant des autorités fédérales une protection contre le congédiement injuste semblable à celle dont bénéficiaient les travailleurs syndiqués régis par des conventions collectives. La protection qu'offrait en common law l'action pour congédiement injuste était considérée comme déficiente à plusieurs égards²⁹. Les observations suivantes de M. John Munro, qui était alors ministre du Travail, au cours des débats de la Chambre des communes sont instructives:

Quelles sont les rubriques du bill qui décrivent le mieux les objectifs visés? D'abord, nous voulons garantir la justice sur le marché du travail. À cet égard, il faut tenir compte des modifications qui se rapportent aux parties III et IV du Code canadien du travail.

Les parties III et IV du Code du travail concernent en grande mesure l'amélioration des normes du travail, surtout pour les travailleurs non syndiqués, et l'amélioration des normes de sécurité et d'hygiène professionnelle des travailleurs non syndiqués.

Les députés doivent d'abord se rendre compte des répercussions immédiates que ces dispositions auront sur les

federal jurisdiction. They are primarily in the following areas in the federal sector: railroads, airlines, banking, trucking, broadcasting, grainhandling, communications, and the ports. About half of those 550,000 are unorganized.

It is our hope that Parts III and IV will give at least to the unorganized workers some of the minimum standards which have been won by the organized workers and which are now embodied in their collective agreements. We are not alleging for one moment that they match the standards set out in collective agreements, but we provide here a minimum standard.

...

The amendments seek primarily to provide workers with increased job protection.³⁰ [Emphasis added.]

[34] Because Part III, Division XIV of the Code was enacted by Parliament in order to provide non-unionized workers with an avenue of redress in cases of unjust dismissal, it is my respectful view that this Court ought to resolve in favour of complainants any variance between the English and French texts respecting the qualifying conditions for such protection. That the overriding purpose of legislation ought to inform the interpretation of specific provisions is well-accepted in our law.³¹ In *Abrahams v. Attorney General of Canada*, for example, Wilson J. relied upon the purpose of the *Unemployment Insurance Act, 1971*³² in interpreting the re-entitlement provisions. She stated:

Since the overall purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, I would favour a liberal interpretation of the re-entitlement provisions. I think any doubt arising from the difficulties of the language should be resolved in favour of the claimant.³³

[35] Similar reasoning ought to be applied in this context. This, of course, does not mean that the Court is at liberty to extend the scope of the protections afforded by the Code to those who do not meet the qualifying conditions expressed therein. Rather, it means simply that, in interpreting these qualifying conditions, the Court ought to keep in mind the overriding purpose of the unjust dismissal provisions, which is to provide non-unionized employees with some protection from unjust dismissal. In coming to this conclusion, I note that Labour Canada, the body

550,000 travailleurs qui relèvent du gouvernement fédéral. Ils se retrouvent principalement dans les secteurs suivants: les chemins de fer, les lignes aériennes, les banques, le camionnage, les médias électroniques, la manutention du grain, les communications et les ports. Environ la moitié de ces 550,000 travailleurs ne sont pas syndiqués.

Nous espérons que les parties III et IV du bill donneront à ces travailleurs non syndiqués au moins une partie des normes minimales que les travailleurs syndiqués ont obtenues et qui font maintenant partie de toutes les conventions collectives. Nous ne voulons pas prétendre que les normes établies par le bill seront exactement celles que prévoient les conventions collectives. Nous voulons cependant établir des normes minimales.

...

Les modifications visent d'abord à protéger davantage l'emploi des travailleurs.³⁰ [Non souligné dans l'original.]

[34] Étant donné que la section XIV de la partie III du Code a été adoptée par le Parlement afin d'offrir aux travailleurs non syndiqués une voie de recours en cas de congédiement injuste, je suis d'avis que la présente Cour doit interpréter en faveur des plaignants toute disparité entre les versions française et anglaise concernant les conditions d'admissibilité à une telle protection. Le fait que le but primordial de la loi doit éclairer l'interprétation de certaines dispositions est bien accepté dans notre droit³¹. Dans l'arrêt *Abrahams c. Procureur général du Canada*, par exemple, le juge Wilson s'est appuyée sur l'objet de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*³² pour interpréter les dispositions relatives à la réadmissibilité. Elle déclare ceci:

Puisque le but général de la Loi est de procurer des prestations aux chômeurs, je préfère opter pour une interprétation libérale des dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations. Je crois que tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire³³.

[35] Un raisonnement semblable doit être appliqué dans le présent contexte. Cela ne signifie pas bien entendu que la Cour a toute la latitude pour étendre la portée des protections qui sont accordées par le Code à ceux qui ne respectent pas les conditions d'admissibilité qui y sont énoncées. Cela signifie tout simplement qu'en interprétant ces conditions d'admissibilité, la Cour doit garder à l'esprit l'objectif primordial des dispositions relatives au congédiement injuste, qui est d'assurer aux employés non syndiqués une certaine protection contre cette éventualité. En arrivant à cette

charged with implementing the Code, has as one of its guiding principles that any doubt on the part of Labour Canada officials respecting the conditions of admissibility is to be resolved in favour of the complainant whenever possible.³⁴

[36] On this basis then, it is my view that paragraph 240(1)(a) was not intended as an onerous exclusionary provision which excludes from the protections provided by the Code all seasonal employees and other employees not engaged in active work for 12 uninterrupted months prior to their dismissal, whether or not they had long-standing relationships with their employers.

[37] It follows that I am unable to accept that employment and active work are necessarily synonymous in the context of paragraph 240(1)(a). That interpretation of the provision would have the inevitable effect of excluding all seasonal employees from the protections afforded by the Code regardless of the permanency of their employment. This is because, on the Motions Judge's reasoning, any period where an employee is not working for a salary, other than a so-called "yearly lay-off of a *de minimis* duration",³⁵ ruptures the employment relationship. Not all jobs require 12 consecutive months of active work, and seasonal employees are often among the most vulnerable to abuse by their employers. If Parliament had intended, by paragraph 240(1)(a), to exclude this class of non-unionized employees entirely from the protections afforded by the Code, it seems to me that it ought to have expressed such an intention in clear terms.

[38] In *Employment Law in Canada*, Christie *et al.* discuss the reasoning behind the requirement of "twelve consecutive months of continuous employment" as follows:

The requirement that the claimant must have "twelve consecutive months of continuous employment" with his/her employer reflects three concerns: (1) to reduce the heavy caseload that would otherwise likely exist; (2) to provide a rough and ready "probationary" period enabling the employer to assess the employee's capability; and (3) to

conclusion, je fais observer que Travail Canada, l'organisme chargé de l'application du Code, a adopté comme principe directeur que tout doute de la part de ses représentants au sujet des conditions d'admissibilité doit être résolu en faveur du plaignant chaque fois que possible³⁴.

[36] À partir de ce raisonnement donc, je suis d'avis que le législateur n'avait pas l'intention de faire de l'alinéa 240(1)a une disposition d'exclusion onéreuse qui prive des protections assurées par le Code tous les employés saisonniers et autres employés qui ne travaillent pas activement pendant douze mois sans interruption avant d'être congédiés, qu'ils aient ou non des relations de longue durée avec leurs employeurs.

[37] Il s'ensuit que je ne peux accepter que les termes emploi et travail actif sont nécessairement synonymes dans le contexte de l'alinéa 240(1)a. Cette interprétation de la disposition aurait inévitablement pour effet d'exclure tous les employés saisonniers des protections offertes par le Code, abstraction faite de la permanence de leur emploi. Il en est ainsi parce que, d'après le raisonnement du juge des requêtes, toute période au cours de laquelle l'employé ne travaille pas en contrepartie d'un salaire, à l'exception d'une «mise à pied annuelle d'une courte durée»³⁵, interrompt la relation d'emploi. Ce ne sont pas tous les emplois qui exigent douze mois continus de travail actif, et les employés saisonniers sont souvent parmi les travailleurs les plus exposés aux abus des employeurs. Si le législateur avait eu l'intention en adoptant l'alinéa 240(1)a d'exclure entièrement cette catégorie de travailleurs non syndiqués des protections offertes par le Code, il me semble qu'il aurait exprimé cette intention en termes clairs.

[38] Dans l'ouvrage *Employment Law in Canada*, Christie et ses collègues discutent du raisonnement qui sous-tend la condition du «travail sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur» dans les termes suivants:

[TRADUCTION] L'exigence selon laquelle le plaignant doit avoir travaillé «sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur» témoigne de trois préoccupations: 1) réduire le nombre élevé de dossiers, qui, autrement, existerait probablement; 2) fournir à l'employeur une période «d'essai» approximative qui permet d'évaluer les

parallel the “job property” rationale of seniority as it is commonly understood under collective agreements.³⁶

[39] In enacting paragraph 240(1)(a) as a form of minimum seniority requirement, I accept that Parliament intended to avoid the potential for an overload of applications under the Code and the resulting administrative stresses that would ensue, recognizing that the vast majority of discharges occur within the first year of employment. I also accept that Parliament intended to provide employers with a grace period within which to evaluate the work of new employees without having to fear the premature application of the Code. However, in my view, the interpretation given to paragraph 240(1)(a) by the Adjudicator—that the complainant must show that his or her employment relationship with the employer lasted for at least 12 months without interruption—strikes the proper balance between addressing these concerns, while also ensuring that the greatest number of non-unionized workers can take advantage of the protections offered by the Code. The onerous interpretation of the provision relied upon by the Motions Judge adds little to addressing the concerns sought to be addressed in paragraph 240(1)(a). An employer has 12 months to evaluate a new employee, after which the provisions of the Code apply if the employee is discharged. It is, therefore, the employment relationship, and not the active work period that is important.

[40] Since Parliament’s object in enacting the unjust dismissal provisions was to provide non-unionized workers with protections similar to those enjoyed by unionized workers, it is important to take note of the nature of those protections in interpreting paragraph 240(1)(a). On the one hand, the majority of collective agreements provide for a probationary period, within which an employee may be discharged without showing “just cause”. On the other hand, it is generally accepted in industrial relations that the continuous employment of an employee subject to a collective agreement is not severed when his or her service is interrupted by periods of vacation, illness, maternity leave, reasonable layoff, work stoppages or other

capacités de l’employé; 3) faire écho au principe de base de l’ancienneté qui est consacré par la plupart des conventions collectives, à savoir le «droit de propriété de l’employé sur son emploi»³⁶.

[39] En adoptant l’alinéa 240(1)a) à titre de condition minimale au niveau de l’ancienneté, j’accepte que le législateur avait l’intention d’éviter la possibilité qu’un trop grand nombre de demandes soient présentées en vertu du Code, et les pressions administratives qui pourraient en résulter, en reconnaissant que la grande majorité des congédiements se produisent pendant la première année d’emploi. J’accepte également que le législateur avait l’intention d’offrir aux employeurs une période de grâce à l’intérieur de laquelle ils peuvent évaluer le travail des nouveaux employés sans craindre l’application prématurée du Code. Toutefois, à mon avis, l’interprétation que l’arbitre a donnée de l’alinéa 240(1)a)—c’est-à-dire que le plaignant doit démontrer que sa relation d’emploi dure depuis au moins douze mois sans interruption—rétablit un juste équilibre entre ces différentes préoccupations, tout en assurant que le très grand nombre de travailleurs non syndiqués pourront prendre avantage des protections offertes par le Code. L’interprétation onéreuse de la disposition sur laquelle s’est appuyé le juge des requêtes n’aide pas beaucoup à alléger les préoccupations que cherchait à éliminer l’alinéa 240(1)a). Un employeur a douze mois pour évaluer un nouvel employé, après quoi les dispositions du Code s’appliquent en cas de congédiement. Par conséquent, c’est la relation d’emploi et non la période de travail actif qui compte.

[40] Étant donné que l’objectif poursuivi par le législateur dans l’adoption des dispositions relatives au congédiement injuste était d’assurer aux travailleurs non syndiqués des protections semblables à celles dont bénéficiaient les travailleurs syndiqués, il est important de tenir compte de la nature de ces protections en interprétant l’alinéa 240(1)a). D’une part, la majorité des conventions collectives prévoient une période d’essai, à l’intérieur de laquelle un employé peut être renvoyé sans motif. Par ailleurs, il est généralement accepté dans le domaine des relations du travail que la continuité de l’emploi d’un employé assujéti à une convention collective n’est pas rompue quand son service est interrompu pour des périodes de vacances,

leaves of absence. Rather, it is only where the employee leaves his or her employment voluntarily or is discharged that his or her continuous service is severed. In this respect, I agree with the view expressed by Adjudicator Pyle in *Bell Canada v. Cowan*, that:

Section 61.5 [now section 240] of the Code was enacted to assure employees, who are not members of a group of employees subject to a collective agreement, protection against arbitrary dismissal by their employers. Furthermore, given that “organized” employees generally recognize that their protection in this regard is circumscribed during a probationary period at the outset of their employment, a similar reservation is made in respect of the “unorganized” employees, i.e., with those with less than 12 consecutive months of continuous employment.³⁷

[41] It is the employer who decides whether or not the employee will be called upon to perform active work, and for how long. There would be significant potential for abuse if the Motions Judge’s interpretation of paragraph 240(1)(a) were to be affirmed by this Court. Such an interpretation would, in effect, provide employers with a measure of control over application of the Code in respect of particular employees. An employer ought not to be allowed to avoid the provisions of the Code merely by arranging an annual layoff of employees an inevitable consequence if, as the Motions Judge assumed, the employment relationship that is required to satisfy paragraph 240(1)(a) necessitates continuous active work for at least 12 months.

[42] Thus, in my respectful view, the inclusive meaning suggested by the English version of paragraph 240(1)(a) best captures the intent of Parliament in enacting the provision. Twelve consecutive months of uninterrupted work is not required to qualify for the protections afforded by the Code; what is required is 12 consecutive months of continuous employment. In coming to this conclusion, I also note that when the unjust dismissal provisions were first added to the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, ch. L-1] in 1978, the French version of paragraph 61.5(1)(a) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21] then read:

de maladie, de congé de maternité, de mise à pied raisonnable, d’arrêts de travail ou d’autres congés. Ce n’est que lorsque l’employé quitte volontairement son emploi ou qu’il est congédié que sa période de service continu est interrompue. À cet égard, j’adopte le raisonnement exprimé par l’arbitre Pyle dans *Bell Canada c. Cowan*:

[TRADUCTION] L’article 61.5 [maintenant l’article 240] du Code a été adopté pour assurer aux employés qui ne sont pas membres d’un groupe d’employés régis par une convention collective, une protection contre le congédiement arbitraire de leurs employeurs. En outre, compte tenu du fait que les employés «syndiqués» reconnaissent généralement que leur protection à cet égard est restreinte pendant une période d’essai au début de leur emploi, une réserve semblable est apportée à l’égard des employés non syndiqués, c’est-à-dire à l’égard de ceux qui comptent moins de douze mois consécutifs d’emploi³⁷.

[41] C’est l’employeur qui décide si l’employé sera ou non rappelé au travail et pendant combien de temps. Il y aurait donc d’importantes possibilités d’abus si l’interprétation que le juge des requêtes donne de l’alinéa 240(1)a) devait être confirmée par cette Cour. En effet, une telle interprétation donnerait aux employeurs un outil de contrôle relativement à l’application du Code à l’égard de certains employés. On ne devrait pas donner à un employeur la possibilité de contourner les dispositions du Code en procédant tout simplement à une mise à pied annuelle des employés; cette conséquence serait inévitable si, comme le présume le juge des requêtes, la relation d’emploi prévue à l’alinéa 240(1)a) nécessite une période de travail actif et continu pendant au moins douze mois.

[42] En toute déférence, le sens inclusif qui ressort de la version anglaise de l’alinéa 240(1)a) rend mieux l’intention qu’avait le législateur en adoptant cette disposition. Il n’est pas nécessaire de travailler sans interruption pendant douze mois consécutifs pour avoir droit aux protections offertes par le Code; ce qui est exigé, c’est douze mois consécutifs d’emploi continu. Pour en arriver à cette conclusion, je note également que lorsque les dispositions relatives au congédiement injuste ont été adoptées pour la première fois dans le *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, ch. L-1] en 1978, la version française de l’alinéa 61.5(1)a) [édicte

61.5 (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et (3), une personne*

(a) *qui a terminé douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur . . .*

[43] As the Motions Judge observed, this French version is virtually identical in meaning to the English version. In 1984, however, the French version, appearing as paragraph 240(1)(a) in the revised statutes, was changed to the present wording, while the English version survived the revision unchanged.³⁸ As the Motions Judge noted [at page 485] this revision appears to have been made under the authority of the *Statute Revision Act*,³⁹ paragraphs 6(e) and (f) of which make it clear that the limited powers of the Revision Commission did not extend to changing the substance of the legislation. The Revision Commission had the power to:

6. . . .

(e) make such alterations in the language of the statutes as may be required to preserve a uniform mode of expression, without changing the substance of any enactment;

(f) make such minor improvements in the language of the statutes as may be required to bring out more clearly the intention of Parliament, or make the form of expression of the statute in one of the official languages more compatible with its expression in the other official language, without changing the substance of any enactment. [Emphasis added by the Motions Judge.]

[44] Prior to the amendment in 1984, both the English and French versions of paragraph 240(1)(a) required a continuous employment relationship of at least 12 months. The decision of this Court in *Pioneer Grain* made it clear that the provision did not necessarily require 12 months of uninterrupted work. Nevertheless, the Revision Commission changed the French version by using the verb “travailler”, but did not change the English version. In so doing, the Revision Commission changed, without statutory authority, the substance of the provision. Therefore, in my view, the French version, as enacted prior to the amendment in 1984, is more properly reflective of Parliament’s original intent in enacting the provision. The amendment introduced a variance between the

par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 21] était rédigée dans les termes suivants:

61.5 (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et (3), une personne*

(a) *qui a terminé douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur . . .*

[43] Comme l’a fait observer le juge des requêtes, cette version française a un sens pratiquement identique à celui de la version anglaise. Toutefois, en 1984, la version française, qui figure maintenant à l’alinéa 240(1)a des lois révisées, a été modifiée par le libellé actuel, alors que la version anglaise est demeurée inchangée³⁸. Comme l’a noté le juge des requêtes, cette révision semble avoir été faite sous l’autorité de la *Loi sur la révision des lois*³⁹, dont les alinéas 6e) et f) indiquent clairement que les pouvoirs limités de la Commission de révision ne lui permettent pas de modifier le fond de la loi. La Commission de révision avait les pouvoirs suivants:

6. . . .

e) apporter à la forme des lois les changements nécessaires à l’uniformité de l’ensemble, sans en modifier le fond;

f) apporter à la forme des lois les améliorations mineures nécessaires pour mieux exprimer l’intention du Parlement ou pour harmoniser la formulation d’une loi dans l’une des langues officielles avec sa formulation dans l’autre langue officielle, sans en modifier le fond; [Souligné par le juge des requêtes.]

[44] Avant la modification de 1984, les versions anglaise et française de l’alinéa 240(1)a exigeaient une relation d’emploi continu pendant au moins douze mois. La décision de la présente Cour dans *Pioneer Grain* a établi clairement que cette disposition n’exige pas nécessairement douze mois de travail sans interruption. Néanmoins, la Commission de révision a modifié la version française en utilisant le verbe «travailler», mais sans toucher à la version anglaise. En agissant ainsi, la Commission de révision a modifié, sans en avoir le pouvoir légal, le fond de la disposition. Par conséquent, à mon avis, la version française, qui avait été adoptée avant la modification de 1984, reflète de façon plus appropriée l’intention du législateur au moment de l’adoption de la disposi-

two language versions that did not previously exist.⁴⁰

[45] The interpretation of the expression “twelve consecutive months of continuous employment” was squarely before this Court in *Pioneer Grain*. In that case, the complainant had worked as a repairman and subforeman for Pioneer Grain for six and a half years. Each winter, the workers in the construction maintenance crew, including the complainant, were laid off, presumably due to a shortage of work. The “cold weather lay off” lasted anywhere from two weeks to three months, depending on the year.⁴¹ In 1979-1980, the cold weather layoff had only lasted for approximately two weeks. On 21 March 1980, the company dismissed the complainant. The complainant filed a complaint under the Code and an adjudicator was appointed to hear it. The company, however, objected on the basis that the annual cold weather lay off interrupted the continuity of the complainant’s employment, and hence he did not have 12 consecutive months of continuous employment as required by then paragraph 61.5(1)(a) of the Code. Thurlow C.J., for a unanimous Court, rejected the company’s argument, stating at page 824:

Nowhere are the terms of the employment detailed. Nowhere is there any indication of the relationship between the employer and the employee during the period covered by what is referred to as “cold weather lay off”. The most telling evidence before the Court of the situation is the applicant’s statement in its letter of May 12, 1980 that Kraus was “laid off work” from December 21, 1979 to January 7, 1980. This is at least consistent with the continuance of the employment relationship during the period and suggests that the arrangement was that work was to be resumed by the employee when the period came to an end. Nothing in what is related in the decision is inconsistent with such a conclusion. Moreover, it is not described as a lay off because of lack of work or the discontinuance of a function. See subsection 61.5(3).

In these circumstances, I am not persuaded either that the employment relationship did not continue during the period when Kraus was “laid off work” or that the Adjudicator’s conclusion that the employment of Kraus must be regarded as “continuous” within the legislation was erroneous. The applicant’s objection, therefore, fails. [Emphasis added.]

[46] In my view, it is implicit in the reasoning of the Court that it is the duration of the period of employ-

tion en question. La modification a introduit entre les deux versions une disparité qui n’existait pas auparavant⁴⁰.

[45] Dans l’arrêt *Pioneer Grain*, c’est l’expression «douze mois consécutifs d’emploi continu» que la Cour devait interpréter. Dans cette affaire, le plaignant avait travaillé comme réparateur et sous-contremaître pour Pioneer Grain pendant six ans et demi. Chaque hiver, les ouvriers de l’équipe d’entretien, y compris le plaignant, étaient mis à pied, probablement à cause du manque de travail. La «mise à pied hivernale» durait de deux semaines à trois mois, selon les années⁴¹. En 1979-1980, la mise à pied hivernale n’a duré qu’environ deux semaines. Le 21 mars 1980, la société a renvoyé le plaignant. Celui-ci a déposé une plainte en vertu du Code et un arbitre a été nommé pour entendre cette plainte. Toutefois, la société s’y est opposée au motif que la mise à pied annuelle avait interrompu la continuité de l’emploi du plaignant et que, par conséquent, il n’avait pas les douze mois consécutifs d’emploi continu alors exigés à l’alinéa 61.5(1)a) du Code. Le juge en chef Thurlow, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour, a rejeté l’argument de la société, en indiquant ceci à la page 824:

Les conditions de l’emploi ne sont stipulées nulle part. La relation qui existe entre l’employeur et le salarié au cours de la période ainsi appelée «mise à pied hivernale» n’est pareillement stipulée nulle part. La preuve la plus révélatrice dont dispose la Cour à cet égard est la déclaration de la requérante dans sa lettre du 12 mai 1980 où il est dit que Kraus a été «mis à pied» du 21 décembre 1979 au 7 janvier 1980. Cela pour le moins est compatible avec le maintien de l’emploi au cours de la période et sous-entend que l’arrangement était que l’employé devrait reprendre le travail au terme de la période. Rien de ce que l’on rapporte de la décision n’est incompatible avec une telle conclusion. De plus, on ne dit pas que cette mise à pied fut causée par le manque de travail ou la cessation d’une fonction. Voir le paragraphe 61.5(3).

Dans ces circonstances, je ne suis convaincu ni que l’emploi ne s’est pas poursuivi au cours de la période pendant laquelle Kraus était «mis à pied» ni que la conclusion de l’arbitre, que l’emploi de Kraus doit être considéré comme «continu» aux termes de la loi, était erroné. L’opposition de la requérante est donc rejetée. [Non souligné dans l’original.]

[46] À mon avis, il ressort implicitement du raisonnement de la Cour que c’est la durée de la période

ment, and not the period of active work, that is relevant to what is now paragraph 240(1)(a). An annual layoff does not necessarily interrupt the continuity of an ongoing employment relationship between an employee and an employer. Under this reasoning, seasonal employees, like the appellants in this case, may still qualify for protection under the unjust dismissal provisions of the Code, provided their employment relationships can be construed as having survived their annual layoff unbroken. It is a factual determination which requires construing the intentions of both parties by looking at all of the relevant circumstances of the employment. Although not an exhaustive list, the following factors may be relevant: the duration of the employment relationship; the duration of the annual layoff; the terms of the written employment contract, if any; the information provided to the employee concerning the layoff, whether on his or her record of employment or not; and the customs and practices in the industry. The object is to determine whether the employment relationship continued during the period in which the employee did not perform active work. If yes, and if that relationship lasted unbroken for a period in excess of 12 consecutive months, the employee has met the qualifying condition in paragraph 240(1)(a) and, subject to the other qualifying conditions being satisfied, is eligible to file a complaint under the Code.

[47] However, contrary to the established body of decisions by adjudicators interpreting *Pioneer Grain* in this manner, the Motions Judge attempted to restrict the *ratio* of the decision of this Court. He held that the decision merely stood for the narrow proposition that, in cases dealing with a permanent employee, the continuity of his or her ongoing employment relationship is “unaffected by a yearly layoff of a *de minimis* duration.”⁴² I do not agree with this interpretation of *Pioneer Grain*. In my respectful view, while the duration of the annual layoff is relevant to the factual determination as to whether or not the employment relationship has been severed, it is not a principled basis upon which to establish a legal principle. How short is a lay-off of “*de minimis* duration”? The Motions Judge placed a great deal of emphasis on the fact that, in the year that the complainant in *Pioneer*

d’emploi, et non la période de travail actif, qui est pertinente aux fins de ce qui est maintenant l’alinéa 240(1)a). Une mise à pied annuelle n’interrompt pas nécessairement la continuité d’une relation d’emploi permanente entre un salarié et un employeur. En vertu de ce raisonnement, les employés saisonniers, comme les appelants en l’espèce, peuvent toujours se prévaloir de la protection offerte par les dispositions du Code concernant le congédiement injuste, pourvu que l’on puisse conclure que leur relation d’emploi a survécu à leur mise à pied annuelle. Il s’agit là d’une décision de fait qui exige que les intentions des deux parties soient interprétées au regard de l’ensemble des circonstances relatives à l’emploi. Sans constituer une liste exhaustive, les facteurs suivants peuvent être pertinents: la durée de la relation d’emploi; la durée de la mise à pied annuelle; les termes du contrat de travail écrit, s’il y en a un; les renseignements fournis à l’employé concernant la mise à pied, savoir si elle figurera ou non sur son relevé d’emploi, et les pratiques de l’industrie. L’objectif est de déterminer si la relation d’emploi a été maintenue pendant la période au cours de laquelle l’employé n’a pas travaillé activement. Dans l’affirmative, et si cette relation est demeurée continue pendant une période de plus de douze mois consécutifs, l’employé a satisfait à la condition d’admissibilité énoncée à l’alinéa 240(1)a) et, sous réserve qu’il satisfasse aux autres conditions d’admissibilité, il peut déposer une plainte en vertu du Code.

[47] Toutefois, contrairement à la jurisprudence établie par les arbitres qui ont interprété *Pioneer Grain* en ce sens, le juge des requêtes a essayé de restreindre la *ratio decidendi* de la présente Cour. Il a statué que la décision appuie simplement le principe limité selon lequel, dans les cas ayant trait à des employés permanents, «une mise à pied annuelle d’une courte durée n’interrompt pas automatiquement» la continuité de cet emploi permanent⁴². Je n’accepte pas cette interprétation de *Pioneer Grain*. En toute déférence, bien que la durée de la mise à pied annuelle soit pertinente à la décision de fait de savoir si la relation d’emploi a été interrompue, elle ne peut servir de fondement à l’établissement d’un principe juridique. Combien de temps dure une mise à pied de «courte durée»? Le juge des requêtes a accordé beaucoup d’importance au fait que, dans l’année au cours de laquelle le plaignant

Grain was dismissed, the cold weather layoff only lasted for two weeks. He considered two weeks to be a layoff of “*de minimis*” duration. But, there was also evidence in that case that the cold weather layoff had, in other years, lasted as long as three months. Nevertheless, this Court held that the continuity of the employment relationship had not been severed by the annual layoff. It is clear to me that the Court did not rely on the “*de minimis*” concept in reaching its conclusion.

[48] In this case, the Adjudicator found, based on the evidence, that the appellants were permanent seasonal employees of the respondent; employees with a right of recall (subject only to renewal of the respondent’s contract to provide the river guardian services), and a legitimate expectation of being recalled. The appellants, in other words, had established a consistent pattern of employment, the continuity of which was not severed by the annual layoff. Although the duration of their annual layoff was longer than in *Pioneer Grain*, I am of the view that the Adjudicator did not make any reviewable error in concluding that the appellants’ employment relationship with the respondent continued during their annual layoff. While the interpretation of paragraph 240(1)(a) is properly subject to review for correctness, the application of that provision to the facts of the case (i.e., the determination as to whether the employer-employee relationship did, in fact, last uninterrupted for at least 12 consecutive months) is within the particular expertise of the Adjudicator. His findings should not be interfered with unless patently unreasonable. I do not find them so.

[49] The Motions Judge recognized that he owed deference to the Adjudicator’s finding that the appellants had established a consistent pattern of seasonal employment with the respondent.⁴³ However, he refused to recognize the Adjudicator’s finding on the evidence that the appellants were permanent seasonal employees whose employment relationship was not interrupted by their annual layoff. He ought to have

a été congédié dans *Pioneer Grain*, la mise à pied hivernale n’a duré que deux semaines. Il a estimé que deux semaines de mise à pied étaient de «courte durée». Mais d’autres éléments de preuve dans cette affaire indiquaient que la mise à pied hivernale avait déjà duré jusqu’à trois mois certaines années. Néanmoins, la Cour a statué que la continuité de la relation d’emploi n’avait pas été interrompue par cette mise à pied annuelle. Il m’apparaît donc clairement que la Cour ne s’est pas appuyée sur ce concept de «courte durée» pour parvenir à sa conclusion.

[48] En l’espèce, en s’appuyant sur la preuve, l’arbitre a conclu que les appelants étaient des employés saisonniers permanents de l’intimée; des employés qui avaient un droit de rappel (assujetti uniquement au renouvellement du contrat de l’intimée en vue de la prestation des services de gardes-pêche), et qui pouvaient légitimement espérer être rappelés. Autrement dit, les appelants avaient établi un scénario régulier de travail, dont la continuité n’était pas interrompue par la mise à pied annuelle. Bien qu’en l’espèce la mise à pied annuelle ait duré plus longtemps que celle de l’affaire *Pioneer Grain*, je suis d’avis que l’arbitre n’a pas commis d’erreur pouvant donner lieu à examen en concluant que la relation d’emploi des appelants avec l’intimée était maintenue pendant la période de mise à pied annuelle. Même si l’interprétation de l’alinéa 240(1)a est à bon droit assujettie à la norme de contrôle de la justesse de la décision, l’application de cette disposition aux faits de l’espèce (c’est-à-dire à la question de savoir si la relation employeur-employé avait en fait été maintenue pendant au moins douze mois consécutifs) relève des connaissances spécialisées de l’arbitre. La Cour ne devrait pas intervenir dans cette décision à moins que celle-ci soit manifestement déraisonnable. À mon avis, elle ne l’est pas.

[49] Le juge des requêtes a reconnu qu’il devait faire preuve de retenue judiciaire à l’égard de la conclusion de l’arbitre selon laquelle il existait un scénario bien établi de travail saisonnier entre les appelants et l’intimée⁴³. Toutefois, il a refusé de faire droit à la conclusion de l’arbitre établissant que les appelants étaient des employés saisonniers permanents et que leur relation d’emploi n’était pas interrompue par leur

accorded deference to that finding, rather than coming to his own determination on the evidence that the appellants were merely temporary employees, terminated at the end of each season, with but “a lingering right of recall”. More importantly, by interpreting the qualifying condition in paragraph 240(1)(a) as requiring 12 consecutive months of uninterrupted work, the Motions Judge, in effect, failed to follow the binding decision of this Court in *Pioneer Grain*. The basis for distinguishing this case from *Pioneer Grain* offered by the Motions Judge does not, in my respectful view, withstand scrutiny once the factual context in which that decision was made is understood in its entirety.

[50] Finally, although it is not strictly necessary to dispose of these appeals, I wish to comment on the reasoning of the Motions Judge with respect to section 29 of the Regulations. Section 29, as it now stands, makes it clear that the absence of an employee from employment due to layoff shall not be construed as an interruption in the continuity of employment unless the layoff constitutes a termination. The amendment, however, came into force after the appellants had filed their complaints. The Motions Judge, therefore, held that the fact that Parliament enacted this amendment meant that, prior to the amendment gaining the force of law, a layoff did constitute an interruption in the continuity of an otherwise ongoing employment relationship. This reasoning is entirely inconsistent with accepted principles of statutory interpretation. It is as likely, indeed, probably more likely, that the purpose of the amendment was to reflect, for greater certainty, the state of the law as it existed at the time of the enactment. To illustrate this error, I need go no further than refer to subsections 45(2) and (3) of the *Interpretation Act*⁴⁴ which read:

45. . . .

(2) The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have

mise à pied annuelle. Il aurait dû faire preuve de retenue à l'égard de cette conclusion, plutôt que d'en venir à sa propre décision, fondée sur la preuve, que les appelants étaient simplement des employés temporaires, dont l'emploi se terminait à la fin de chaque saison, mais en laissant «subsister un droit de rappel». Ce qui est plus important, en interprétant la condition d'admissibilité énoncée à l'alinéa 240(1)a) comme exigeant douze mois consécutifs de travail sans interruption, le juge des requêtes s'est en fait écarté de la décision obligatoire de la Cour dans *Pioneer Grain*. Le fondement à partir duquel il a fait la distinction entre l'espèce et *Pioneer Grain* ne résiste pas, à mon humble avis, à un examen minutieux une fois que le contexte factuel dans lequel cette décision a été prise est compris dans sa totalité.

[50] Finalement, bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de trancher ces appels, j'aimerais faire quelques observations sur le raisonnement du juge des requêtes au sujet de l'article 29 du Règlement. L'article 29, dans sa version actuelle, indique clairement que l'absence d'un employé au travail attribuable à une mise à pied ne doit pas être interprétée comme une interruption de la continuité d'un emploi à moins que la mise à pied constitue un licenciement. Toutefois, la modification est entrée en vigueur après que les appelants eurent déposé leurs plaintes. Par conséquent, le juge des requêtes a statué que le fait que le législateur a adopté cette modification signifie que, avant que la modification ait force de loi, la mise à pied interrompait effectivement la continuité d'une relation d'emploi par ailleurs permanente. Ce raisonnement est tout à fait incompatible avec les principes reconnus d'interprétation des lois. Il est tout aussi vraisemblable, en fait il est probablement plus vraisemblable, que la modification ait eu pour objet de refléter, pour en accroître la certitude, l'état du droit tel qu'il existait au moment de l'adoption. Pour illustrer cette erreur, il suffit de citer les paragraphes 45(2) et (3) de la *Loi d'interprétation*⁴⁴ rédigés dans les termes suivants:

45. . . .

(2) La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édictée, les

been different from the law as it is under the enactment as amended.

(3) The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

[51] For all of these reasons, I conclude that the Motions Judge erred in law in setting aside the decision of the Adjudicator. The Adjudicator made no reviewable error which warranted the interference of the Motions Judge in determining that he had jurisdiction to hear the complaints laid by the appellants under Part III, Division XIV of the Code. Accordingly, I would allow the appeals with costs, set aside the judgment of the Motions Judge, dismiss the application for judicial review, and affirm the decision of the Adjudicator.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[52] MCDONALD J.A. (*dissenting*): This is an appeal from a decision of the Trial Division which set aside the decision of an adjudicator appointed pursuant to the provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, Part III, Division XIV. The appellants in this case allege that they were unjustly dismissed from their employment. The main issue is whether the Trial Judge erred in concluding that the appellants were not eligible for statutory protection from unjust dismissal under the Labour Code as they did not meet the requirements of paragraph 240(1)(a) of the Code. A copy of the reasons will be filed in each of the files mentioned in the style of cause.

[53] In order for an individual to make a complaint of unjust dismissal under the Labour Code, paragraph 240(1)(a) of the Code specifies that the individual must have completed 12 consecutive months of continuous employment. In this case, the appellants worked for 10 to 12 weeks and were then laid off for

considérerait comme telles.

(3) L'abrogation ou la modification, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit.

[51] Pour tous ces motifs, je conclus que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en infirmant la décision de l'arbitre. L'arbitre n'a commis aucune erreur susceptible de révision qui puisse justifier l'intervention du juge des requêtes qui a conclu qu'il avait compétence pour entendre les plaintes déposées par les appelants en vertu de la section XIV de la partie III du Code. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les appels avec dépens, d'infirmier le jugement du juge des requêtes, de rejeter la demande de contrôle judiciaire et de confirmer la décision de l'arbitre.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

[52] LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissent*): Il s'agit d'un appel d'une décision de la Section de première instance qui a annulé la décision d'un arbitre nommé conformément aux dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, partie III, section XIV. Dans cette affaire, les appelants allèguent qu'ils ont été injustement congédiés. La question principale est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les appelants n'avaient pas droit à la protection contre le congédiement injuste accordée en vertu du *Code canadien du travail* étant donné qu'ils ne respectaient pas les conditions énoncés à l'alinéa 240(1)a) du Code. Une copie des présents motifs sera déposée dans chacun des dossiers mentionnés dans l'intitulé de la cause.

[53] En vertu du Code, pour pouvoir déposer une plainte de congédiement injuste en vertu de l'alinéa 240(1)a) du *Code canadien du travail*, une personne doit avoir travaillé sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur. En l'espèce, les appelants ont travaillé chaque année pendant dix à

the remainder of each year. The Adjudicator found that the employment relationship continued during the layoff, and held that the appellants met the 12 consecutive months requirement. The employer appealed to the Trial Division, and the Trial Judge reversed the decision of the Adjudicator. The Trial Judge found that the annual layoffs broke the employment relationship and prevented the employees from completing 12 consecutive months of continuous employment. The former employees now appeal to this Court.

FACTS

[54] The appellants were employed as river guardians by Beothuk Data Systems (BDS—the respondent). As river guardians, they were responsible for ensuring the public's compliance with the provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 and related regulations. Their work season generally ran from July 15 to September 15.

[55] The appellants originally began work as river guardians in 1978 through the Department of Fisheries and Oceans (DFO). In 1983, DFO began contracting out the river guardian program under tender. BDS was the successful bidder every year from 1984 to the time of the hearing. Upon the awarding of the first contract in 1984, BDS hired the appellants as river guardians.

[56] The appellants were employed on a “call-back basis” first by DFO and then BDS. Each year, once BDS had received the contract, a BDS supervisor would call the appellants and tell them when to report for work. The appellants did not have to reapply each year. Further, it appears that the appellants understood and expected that they would be called back at the beginning of each season. At the end of each season, the appellants would receive a record of employment which provided that the reason for its issuance was “shortage of work” and the date of recall was

douze semaines et ont ensuite été mis à pied pour le reste de l'année. L'arbitre a statué que la relation d'emploi a été maintenue pendant la mise à pied, et a conclu que les appelants respectaient la condition d'avoir travaillé sans interruption pendant douze mois. L'employeur a contesté cette décision devant la Section de première instance, qui l'a infirmée. Il a conclu que les mises à pied annuelles avaient interrompu la relation d'emploi, et que, de ce fait, les employés n'avaient pas travaillé sans interruption pendant douze mois pour le même employeur. Les anciens employés s'adressent maintenant à la Cour d'appel pour avoir gain de cause.

LES FAITS

[54] Les appelants ont été embauchés comme gardes-pêche par la Beothuk Data Systems (BDS, l'intimée). À ce titre, ils étaient chargés de veiller à ce que le public respecte les dispositions de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, et ses règlements connexes. La saison de travail s'étendait généralement du 15 juillet au 15 septembre.

[55] Les appelants ont d'abord commencé à travailler comme gardes-pêche en 1978 pour le ministère des Pêches et des Océans (MPO). En 1983, le MPO a commencé à confier l'application du programme des gardes-pêche à des entrepreneurs privés par voie d'appel d'offres. La soumission de la BDS a été retenue chaque année à compter de 1984 jusqu'à la date de l'audience. Dès l'octroi du premier contrat en 1984, la BDS a embauché les appelants comme gardes-pêche.

[56] Les appelants ont été embauchés avec possibilité de rappel au travail d'abord par le MPO et ensuite par la BDS. Chaque année, après l'octroi du contrat, un des superviseurs de la BDS communiquait avec les appelants et leur demandait de se présenter au travail. Les appelants n'avaient pas à présenter de nouvelle demande d'emploi chaque année. En outre, il semble que les appelants croyaient comprendre qu'ils seraient rappelés à l'ouverture de chaque saison et qu'ils s'attendaient à être rappelés. À la fin de chaque saison, les appelants recevaient leur relevé d'emploi

“unknown.” These terms of employment were universally applied to all river guardians.

[57] The appellants Dean and Carew were dismissed from BDS effective July 27, 1990. The appellant Davis was dismissed effective June 22, 1991.

HISTORY OF THE CASE

[58] Upon their dismissals, the appellants complained to the Labour Relations Board alleging unjust dismissal. They were first directed to the provincial Board, but were later advised that their complaint fell under federal jurisdiction. They then sought remedies under Part III of the Labour Code, and an official of Labour Canada was appointed to assist them in settling their complaints. After the procedures had been exhausted and no settlement had been reached, the Minister of Labour appointed an adjudicator to hear the complaints.

[59] The Adjudicator wrote a lengthy decision wherein he decided, among other things, that the appellants were entitled to the protection of the unjust dismissal provisions of the *Canada Labour Code* as they had been in a continuing employment relationship for at least 12 consecutive months.

[60] The employer appealed to the Trial Division, which set aside the decision of the Adjudicator. The appellants now appeal to this Court.

DECISION OF THE TRIAL JUDGE

[61] The main issue before the Trial Judge was whether these employees met the requirements of paragraph 240(1)(a) of the Code. As a preliminary matter, the employer argued that the Adjudicator was without jurisdiction to hear the matter, as it was an issue for the provincial, not federal, Labour Board. The employees argued that it was not open to the employer to raise a jurisdictional issue at that stage in

indiquant que la raison de la délivrance était le «manque de travail» et que la date de rappel au travail était «inconnue». Ces conditions de travail s'appliquaient à tous les gardes-pêche.

[57] Les appelants Dean et Carew ont été congédiés par la BDS le 27 juillet 1990. La date du congédiement de l'appelant Davis est le 22 juin 1991.

CONTEXTE

[58] Au moment de leur congédiement, les appelants ont déposé une plainte au Conseil des relations du travail alléguant qu'ils avaient été injustement congédiés. On leur a d'abord dit de s'adresser à la commission provinciale, puis ils ont été informés que leur plainte relevait de la compétence fédérale. Ils ont donc exercé leur recours en vertu de la partie III du Code du travail et un agent de Travail Canada a été désigné pour les aider à régler leur plainte. Après que les procédures eurent été épuisées sans qu'on parvienne à un règlement, le ministre du Travail a nommé un arbitre pour entendre les plaintes.

[59] L'arbitre a rédigé une longue décision dans laquelle il a statué, notamment, que les appelants avaient droit à la protection offerte par les dispositions du *Code canadien du travail* relatives au congédiement injuste, étant donné qu'ils travaillaient sans interruption depuis au moins 12 mois pour le même employeur.

[60] L'employeur en a appelé à la Section de première instance qui a infirmé la décision de l'arbitre. Les appelants s'adressent maintenant à la présente Cour pour avoir gain de cause.

DÉCISION DU JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE

[61] La question principale dont était saisi le juge de première instance était de savoir si ces employés respectaient les conditions de l'alinéa 240(1)a) du Code. Par voie d'exception préliminaire, l'employeur a fait valoir que l'arbitre n'avait pas compétence pour connaître de cette affaire, étant donné qu'il s'agissait d'une question relevant de la commission provinciale des relations du travail, et non du Conseil canadien

the proceedings. The employees argued that once the Minister accepts a complaint as having been validly filed and appoints an adjudicator, objections based on the propriety of the complaint can no longer be raised.

[62] The Trial Judge considered the jurisdictional arguments and concluded that (at page 464):

. . . it is always open to a party to question the legislative authority of the adjudicator by reference to the propriety of the complaint with respect to which he or she has been appointed.

The Trial Judge went on to hold that the filing of a valid complaint was at the root of the adjudicator's jurisdiction, thus the issue of jurisdiction was properly raised by the employer.

[63] Having dealt with this preliminary issue, the Trial Judge went on to consider the three grounds of review.

Issue 1: Was this an issue properly before the federal Labour Board?

[64] The Adjudicator concluded that he did have jurisdiction to hear this case, as the work of river guardians is tied closely to the federal head of power over sea coast and inland fisheries. The employer took the position that this was an error: the complaint was properly within provincial, not federal jurisdiction.

[65] The Trial Judge noted that pursuant to *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, the standard of review with respect to jurisdictional decisions which have at their root the division of powers between the federal and provincial governments is that of correctness. The Trial Judge went on to note that river guardians are appointed under the federal *Fisheries Act*, and the powers of river guardians are set out in the same Act. The Trial

des relations du travail. Les employés ont fait valoir qu'il n'était pas loisible à l'employeur de soulever une question de compétence à cette étape de l'instance. Ils ont soutenu que, dès que le ministre considère qu'une plainte a été régulièrement déposée et qu'il désigne un arbitre, on ne peut plus soulever d'exception portant sur le bien-fondé de la plainte.

[62] Après avoir examiné les arguments relatifs à la compétence, le juge de première instance a conclu dans les termes suivants (à la page 464):

Il est toujours loisible à une partie de contester l'autorité législative de l'arbitre sur le plan du bien-fondé de la plainte qu'il a été désigné pour entendre.

Le juge de première instance a aussi conclu que la régularité du dépôt d'une plainte est à la source de la compétence de l'arbitre et donc que la question de la compétence avait été soulevée à bon droit par l'employeur.

[63] Ayant rejeté cette exception préliminaire, le juge de première instance a abordé l'analyse des trois moyens invoqués.

Première question: Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il été à bon droit saisi de cette affaire?

[64] L'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour entendre l'affaire, étant donné que le travail des gardes-pêche est étroitement lié au pouvoir du gouvernement fédéral relativement aux pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur. L'employeur a prétendu qu'il s'agissait là d'une erreur: la plainte relevait de la compétence provinciale et non de la compétence fédérale.

[65] Le juge de première instance a fait observer que, conformément à l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, la norme de contrôle applicable aux décisions relatives à la compétence qui prennent leur source dans le partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux est celle de la justesse de la décision. Le juge de première instance a aussi fait observer que les gardes-pêche sont nommés en

Judge concluded that, in his view (at page 476):

... the provisions in the *Fisheries Act* describing the powers of fishery guardians as well as the description of their scope of work provide ample evidence that fishery officers and guardians are the agents chosen by Parliament to supervise and enforce the legislative scheme of the *Fisheries Act* The work of the river guardians can thus fairly be characterized as “vital”, “essential” or “integral” to the core federal undertaking.

Issue 2: Was the Adjudicator correct in deciding that the respondents had completed 12 consecutive months of continuous employment as required by paragraph 240(1)(a) of the Labour Code?

[66] The Adjudicator was persuaded by the fact that paragraph 240(1)(a) requires 12 consecutive months of employment, not 12 consecutive months of work. In the Adjudicator’s view, this revealed the intention of Parliament to allow seasonal workers such as the employees in this case who have 12 months of “continuous employment relationship” to make a complaint under the Labour Code.

[67] The Trial Judge disagreed with this interpretation. He noted that the French version of the provision used the verb “*travailler*”—to work. He applied the shared meaning rule and found that where the English version allowed for two interpretations, whereas the French allowed for only one of those interpretations, the shared meaning is presumed to be the correct meaning in the absence or any reasons to reject it.

[68] Having said this, the Trial Judge noted that the French text had been revised under the authority of the *Statute Revision Act* which provided for revisions which did not change the substance of the enactment. The original version of the French was much closer to that of the English, so the Trial Judge was forced to continue his analysis based on the language in the English version.

vertu de la *Loi sur les pêches*, d’origine fédérale, et que les pouvoirs des gardes-pêche sont énoncés dans cette même Loi. Le juge de première instance conclut qu’à son avis (à la page 476):

... les dispositions de la *Loi sur les pêches* qui énumèrent les pouvoirs des gardes-pêche et le résumé précité de leurs fonctions constituent des éléments de preuve amplement suffisants pour démontrer que les agents des pêches et les gardes-pêche sont les mandataires que le législateur fédéral a choisis pour veiller à l’application et au respect du régime législatif prévu par la *Loi sur les pêches* On peut donc à juste titre qualifier le travail des gardes-pêche de «fondamental», «essentiel» ou «vital» à l’exploitation principale de l’entreprise fédérale.

Deuxième question: L’arbitre a-t-il eu raison de décider que les intimés avaient travaillé sans interruption pendant au moins 12 mois pour la requérante comme l’exige l’alinéa 240(1)a) du Code canadien du travail?

[66] L’arbitre s’est dit convaincu que l’alinéa 240(1)a) exige 12 mois consécutifs d’emploi et non pas 12 mois consécutifs de travail. À son avis, cet alinéa révèle l’intention du législateur d’autoriser les travailleurs saisonniers, comme les employés en l’espèce, qui ont établi des «relations de travail continues» pendant 12 mois à déposer une plainte en vertu du *Code canadien du travail*.

[67] Le juge de première instance n’a pas accepté cette interprétation. Il a fait observer que la version française de la disposition utilisait le verbe «travailler» (*to work*). Il a appliqué le principe du sens commun et conclu que lorsque les termes du texte anglais se prêtent à deux interprétations, tandis que le texte français ne peut recevoir qu’un seul de ces sens, celui-ci est considéré comme le sens commun aux deux versions et est présumé en être le véritable sens s’il n’existe pas de raison de l’écarter.

[68] Cela dit, le juge de première instance a fait observer que le texte français avait été révisé sous l’autorité de la *Loi sur la révision des lois* qui permet d’apporter des changements aux lois sans en modifier le fond. La version originale française était beaucoup plus près du texte anglais, ce qui a obligé le juge de première instance à poursuivre son analyse en s’appuyant sur le texte anglais.

[69] The Trial Judge then turned to the jurisprudence relating to paragraph 240(1)(a). The Adjudicator found the decision of this Court in *Pioneer Grain Co. Ltd. v. Kraus*, [1981] 2 F.C. 815 to be applicable to the case at bar. This approach and interpretation was consistent with other decisions of adjudicators purporting to apply *Pioneer Grain*: see, e.g., *Ghislain Simard v. Cablevision Baie St-Paul Inc.* (Tousignant, 1989); *Pierre Mongrain v. Pelee Island Transportation* (Abramowitz, 1986). These cases among others have interpreted *Pioneer Grain* as meaning that where a continuous pattern of employment can be said to exist between the parties, there is continuous employment for the purposes of subsection 240(1). According to this reasoning, a right of recall may be evidence of an ongoing contractual relationship and proscribes the limitation in paragraph 240(1)(a) with respect to seasonal workers.

[70] The Trial Judge took an entirely different tack. He found that *Pioneer Grain* stands only for the proposition that a brief stoppage of work each year in the context of an otherwise ongoing and continuous employment does not necessarily bring that employment to an end. That is, where the layoff is of a *de minimis* duration, the employment contract will be found to subsist. In the Trial Judge's view, the subsequent decisions of adjudicators purporting to extend the application of *Pioneer Grain* to seasonal workers are in error.

Issue 3: Is the amendment to section 29 of the Regulations determinative of the finding that the appellants' seasonal layoff does not constitute an "interruption of employment" for the purposes of paragraph 240(1)(a)?

[71] The employees attempted to rely on the amended version of section 29 of the Regulations which provides that seasonal workers will be deemed not to have interrupted continuity of employment. The Trial Judge noted that this provision came into effect after these employees were terminated and therefore it was not applicable.

[69] Le juge de première instance a ensuite analysé la jurisprudence ayant trait à l'alinéa 240(1)a. L'arbitre a conclu que la décision de la présente Cour dans *Pioneer Grain Co. Ltd. c. Kraus*, [1981] 2 C.F. 815, était applicable à l'espèce. Cette interprétation est conforme à d'autres décisions arbitrales qui ont appliqué l'arrêt *Pioneer Grain*: voir, par exemple, *Ghislain Simard c. Cablevision Baie St-Paul Inc.* (Tousignant, 1989); *Pierre Mongrain c. Pelee Island Transportation* (Abramowitz, 1986). D'après ces décisions, notamment, l'arrêt *Pioneer Grain* signifie que, si l'on fait la preuve de l'existence d'un cycle continu d'emploi entre les parties, il y a des relations d'emploi continues pour les fins du paragraphe 240(1). Selon ce raisonnement, un droit de rappel au travail peut être une preuve qu'il existe des relations contractuelles continues, ce qui soustrait les travailleurs saisonniers à la restriction prévue à l'alinéa 240(1)a.

[70] Le juge de première instance a adopté une position tout à fait différente. Il a conclu que l'arrêt *Pioneer Grain* n'appuie que le principe limité selon lequel un bref arrêt de travail annuel qui s'inscrit dans le cadre d'un emploi par ailleurs permanent et continu ne met pas nécessairement fin à cet emploi. Autrement dit, en cas de mise à pied de courte durée, le contrat de travail subsiste. De l'avis du juge de première instance, les décisions subséquentes des arbitres qui ont voulu étendre l'application de l'arrêt *Pioneer Grain* aux travailleurs saisonniers sont erronées.

Troisième question: La modification de l'article 29 du Règlement est-elle essentielle à la conclusion selon laquelle la mise à pied saisonnière des appelants n'interrompt pas la «continuité de l'emploi» pour les fins de l'alinéa 240(1)a)?

[71] Les employés ont essayé de s'appuyer sur la version modifiée de l'article 29 du Règlement qui stipule que la mise à pied des travailleurs saisonniers n'est pas réputée avoir interrompu la continuité de leur emploi. Comme cette disposition est entrée en vigueur après le renvoi des employés en question, le juge de première instance a conclu qu'elle n'était pas applicable.

ISSUES

[72] There are three main issues in this case:

(1) Did the Trial Judge err in concluding that the employer could raise the issue of jurisdiction on judicial review;

(2) Did the Trial Judge err in concluding that the appellants did not meet the requirements of paragraph 240(1)(a) of the Labour Code; and

(3) Is the amendment to section 29 of the Regulations determinative of the finding that the appellants' seasonal layoff does not constitute an "interruption of employment" for the purposes of paragraph 240(1)(a)?

ANALYSIS

Issue 1: Did the Trial Judge err in concluding that the employer could raise the issue of jurisdiction on judicial review?

[73] The appellants argue that this issue was not properly before the Trial Judge on an application for judicial review. The appellants submit that once an adjudicator is appointed by the Minister, there is no longer an issue as to the jurisdiction of the adjudicator. In response, BDS argues that the issue of jurisdiction is always alive, and the Trial Judge was correct to address the issue.

[74] I am of the view that the Trial Judge was correct in his interpretation of this issue. Jurisdictional issues are always alive and may be raised at any point in the proceedings. Simply because a Minister believes a dispute to be subject to federal jurisdiction does not mean that a dispute necessarily is a matter for federal jurisdiction.

[75] As for the merits of the jurisdictional argument, it is clear that the river guardian positions are gov-

LES QUESTIONS EN LITIGE

[72] Voici les trois principales questions qui se posent en l'espèce:

(1) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que l'employeur pouvait soulever la question de la compétence au cours d'une procédure de contrôle judiciaire;

(2) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les appelants ne respectaient pas les conditions de l'alinéa 240(1)a) du *Code canadien du travail*; et

(3) La modification de l'article 29 du Règlement est-elle essentielle à la conclusion selon laquelle la mise à pied saisonnière des appelants n'interrompt pas la «continuité de l'emploi» pour les fins de l'alinéa 240(1)a)?

ANALYSE

Première question: Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que l'employeur pouvait soulever la question de la compétence au cours d'une procédure de contrôle judiciaire?

[73] Les appelants font valoir que cette questio. . . pas été soumise à bon droit au juge de première instance dans une demande de contrôle judiciaire. Ils font valoir qu'une fois qu'un arbitre est nommé par le ministre, la compétence de l'arbitre ne peut plus être remise en cause. En réponse, la BDS a fait valoir que la question de la compétence peut être soulevée en tout temps, et que le juge de première instance a traité à bon droit de cette question.

[74] Je suis d'avis que le juge de première instance a correctement interprété cette question. Les questions de compétence peuvent être soulevées en tout temps et à toutes les étapes de l'instance. Le simple fait que le ministre croit qu'un différend relève de la compétence fédérale ne signifie pas nécessairement que tel est le cas.

[75] Quant au bien-fondé de l'argument concernant la compétence, il est clair que les postes de gardes-

erned by federal statute. I agree with the Trial Judge's conclusion that these positions are federal in nature as they are vital to the core federal undertaking of enforcement of the *Fisheries Act*. In my view, this matter was properly considered to be within federal, not provincial jurisdiction.

pêche sont régis par une loi fédérale. Je suis d'accord avec la conclusion du juge de première instance qui conclut que ces postes sont de nature fédérale étant donné qu'ils sont essentiels à l'exploitation principale de l'entreprise fédérale qui consiste à appliquer la *Loi sur les pêches*. À mon avis, il était juste de considérer que cette affaire relève de la compétence fédérale et non provinciale.

Issue 2: Did the Trial Judge err in concluding that the appellants did not meet the requirements of paragraph 240(1)(a) of the Labour Code?

Deuxième question: Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les appelants ne respectaient pas les conditions de l'alinéa 240(1)a) du Code canadien du travail?

[76] Section 240 of the Labour Code states:

[76] L'article 240 du *Code canadien du travail* stipule ce qui suit:

240. (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

240. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

[77] As a starting point it is important to note that on issues of law, the standard of review of the decision of the Adjudicator is that of correctness: *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.); *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354 (C.A.). The interpretation of subsection 240(1) is clearly a question of law, so the question for this Court is whether the Adjudicator's or Trial Judge's interpretation of section 240 was the correct approach in law.

[77] Il est important de noter dès le départ que, pour ce qui concerne les questions de droit, la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre est celle de la justesse de la décision ou de l'absence d'erreur: *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.); *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354 (C.A.). L'interprétation du paragraphe 240(1) étant manifestement une question de droit, la question que doit trancher la présente Cour est donc de déterminer si l'interprétation que l'arbitre ou le juge de première instance ont donnée de l'article 240 est juste du point de vue juridique.

(a) Principles of Interpretation

a) Les principes d'interprétation

[78] In interpreting section 240 of the Labour Code, I am mindful of the words of the Supreme Court of Canada in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, where Lamer J. [as he then

[78] Pour interpréter l'article 240 du Code du travail, je garde à l'esprit les mots de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, dans lequel le juge

was] spoke to the purpose of the provisions in the Labour Code with respect to unjust dismissal. In his view, the purpose of the provisions is to (at page 1072):

... give non-unionized employees a means of challenging a dismissal they feel to be unjust and at the same time to equip the adjudicator with the powers necessary to remedy the consequences of such a dismissal.

[79] While this statement of purpose is true of the remedial provisions, access to the relief provided by those provisions is governed by section 240. In effect, subsection 240(1) is a gatekeeper provision which operates to limit the application of the subsequent remedial provisions. It is the scope of that limitation and not the scope of remedy which is at issue in this case.

(b) Was there a subsisting employment relationship?

[80] In argument before this Court, BDS took the position that it does not agree that the employees in this case were "permanent employees" of BDS. The respondent noted that the employment of the appellants would generally consist of 10 weeks per year, although in some years this would be extended an additional two or three weeks. The respondent argued there was no employment relationship between BDS and the appellants for the rest of the calendar year.

[81] BDS also argued that there was no subsisting employment relationship due to the fact that each year, the contract had to be renewed by the federal government. Thus, there was no reasonable prospect of employment until and unless the contract was renewed. The employer argued that the employment contract terminated each year.

[82] BDS went on to take the position that the jurisprudence developed by tribunals with respect to paragraph 240(1)(a) and its application to seasonal workers has been that where the employee's recall from seasonal layoff depends on the employer funding the job by winning a tender competition, continuity is generally held to have been interrupted. In the case at bar, further employment was entirely dependent on BDS winning a new contract each year, so BDS

Lamer [alors juge puîné] analyse l'objet des dispositions du Code du travail ayant trait au congédiement injuste. À son avis, le but de ces dispositions est (à la page 1072):

... d'offrir à l'employé non syndiqué un moyen de contester un congédiement qu'il juge injuste et parallèlement d'offrir à l'arbitre les pouvoirs nécessaires pour remédier aux effets d'un tel congédiement.

[79] Bien que ce soit là le but véritable des dispositions rectificatrices, l'accès au redressement prévu par ces dispositions est régi par l'article 240. En effet, le paragraphe 240(1) est une disposition de contrôle dont le rôle est de limiter l'application des dispositions rectificatrices subséquentes. C'est la portée de la restriction, et non la portée du redressement qui est en cause en l'espèce.

(b) La relation d'emploi a-t-elle été maintenue?

[80] Au cours du débat devant la présente Cour, la BDS a fait valoir qu'elle ne peut accepter que les employés faisaient partie de ses «employés permanents». L'intimée a fait observer que l'emploi des appelants s'échelonnait généralement sur dix semaines par année, et exceptionnellement sur deux ou trois semaines de plus. L'intimée a donc soutenu qu'il n'y avait pas de relation d'emploi entre elle et les appelants pendant le reste de l'année civile.

[81] La BDS a également fait valoir que la relation d'emploi ne pouvait être maintenue puisque, chaque année, le contrat devait être renouvelé par le gouvernement fédéral. Il n'y avait donc pas de possibilité raisonnable d'emploi tant et aussi longtemps que ce contrat n'était pas renouvelé. L'employeur a prétendu que le contrat de travail se terminait chaque année.

[82] La BDS a de plus fait valoir que la jurisprudence élaborée par les tribunaux concernant l'alinéa 240(1)a) et son application aux travailleurs saisonniers indique que lorsque le rappel au travail d'un employé saisonnier mis à pied dépend de la possibilité pour l'employeur de trouver des fonds pour payer son salaire grâce à l'obtention d'un marché à la suite d'un appel d'offres, les tribunaux ont généralement statué qu'il y avait eu interruption. En l'espèce, les possibili-

contended that the continuity of the employee's employment was broken.

[83] In *Employment Law In Canada* by Christie *et al.*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1993, at page 672), the authors state:

The requirement that the claimant have 12 consecutive months of continuous employment reflects three concerns:

- (1) to reduce a heavy caseload that would otherwise likely exist;
- (2) to provide a rough and ready "probationary" period enabling the employer to assess the employee's capability; and
- (3) to parallel the "job property" rationale of seniority as it is commonly understood in their collective agreements.

The Code, with few exceptions, does not specify which events will rupture "continuous" employment, unlike most collective agreements . . . it has largely fallen to the adjudicator to develop a jurisprudence on the matter.

...
Similarly, where the employee's recall from seasonal lay-off depends on the employer funding the job by winning a tender competition, it has been held that continuity is interrupted because the employer could not fairly be said to intend to guarantee a recall under such circumstances. Rather, the employee is hired under a series of fixed-term contracts that expire at the end of each season with the termination of each funding contract. [Emphasis added.]

[84] In the case at bar, BDS' contract with the government became an option contract in 1988. That is to say, the contract was presumed to be renewed each year unless BDS was informed otherwise. The appellants argued that the fact that the contract has been on an option basis supports a finding that there was a continuous employment relationship.

tés futures d'emploi dépendaient entièrement de la possibilité que la BDS obtienne un nouveau contrat chaque année, et la BDS soutient qu'il y a eu interruption d'emploi.

[83] Dans l'ouvrage *Employment Law in Canada*, par Christie *et al.*, 2^e édition (Toronto: Butterworths, 1993, à la page 672), les auteurs indiquent ceci:

[TRADUCTION] L'exigence selon laquelle le plaignant doit avoir travaillé «sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur» témoigne de trois préoccupations:

- (1) réduire le nombre élevé de dossiers qui, autrement, existerait probablement;
- (2) fournir à l'employeur une période «d'essai» approximative qui lui permet d'évaluer les capacités de l'employé;
- (3) faire écho au principe de base de l'ancienneté qui est consacré par la plupart des conventions collectives, à savoir le «droit de propriété de l'employé sur son emploi».

À la différence de la plupart des conventions collectives, le Code ne précise pas, à quelques exceptions près, quels événements constituent une «interruption» d'emploi . . . C'est en grande partie aux arbitres qu'il est revenu d'élaborer une jurisprudence sur cette question.

...
De même, lorsque le rappel du travailleur saisonnier mis à pied dépend de la possibilité pour l'employeur de trouver des fonds pour payer son salaire grâce à l'obtention d'un marché à la suite d'un appel d'offres, il a été jugé qu'il y a interruption parce qu'on ne peut pas dire en toute justice que l'employeur avait l'intention de garantir le rappel dans ces conditions. Dans ce cas, l'employé est plutôt engagé aux termes d'une série de contrats à durée déterminée qui expirent à la fin de chaque saison au même moment que le marché obtenu. [Les soulignements ne figurent pas dans l'original.]

[84] En l'espèce, le contrat de la BDS avec le gouvernement est devenu un contrat assorti d'une option en 1988. Autrement dit, le contrat était présumé être renouvelé chaque année à moins d'indication contraire. Les appelants ont fait valoir que le fait que le contrat était assorti d'une option appuie la prétention selon laquelle il y avait des relations d'emploi continues.

[85] While the existence of an option contract suggests that there was some reasonable expectation of future employment, the Adjudicator specifically found:

Notwithstanding the option provisions the company cannot count on more than a one year (season) contract and therefore, they cannot make employment commitments to River Guardians beyond any particular season. [Decision of the Adjudicator, at p. 5.]

[86] Given the fact that BDS' contract was regularly renewed as an option contract and was not subject to the tendering process each year, it is clear that there was no guarantee that BDS would be awarded the contract in any future year. The Adjudicator notes that the period of notice between the awarding of the contract each year and the commencement of the season was quite short: decision of the Adjudicator, at page 6. In such a situation, it seems unreasonable to conclude that the employee could be held to have a subsisting employment relationship from year to year when the employer could not guarantee work from year to year.

[87] I am not persuaded that the existence of an option to renew the contract with BDS was sufficient to maintain the employment relationship from year to year. I prefer the approach laid out by Christie *et al.* above, whereby the employment is more properly viewed as a series of fixed term contracts. In my view, it would impose an overly onerous obligation on the employer to find a subsisting employment relationship with all the attending rights and obligations where the employer has no guarantee that there will be future work for the laid-off employees.

(c) Right of recall

[88] It was argued by the appellants that the employer's recall practice year after year also suggests that there was a subsisting employment relationship. The employees were subject to a right of recall each year and did not have to reapply or reinterview for their positions.

[85] Bien que l'existence d'un contrat assorti d'une option permette d'espérer raisonnablement un emploi futur, l'arbitre a spécifiquement conclu ceci:

[TRADUCTION] Malgré les dispositions relatives à l'option de renouvellement, la compagnie ne peut compter sur plus d'un contrat d'un an (d'une saison) et elle ne peut donc assurer aux gardes-pêche un emploi pour plus d'une saison. [Décision de l'arbitre, à la p. 5.]

[86] Comme le contrat de la BDS était régulièrement renouvelé au moyen de l'exercice de l'option dont il était assorti et qu'il n'était pas assujéti au processus d'appel d'offres chaque année, il est clair qu'il n'y avait aucune garantie que la BDS obtienne le contrat dans les années suivantes. L'arbitre fait observer que la période d'avis entre l'octroi annuel du contrat et l'ouverture de la saison est assez courte: voir la décision de l'arbitre, à la page 6. Dans une telle situation, il semble déraisonnable de conclure que la relation entre l'employé et son employeur ait pu subsister, alors que l'employeur ne pouvait lui garantir de travail d'une année à l'autre.

[87] Je ne suis pas convaincu que l'existence d'une option de renouvellement du contrat avec la BDS soit suffisante pour maintenir la relation d'emploi d'une année à l'autre. Je préfère la solution proposée par Christie et ses collègues, ci-dessus, selon laquelle l'emploi est plus justement décrit comme une série de contrats à durée déterminée. À mon avis, conclure qu'une relation d'emploi a été maintenue, avec tous les droits et les obligations qui en découlent, imposerait une obligation trop onéreuse à l'employeur dans des situations où celui-ci n'est aucunement assuré de pouvoir offrir du travail aux employés qu'il a mis à pied.

(c) Le droit de rappel

[88] Les appelants font valoir que la pratique suivie par l'employeur qui les a rappelés d'année en année tend également à conclure à l'existence d'une relation d'emploi continue. Les employés étaient assujétiés à un droit de rappel chaque année et n'avaient pas à présenter de nouvelle demande d'emploi ni à subir de nouvelle entrevue pour avoir leur poste.

[89] The Trial Judge concluded that paragraph 240(1)(a) specifically required “continuous employment”. In his view, the plain meaning of the provision required more than 10 to 12 weeks of work per year. He did not accept the argument that the employment contract subsisted throughout the rest of the year due to the call-back practice of the employer.

[90] Conversely, the Adjudicator was quite persuaded by the call-back process. The Adjudicator considered all the elements of the employment arrangement, including the fact that this cycle of employment was repeated for over 10 years, the employees had neither to reapply nor reinterview for the positions, and the same period of employment was involved each year. Further, these employees expected to be rehired each year. It appears that the Adjudicator found this to be a reasonable assumption based on past practice.

[91] While the employees were recalled each year for 10 years, I do not agree that this practice of recall establishes a continuing employment relationship. As explained above, the employment each year was contingent on BDS being awarded a yearly contract. Without that contract, there would be no available employment. In my view, the lack of certainty associated with the acquisition of a new contract overrides the employer’s recall practices.

(d) The French and English text of the statute

[92] The Adjudicator noted, quite correctly in my view, that the English version of the statute refers to “employment” not to continuous weeks of work. Thus, if there is a continuing “employment relationship” (not necessarily continuous “work”) throughout the year, the employees come within paragraph 240(1)(a).

[93] The Trial Judge looked to the French language text of the statute for assistance in interpreting the English text of the provision. While this is often a

[89] Le juge de première instance a conclu que l’alinéa 240(1)a) exige expressément qu’il y ait un «emploi continu» (*continuous employment*). À son avis, le sens ordinaire de la disposition exige plus que dix à douze semaines de travail par année. Il n’a pas accepté l’argument selon lequel le contrat de travail a été maintenu pendant le reste de l’année en raison de la pratique de l’employeur de rappeler les employés au travail.

[90] De même, l’arbitre a été tout à fait persuadé par ce processus de rappel au travail. Il a examiné tous les éléments des arrangements en matière d’emploi, y compris le fait que ce cycle d’emploi s’est répété pendant plus de dix ans, que les employés n’avaient ni présenté de nouvelle demande ni passé une nouvelle entrevue pour obtenir le poste, et que l’emploi était de même durée chaque année. En outre, ces employés s’attendaient à être réembauchés l’année suivante. L’arbitre semble avoir conclu qu’il s’agissait là d’une hypothèse raisonnable se fondant sur la pratique antérieure.

[91] Même si les employés ont été rappelés chaque année pendant dix ans, je ne suis pas d’accord pour dire que cette pratique de rappel au travail établit une relation d’emploi continue. Comme il a été expliqué ci-dessus, chaque année, l’emploi dépendait de la capacité de la BDS d’obtenir un contrat annuel. Sans ce contrat, il n’y avait pas d’emploi disponible. À mon avis, l’incertitude associée à l’octroi d’un nouveau contrat l’emporte sur les pratiques de rappel suivies par l’employeur.

d) Les versions française et anglaise de la loi

[92] L’arbitre fait observer, à bon droit à mon avis, que la version anglaise de la loi fait référence à l’emploi (*employment*) et non à des semaines de travail continu. Ainsi, s’il existe une «relation d’emploi» continue (et pas nécessairement un «travail» continu) pendant toute l’année, les employés sont visés à l’alinéa 240(1)a).

[93] Le juge de première instance s’est inspiré de la version française de la loi pour interpréter le texte anglais de cette disposition. Cette façon de procéder

useful practice, I am not convinced that this was at all helpful in this case. As noted by the Trial Judge, while the current version of the French provision uses the word “*travailler*”, the previous version had language similar in substance to that of the present English provision. The change in French wording came about as a result of actions taken under the *Statute Revision Act*, an Act which specifically mandates only those revisions which do not change the substance of the enactment. In my view, the change in wording, in so far as it changed the sense of the French provision, was done without proper authority, rendering the current French version of limited assistance in this case.

(e) Jurisprudence

[94] Subsection 240(1) (then section 61.5) was considered by this Court in the case of *Pioneer Grain Co. Ltd. v. Kraus*, [1981] 2 F.C. 815. In *Pioneer Grain*, the Court was faced with a long-term construction worker who complained of unjust dismissal. The employee was laid off for several weeks each year when the weather was too cold to work. For the remainder of the year, the employee was permanent and full-time. The employer argued that the employee was not entitled to the protection of the Labour Code, as the employee had not completed 12 consecutive months of continuous employment. The Court concluded that the employee was entitled to the protection of the statute, as the employment relationship continued during the lay-off period.

[95] The Adjudicator purported to apply *Pioneer Grain* to the case at bar and concluded that it stood for the proposition that seasonal workers may have an employment relationship that continues throughout the lay-off period. Thus, in the view of the Adjudicator, seasonal employees such as the appellants meet the requirement of 12 consecutive months of continuous employment laid out in paragraph 240(1)(a) where there is evidence of a continuing employment relationship. The Adjudicator found such evidence of a continuing employment relationship and concluded that the appellants met the requirements of paragraph 240(1)(a).

est souvent utile, mais je ne suis pas convaincu qu'elle l'a été en l'espèce. Comme l'a fait observer le juge de première instance, bien que la version française de la disposition actuelle utilise le verbe «travailler», la version antérieure était formulée de façon beaucoup plus semblable au texte anglais actuel. La version française a été modifiée par suite de l'application de la *Loi sur la révision des lois*, qui permet expressément d'apporter des changements à une loi sans en modifier le fond. À mon avis, le changement de formulation, dans la mesure où il a modifié le sens de la version française, a été fait illégalement, et restreint grandement l'utilité de cette version en l'espèce.

e) La jurisprudence

[94] Le paragraphe 240(1) (qui était alors l'article 61.5) a été examiné par la présente Cour dans l'arrêt *Pioneer Grain Co. Ltd. c. Kraus*, [1981] 2 C.F. 815. Dans cet arrêt, la Cour était saisie du cas d'un travailleur de la construction de longue date qui alléguait avoir été congédié injustement. L'employé était mis à pied pendant plusieurs semaines chaque année quand il faisait trop froid pour travailler. Pendant le reste de l'année, il travaillait de façon permanente et à plein temps. L'employeur a fait valoir que l'employé n'avait pas droit à la protection du Code du travail, étant donné que son emploi n'avait pas été continu durant douze mois consécutifs. La Cour a conclu que l'employé avait droit à la protection de la loi, étant donné que la relation d'emploi avait été maintenue pendant la période de mise à pied.

[95] L'arbitre a essayé d'appliquer l'arrêt *Pioneer Grain* à l'espèce et a conclu que cet arrêt appuyait le principe voulant que les travailleurs saisonniers puissent avoir une relation d'emploi qui subsiste pendant la période de mise à pied. Donc, de l'avis de l'arbitre, les employés saisonniers comme les appellants respectent la condition des douze mois consécutifs d'emploi continu dont il est question à l'alinéa 240(1)a), quand on peut faire la preuve de l'existence d'une relation d'emploi continue. L'arbitre a estimé que cette preuve existait et il a conclu que les appellants respectaient les conditions de l'alinéa 240(1)a).

[96] The appellants submit that the Adjudicator was correct in his application and interpretation of *Pioneer Grain* to this case. In the appellants' submissions, the employment relationship continued throughout the layoff period, and the approach of the Adjudicator should be upheld. The appellants go on to argue that once the correct interpretation of subsection 240(1) is established, it falls to the Adjudicator to assess the facts of the case. The decision of the Adjudicator with respect to the assessment of these facts is reviewable only where it is patently unreasonable.

[97] Conversely, BDS argues that the Adjudicator erred in his interpretation and application of *Pioneer Grain* and takes the position that the Trial Judge was correct in his interpretation of the law relating to paragraph 240(1)(a).

[98] I am inclined to the view that the Adjudicator erred in his interpretation and application of *Pioneer Grain* in the case at bar. I do not agree that *Pioneer Grain* operates to extend the scope of paragraph 240(1)(a) so as to include all seasonal workers. Firstly, it is not at all clear that the employee in *Pioneer Grain* could actually be termed a "seasonal employee." As I understand the term "seasonal employee," it refers to employees who work for a fixed period of time each year. Fishers are a classic example of seasonal employees, as are river guardians. I do not see that this perception of what constitutes a seasonal employee includes an individual such as the employee in *Pioneer Grain*. In that case, the employee was laid off for a short and variable amount of time each year. His layoff was entirely of a *de minimis* duration. This short period of layoff when the weather was too cold to permit work does not render the worker a "seasonal employee".

[99] Subsequent application of *Pioneer Grain* by adjudicators has extended the case to a seasonal employee who worked for three or four months per year (*Simard, supra*). Upon considering the employment relationship as a whole, including the recall practice of the employer, the Adjudicator in *Simard* found that there was a continuing employment relationship.

[96] Les appelants font valoir que l'arbitre a correctement interprété et appliqué l'arrêt *Pioneer Grain* aux faits de l'espèce. Selon leurs arguments, la relation d'emploi a subsisté pendant la période de mise à pied, et l'interprétation de l'arbitre devrait être confirmée. Les appelants font également valoir qu'une fois que l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 240(1) est correctement établie, il incombe à l'arbitre d'évaluer les faits de la cause. La décision de l'arbitre concernant l'évaluation de ces faits est susceptible de révision uniquement si elle est manifestement déraisonnable.

[97] Par ailleurs, la BDS fait valoir que l'arbitre a commis une erreur dans son interprétation et son application de l'arrêt *Pioneer Grain* et soutient que le juge de première instance a correctement interprété l'alinéa 240(1)a).

[98] Je préfère l'opinion selon laquelle l'arbitre a commis une erreur en interprétant et en appliquant l'arrêt *Pioneer Grain* aux faits de l'espèce. Je ne crois pas que l'arrêt *Pioneer Grain* a pour effet d'étendre la portée de l'alinéa 240(1)a) aux travailleurs saisonniers. Tout d'abord, il n'est pas du tout certain que l'employé dans l'arrêt *Pioneer Grain* puisse être qualifié d'«employé saisonnier». À mon sens, un employé saisonnier, c'est un employé qui travaille pendant une période fixe chaque année. Les pêcheurs, tout comme les gardes-pêche, en sont l'exemple classique. Je ne vois pas comment cette définition d'un travailleur saisonnier peut englober une personne comme l'employé dans *Pioneer Grain*. Dans cette affaire, l'employé était mis à pied pendant une courte période variant chaque année. Sa mise à pied était de très courte durée. Cette courte période de mise à pied, quand il faisait trop froid pour travailler, ne fait pas de ce travailleur un «employé saisonnier».

[99] Par la suite, les arbitres ont étendu l'arrêt *Pioneer Grain* aux employés saisonniers qui travaillent pendant trois ou quatre mois par année (voir *Simard*, précité). Après avoir examiné la relation d'emploi générale, y compris la pratique de rappel au travail suivie par l'employeur, l'arbitre dans *Simard* a conclu qu'il y avait une relation d'emploi continue.

[100] The Trial Judge concluded that this subsequent consideration of *Pioneer Grain* extended the decision beyond its intended scope. I am compelled to agree. In *Pioneer Grain*, the worker was laid off for a few weeks each year while it was too cold to work. The Court found that this layoff was not sufficient to sever the employment relationship, as the worker resumed work once this *de minimis* layoff ended. In my view, this does not mean that all seasonal employees are capable of having a continuous employment relationship for 12 consecutive months when they are actually employed for a few months of the year.

[101] A more crucial, distinguishing feature than the length of the layoff is the fact that in *Pioneer*, the employee was given a specific restart date at the time of the layoff. The Court in *Pioneer* found, and I agree, that this specification of a restart date suggested that the employment relationship continued during the lay-off period.

[102] In this case, the employees worked for 12 to 14 weeks per year. Upon termination, there was no restart date specified. In fact, there could not have been such a date specified, as the availability of future work was contingent on the employer successfully bidding for the work the following year.

[103] Another important distinction between *Pioneer* and the case at bar is that in *Pioneer* there was no argument that the employer was dependent upon a successful contract bid to renew the claimant's employment. The employee in *Pioneer* was laid off not because the necessary work had been completed, but because environmental conditions precluded the necessary work from being done. In my view, this is entirely distinguishable from the case at bar where there was a specified employment contract which was completed at the end of each year.

[104] In my view, the application of *Pioneer* to this case stretches the application of *Pioneer* well beyond

[100] Le juge de première instance a conclu que cette façon d'analyser l'arrêt *Pioneer Grain* étendait la portée de la décision au-delà de celle que la Cour avait eu l'intention de lui donner. Je ne peux que souscrire à cette affirmation. Dans l'arrêt *Pioneer Grain*, le travailleur était mis à pied pendant quelques semaines chaque année, parce qu'il faisait trop froid pour travailler. La Cour a jugé que cette mise à pied n'était pas suffisante pour rompre la relation d'emploi, étant donné que l'employé reprenait le travail à la fin de cette mise à pied de courte durée. À mon avis, cela ne signifie pas que tous les employés saisonniers peuvent avoir une relation d'emploi continue pendant douze mois consécutifs alors qu'ils ne travaillent en fait que quelques mois par année.

[101] Il y a un facteur plus essentiel que la durée de la mise à pied pour établir la distinction avec l'arrêt *Pioneer*: c'est en fait la date précise de reprise du travail qui était donnée à l'employé. Dans *Pioneer*, la Cour a conclu, et je suis d'accord avec elle, que la fixation d'une date de reprise du travail laisse présumer que la relation d'emploi avait subsisté pendant la période de mise à pied.

[102] En l'espèce, les employés travaillaient pendant douze à quatorze semaines par année. À l'arrêt du travail, aucune date de reprise n'était fixée. En fait, il était impossible de préciser une telle date, étant donné que la disponibilité du travail à venir dépendait de la capacité de l'employeur à obtenir le contrat pour assurer le travail de l'année suivante.

[103] Il convient de faire une autre distinction importante entre *Pioneer* et l'espèce: dans *Pioneer*, il n'était pas question de la capacité de l'employeur d'obtenir un contrat en participant à un appel d'offres pour renouveler l'emploi du plaignant. L'employé dans l'arrêt *Pioneer* était mis à pied non pas parce que le travail nécessaire était terminé, mais parce que les conditions climatiques l'empêchaient d'effectuer les travaux nécessaires. À mon avis, il s'agit là d'un point tout à fait distinct des faits de l'espèce où l'on est en présence d'un contrat d'emploi précis se terminant à la fin de chaque année.

[104] À mon avis, l'application de l'arrêt *Pioneer* aux faits de l'espèce étend la portée de cet arrêt bien

its intended scope. The Court in *Pioneer* could not have intended to negate the clear wording of paragraph 240(1)(a). The facts of *Pioneer* simply dictate that although there was a layoff, the fact that there was a specified date of recall and the layoff was of *de minimis* duration rebutted any presumption that the employment relationship had ended.

[105] Even if I am in error and the Adjudicator did not exceed the intended scope of *Pioneer*, I believe this case is distinguishable on the contract issue. I cannot agree that there is a continuing employment relationship throughout the year when there is no remaining work and no confirmed prospect of work until the contract is renewed.

Issue 3: Is the amendment to section 29 of the Regulations determinative of the finding that the appellants' seasonal lay-off does not constitute an "interruption of employment" for the purposes of paragraph 240(1)(a)?

[106] Section 29 of the Regulations as amended by SOR/91-461 reads as follows:

29. For the purposes of Divisions IV, VII, VIII, X, XI, XIII and XIV of the Act, the absence of an employee from employment shall be deemed not to have interrupted continuity of employment where

- (a) the employee is absent from employment as a result of a layoff that is not a termination under these Regulations;
- or
- (b) the employer permits or condones the employee's absence from employment.

This amendment came into force after the layoff of the appellants but before the hearing before the Adjudicator.

[107] BDS took the position that there is a general presumption against retroactivity in Canadian law. BDS further suggested that the amendment to section 29 of the Regulations "is strongly suggestive" that during the relevant period of the severance, a layoff did interrupt the continuity of employment. The respondent also argues that it is inconsistent for the

au-delà de ce qui avait été prévu. Dans cet arrêt, la Cour ne peut pas avoir eu l'intention de nier le libellé exprès de l'alinéa 240(1)a). Les faits de l'arrêt *Pioneer* dictent simplement que, malgré la mise à pied, le fait qu'une date de rappel au travail était fixée et que la mise à pied était de courte durée réfute toute présomption qu'il y avait eu interruption de la relation d'emploi.

[105] Même si je fais erreur et que l'arbitre n'a pas élargi la portée de l'arrêt *Pioneer*, je pense que la distinction peut être faite au niveau du contrat. Je ne peux accepter que la relation d'emploi a été maintenue pendant toute l'année alors qu'il n'y avait plus de travail à faire et qu'il n'y avait aucune confirmation des possibilités de travail tant que le contrat n'était pas renouvelé.

Troisième question: La modification de l'article 29 du Règlement est-elle essentielle à la conclusion selon laquelle la mise à pied saisonnière des appelants n'interrompt pas la «continuité de l'emploi» pour les fins de l'alinéa 240(1)a)?

[106] L'article 29 du Règlement, modifié par DORS/91-461, se lit comme suit:

29. Pour l'application des sections IV, VII, VIII, X, XI, XIII et XIV de la Loi, n'est pas réputée avoir interrompu la continuité de l'emploi l'absence d'un employé qui est:

- a) soit attribuable à une mise à pied qui n'est pas un licenciement aux termes du présent règlement;
- b) soit autorisée ou acceptée par l'employeur.

Cette modification est entrée en vigueur après la mise à pied des appelants, mais avant l'audience devant l'arbitre.

[107] La BDS fait valoir qu'il existe en droit canadien une présomption générale contre la rétroactivité. Elle soutient également que la modification de l'article 29 du Règlement [TRADUCTION] «laisse fortement entendre» que, pendant la période pertinente de la cessation d'emploi, la mise à pied a effectivement interrompu la continuité de l'emploi. L'intimée fait

appellants to argue that the amendment is not suggestive of the law, but then they seek to use the amendment to confirm the decision of the Adjudicator.

[108] In the alternative, BDS took the position that these employees were not laid off each year. Instead, their employment was severed due to the fact that BDS had no right to continue with the work. The ability to do this work each year was dependent on BDS being successful in a contract bid. It would be impossible to suggest that the appellants have any greater rights *vis-à-vis* BDS than BDS has with respect to the federal government. Thus, it was submitted, even if the amended Regulation were to apply, it would not have any effect.

[109] The appellants submitted that prior to amendment, the Regulations were silent on the issue of whether a seasonal layoff would constitute an interruption for the purposes of section 240. While the effective date of the amendment was after they had been dismissed, the appellants argue that pursuant to section 44 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985 c. I-21, the new amendment ought to have applied to the proceedings before the Adjudicator. It is further submitted that the appellants' employment met the requirements of section 240 when the provision is read in light of section 29 of the Regulations.

[110] The appellants also took the position that the Trial Judge erred in drawing an inference that the law was other than the regulation states before the regulation came into effect. The regulation, it is submitted, was simply declaratory and made no changes to the state of the law pre-amendment.

[111] Under subsections 45(2) and (3) of the *Interpretation Act*, no inference can be drawn from an amendment with respect to the state of the law previous to the amendment. That is, the amendment will neither be assumed to be declaratory nor be representative of a change in the law. One must look, then, to the state of the law as it existed before the amendment

également valoir qu'il est contradictoire pour les appelants de prétendre que la modification ne permet pas de présumer du droit, et en même temps de chercher à utiliser cette modification pour confirmer la décision de l'arbitre.

[108] Subsidièrement, la BDS fait valoir que ces employés n'étaient pas mis à pied chaque année. Au contraire, leur emploi prenait fin parce que la BDS n'avait aucun droit de continuer à faire le travail. Sa capacité à reprendre chaque année le travail dépendait de l'obtention du contrat. Il est impossible de prétendre que les appelants ont à l'égard de la BDS des droits supérieurs à ceux que la BDS peut faire valoir à l'égard du gouvernement fédéral. D'après elle, même si le Règlement modifié s'appliquait, il n'aurait aucun effet.

[109] Les appelants soutiennent pour leur part qu'avant la modification le Règlement était silencieux sur la question de savoir si une mise à pied saisonnière interrompait la continuité de l'emploi pour les fins de l'article 240. Bien que la modification soit entrée en vigueur après la date de leur congédiement, les appelants prétendent qu'en vertu de l'article 44 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, la nouvelle modification aurait dû s'appliquer à l'instance dont était saisi l'arbitre. Ils font également valoir que leur emploi respectait les conditions de l'article 240 si cette disposition est lue de concert avec l'article 29 du Règlement.

[110] Les appelants font aussi valoir que le juge de première instance a commis une erreur en inférant que le droit était différent que ce que prévoit la disposition réglementaire avant que celle-ci n'entre en vigueur. Ils soutiennent que cette disposition a eu un simple effet déclaratoire et n'a aucunement modifié l'état antérieur du droit.

[111] En vertu des paragraphes 45(2) et (3) de la *Loi d'interprétation*, aucune inférence ne peut être tirée d'une modification quant à l'état antérieur du droit. C'est-à-dire que la modification ne peut ni être présumée déclaratoire ni représentative d'un changement des règles de droit. Il faut donc examiner le droit tel qu'il existait avant la modification pour décider si la

to determine whether the amendment was declaratory or represented a change in the law. If the amendment is a statement of the law as it existed at the time and thus is simply declaratory, the appellants are correct in asserting that it was proper for the Adjudicator to consider the amendment. If the amendment represents a change in the law, the amendment was not properly before the Adjudicator.

[112] It has been argued that the amendment is consistent with previous decisions of adjudicators which extended the protection of section 240 to seasonal workers. If this is the correct approach, the amendment is declaratory and should have been applied by the Adjudicator. Given my interpretation of *Pioneer Grain* and my conclusion that the subsequent decisions of the adjudicators extended that case well beyond its intended scope, I am unable to conclude that the provision is indeed declaratory. The clear wording of subsection 240(1) indicates that 12 consecutive and continuous months of employment are required, and this raises a presumption that seasonal workers will not be covered. Further, the Regulations were previously silent on whether seasonal workers were covered. The presumption then remained, and was not, in my opinion, disturbed by the decision of this Court in *Pioneer Grain*. In my view, the regulation was not declaratory.

[113] I agree that the amendment demonstrates that Parliament intended for seasonal workers to be afforded the protection of section 240. Previous to that amendment, however, the language chosen by Parliament offered no exception for seasonal workers. I am not persuaded that a line of adjudicative decisions which in my view extend a decision of this Court well beyond its intended scope are sufficient to change the intention of Parliament as evidenced by the language of the statute and Regulations as they existed at the time of the lay-off of these employees.

[114] In any event, I agree with the submission in the alternative of BDS that the new Regulation would not change the position of the appellants. BDS has

modification constitue une déclaration ou une modification quant à l'état du droit. Si la modification est une déclaration du droit qui était en vigueur à la date de son adoption et qu'elle a donc un simple effet déclaratoire, les appelants ont raison d'affirmer que l'arbitre était en droit d'en tenir compte. Par ailleurs, si la modification a modifié le droit en vigueur, alors l'arbitre devait l'ignorer.

[112] On a fait valoir que la modification est conforme à des décisions arbitrales antérieures qui ont étendu la protection de l'article 240 aux travailleurs saisonniers. Si telle est l'interprétation qu'il convient d'adopter, la modification est déclaratoire et aurait dû être appliquée par l'arbitre. Compte tenu de mon interprétation de l'arrêt *Pioneer Grain* et de ma conclusion selon laquelle les décisions arbitrales subséquentes ont élargi la portée de cette affaire bien au-delà de l'intention de la Cour, je ne peux conclure que cette disposition est effectivement déclaratoire. Le paragraphe 240(1) indique expressément qu'il doit y avoir douze mois consécutifs d'emploi continu, ce qui crée une présomption que les travailleurs saisonniers ne sont pas protégés par cette disposition. En outre, avant la modification, le Règlement n'indiquait nulle part si les travailleurs saisonniers étaient visés. La présomption n'a donc pas été réfutée et elle n'a pas été, à mon sens, perturbée par la décision de la présente Cour dans *Pioneer Grain*. À mon avis, la disposition réglementaire n'était pas déclaratoire.

[113] Je conviens que la modification démontre que le législateur avait l'intention d'accorder aux travailleurs saisonniers la protection de l'article 240. Toutefois, avant cette modification, le libellé retenu par le législateur ne faisait pas d'exception pour les travailleurs saisonniers. Je ne suis pas convaincu qu'une série de décisions arbitrales qui ont, à mon avis, élargi la portée d'une décision de la présente Cour bien au-delà de l'intention de cette dernière soit suffisante pour modifier l'intention du législateur qui ressort du libellé de la loi et du Règlement tels qu'ils existaient au moment de la mise à pied des employés.

[114] De toute façon, j'accepte la prétention subsidiaire de la BDS selon laquelle le nouveau Règlement ne change pas la position des appelants. La BDS a fait

argued that the termination of the government contract each year resulted in the termination of employment and any reasonable expectation thereof. Even if the provision were to apply (i.e. if it were declaratory), then, it would not advance the appellants' case. As far as the employer is concerned, there was a termination of employment at the end of each contract. This is consistent with my view of the employment relationship.

Public Policy Considerations

[115] Certainly, there are public policy arguments in favour of finding that these appellants meet the requirements of subsection 240(1). The unjust dismissal provisions exist to give protection to workers not covered by collective agreements. The appellants in this case were employed in the same positions for more than 10 years and reasonably expected to return to their jobs. Without the protection of section 240, they are unable to bring an action against their employer for wrongful dismissal under the *Canada Labour Code*.

[116] At the same time, it is easy to see how such a precedent could be abused. Granting coverage to employees who work far less than a full calendar year could open the door to more coverage of potential claimants than Parliament intended at the time that these employees were dismissed. If this Court attempts to stretch the language of the provision to include that which it clearly was not meant to include, the Court is effectively negating one of the gatekeeper functions of subsection 240(1).

[117] I am further persuaded by the fact that denial of the protection of the *Canada Labour Code* does not deprive these employees of action against their employer. It was suggested in argument before this Court that to deny these appellants redress under the Labour Code is to deny them any relief for their alleged unjust dismissals. With due respect to that submission, I cannot agree. Even absent the protection of the Labour Code, the appellants have remedies at common law against their employer particularly since

valoir que l'expiration du contrat gouvernemental chaque année entraînait la cessation d'emploi et toute attente raisonnable à cet égard. Même si la disposition devait s'appliquer (c'est-à-dire si elle était déclaratoire), elle ne serait d'aucune utilité pour la cause des appelants. Pour l'employeur, il y avait cessation d'emploi à la fin de chaque contrat. Cette position est conforme à mon opinion concernant la relation d'emploi.

Considérations d'ordre public

[115] Il y a certainement des arguments d'ordre public qui militent en faveur d'une conclusion voulant que ces appelants respectaient les conditions du paragraphe 240(1). Les dispositions relatives au congédiement injuste ont pour but d'assurer une protection aux travailleurs qui ne sont pas régis par des conventions collectives. En l'espèce, les appelants exerçaient les mêmes emplois depuis plus de dix ans et s'attendaient raisonnablement à reprendre leur travail. Sans la protection de l'article 240, ils ne peuvent poursuivre leur employeur pour congédiement injuste en vertu du *Code canadien du travail*.

[116] Parallèlement, il est facile de voir comment on peut abuser d'un précédent. Accorder cette protection aux employés qui travaillent bien en-deçà d'une pleine année civile pourrait étendre l'application de cette disposition à des plaignants beaucoup plus nombreux que ne le voulait le législateur au moment où ces employés ont été congédiés. Si la Cour entreprend d'élargir le libellé de la disposition pour inclure ce que le législateur n'a manifestement pas voulu y inclure, elle va en fait à l'encontre de l'une des fonctions de contrôle qui a été donnée au paragraphe 240(1).

[117] Je suis en outre convaincu que le refus d'accorder la protection du *Code canadien du travail* à ces appelants ne les prive pas d'un droit d'action contre leur employeur. On a fait valoir devant la Cour que refuser à ces appelants le redressement prévu au Code du travail équivaut à leur refuser toute possibilité de réparation pour les présumés congédiements injustes. En toute déférence, je ne peux souscrire à cet argument. Même en l'absence de la protection offerte par le Code du travail, les appelants ont des voies de

it appears from the evidence that they were erroneously forced into the federal arena to their detriment.

CONCLUSION

[118] For these reasons, I am of the view that the Adjudicator erred in concluding that the appellants had completed 12 consecutive months of continuous employment. I would dismiss the appeal with costs and affirm the decision of the Trial Judge.

¹ R.S.C., 1985, c. L-2, as amended (the *Canada Labour Code* or the Code).

² R.S.C., 1985, c. F-14 (the *Fisheries Act* or the Act). S. 5(1) [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 2] reads:

5. (1) The Minister may designate any persons or classes of persons as fishery officers or fishery guardians for the purposes of this Act and may limit in any manner the Minister considers appropriate the powers that a fishery officer or fishery guardian may exercise under this Act or any other Act of Parliament.

³ In the matter of an adjudication pursuant to Part III of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as amended, between Michael Carew, Hugh Davis, Douglas Dean (Complainants) and Beothuk Data Systems, Ltd. Seawatch Division (respondent) (the Adjudicator's reasons), at p. 5.

⁴ Adjudicator's reasons, at p. 1.

⁵ Adjudicator's reasons, at p. 10.

⁶ 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].

⁷ S. 167(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 5] reads:

167. (1) This Part [III] applies

(a) to employment in or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business, other than a work, undertaking or business of a local or private nature, in the Yukon Territory or the Northwest Territories;

(b) to and in respect of employees who are employed in or in connection with any federal work, undertaking or business described in paragraph (a);

(c) to and in respect of any employers of the employees described in paragraph (b); and

(d) to and in respect of any corporation established to perform any function or duty on behalf of the Government

recours en common law qu'ils peuvent exercer contre leur employeur, étant donné que la preuve semble démontrer qu'ils ont été forcés, à tort, de s'adresser aux tribunaux fédéraux à leur détriment.

CONCLUSION

[118] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'arbitre a commis une erreur en concluant que les appelants avaient travaillé sans interruption pendant douze mois pour le même employeur. Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens et de confirmer la décision du juge de première instance.

¹ L.R.C. (1985), ch. L-2, et ses modifications (le *Code canadien du travail* ou le Code).

² L.R.C. (1985), ch. F-14 (la *Loi sur les pêches* ou la Loi). L'art. 5(1) [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 2] dispose comme suit:

5. (1) Le ministre peut désigner toute personne ou catégorie de personnes à titre d'agents des pêches, ou de gardes-pêche pour l'application de la présente loi et peut restreindre, de la façon qu'il estime indiquée les pouvoirs qu'un agent des pêches ou un garde-pêche est autorisé à exercer sous le régime de cette loi et de toute autre loi fédérale.

³ Affaire intéressant un arbitrage régi par la partie III du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, modifié, entre Michael Carew, Hugh Davis, Douglas Dean (plaignants) et Beothuk Data Systems Ltd., Division Seawatch (mise en cause) (les motifs de l'arbitre), à la p. 5.

⁴ Motifs de l'arbitre, à la p. 1.

⁵ Motifs de l'arbitre, à la p. 10.

⁶ 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].

⁷ L'art. 167(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 5] est rédigé dans les termes suivants:

167. (1) La présente partie [III] s'applique:

a) à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale, à l'exception d'une entreprise de nature locale ou privée dans le territoire du Yukon ou les Territoires du Nord-Ouest;

b) aux employés qui travaillent dans une telle entreprise;

c) aux employeurs qui engagent ces employés;

d) aux personnes morales constituées en vue de l'exercice de certaines attributions pour le compte de l'État cana-

of Canada, other than a department as defined in the *Financial Administration Act*.

⁸ R.S.C., 1985, c. F-14, as amended.

⁹ S. 242(3.1) reads:

242. . . .

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

¹⁰ [1994] 1 F.C. 652 (C.A.) (*Pollard*).

¹¹ It is well-settled law that consent cannot give to a tribunal a jurisdiction which statutory authority denies. See e.g., *Dominion Cannery Ltd. v. Costanza*, [1923] S.C.R. 46, at pp. 66-67; *Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council*, [1963] A.C. 808 (H.L.), at pp. 820-821; and *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437 (T.D.), at pp. 449-450. By similar reasoning, a party cannot be estopped from challenging the jurisdiction of a tribunal because it failed to raise the objection in an earlier proceeding. See e.g., *Norway House Indian Band v. Canada (Adjudicator, Labour Code)*, [1994] 3 F.C. 376 (T.D.).

¹² S. 243(1) reads:

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

¹³ [1995] 3 F.C. 354 (C.A.).

¹⁴ The Motions Judge points to the decisions of adjudicators appointed under the Code in *Pierre Mongrain v. Pelee Island Transportation* (12 August 1986, Adjudicator: Abramowitz); *Re Beaudril v. Preignitz* (27 October 1986, Adjudicator: J. W. Samuels); and *Ghislain Simard v. Cablevision Baie St-Paul Inc.* (27 September 1989, Adjudicator: Tousignant).

¹⁵ [1981] 2 F.C. 815 (C.A.) (*Pioneer Grain*).

¹⁶ The French text of s. 240(1)(a) reads:

240. (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:*

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur. [Emphasis added.]

¹⁷ Reasons for judgment, at p. 484.

¹⁸ Reasons for judgment, at p. 484.

¹⁹ C.R.C., c. 986, as amended (the Regulations).

²⁰ See *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance*

dien, à l'exception d'un ministère au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

⁸ L.R.C. (1985), ch. F-14, et ses modifications.

⁹ L'art. 242(3.1) est rédigé dans les termes suivants:

242. . . .

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

¹⁰ [1994] 1 C.F. 652 (C.A.) (*Pollard*).

¹¹ Il est bien établi en droit que le consentement ne peut donner à un tribunal une compétence que lui refuse la loi. Voir par exemple *Dominion Cannery Ltd. v. Costanza*, [1923] R.C.S. 46, aux p. 66 et 67; *Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council*, [1963] A.C. 808 (H.L.), aux p. 820 et 821; et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1^{re} inst.), aux p. 449 et 450. En suivant un raisonnement semblable, une partie ne peut être empêchée de contester la compétence d'un tribunal parce qu'elle n'a pas soulevé l'objection au cours d'une procédure antérieure. Voir par exemple *Bande indienne de Norway House c. Canada (Arbitre, Code du travail)*, [1994] 3 C.F. 376 (1^{re} inst.).

¹² L'art. 243(1) est rédigé dans les termes suivants:

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

¹³ [1995] 3 C.F. 354 (C.A.).

¹⁴ Le juge des requêtes cite les décisions des arbitres nommés en vertu du Code dans les affaires suivantes: *Pierre Mongrain c. Pelee Island Transportation* (12 août 1986, arbitre Abramowitz); *Re Beaudril c. Preignitz* (27 octobre 1986, arbitre J. W. Samuels); et *Ghislain Simard c. Cablevision Baie St-Paul Inc.* (27 septembre 1989, arbitre Tousignant).

¹⁵ [1981] 2 C.F. 815 (C.A.) (*Pioneer Grain*).

¹⁶ L'art. 240(1)a) se lit comme suit:

240. (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:*

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur. [Non souligné dans l'original.]

¹⁷ Motifs du jugement, à la p. 484.

¹⁸ Motifs du jugement, à la p. 484.

¹⁹ C.R.C., ch. 986, et ses modifications (le Règlement).

²⁰ Voir *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Alliance de*

of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941; and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983.

²¹ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3d. ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at p. 220.

²² Reasons for judgment, at p. 484.

²³ *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 13.

²⁴ Reasons for judgment, at p. 485.

²⁵ (Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1991), at p. 276.

²⁶ (Toronto: Butterworths, 1983), at p. 171. See: *Juster v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 398 (C.A.); *Food Machinery Corpn. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] Ex. C.R. 266; *The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; *R. v. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 411; and *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865. In all of these cases, the contest was between a wide and narrow construction in the two language versions. In *Juster, Food Machinery Inc., Black & Decker* and *Compagnie Immobilière*, the courts endorsed the wider meaning. In *Dubois*, the Court endorsed the narrower meaning. But, in all cases, the courts went beyond the bare meaning of the words, and resolved the ambiguity by considering the purpose and effect of the legislative provision at issue in order to arrive at the intention of Parliament.

²⁷ R.S.C. 1970, c. L-1, as amended.

²⁸ *An Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1977-78, c. 27. Bill C-8 was tabled in the House of Commons on 27 October 1977 and received Royal Assent on 20 April 1978.

²⁹ For a discussion of the specific deficiencies, see G. England, "Recent Developments in Wrongful Dismissal and Some Pointers for Reform" (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 470; and I. Christie *et al.*, *Employment Law in Canada*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1993).

³⁰ *House of Commons Debates*, Vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., 1977-78, at pp. 1831-1832. See also "A Better Deal for Canada's Unorganized Workers", an address by the Hon. John C. Munro, *The Labour Gazette* (19 August 1977), at p. 347; and G. England, "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9, at p. 10.

³¹ As stated by J. Channell in *Reigate Rural District Council v. Sutton District Water Company; Ewart, Third Party* (1908), 99 L.T.R. 168 (K.B.), at p. 170, "it is always necessary in construing a statute, and in dealing with the words you find in it, to consider the object with which the statute was passed, because it enables one to understand the meaning of the words introduced into the enactment." Cited by Anglin C.J.C. with approval in *Hirsch v. Protestant Board of School Comms.*, [1926] S.C.R. 246, at p. 267; and see *Ottawa, City of v. Canada Atlantic Ry. Co.* (1903), 33 S.C.R. 376; *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.), at p. 449, *per* Lord Radcliffe;

la Fonction publique du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941; et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983.

²¹ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la p. 220.

²² Motifs du jugement, à la p. 484.

²³ *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 13.

²⁴ Motifs du jugement, à la p. 485.

²⁵ (Cowansville (Québec): Éditions Yvon Blais Inc., 1991), à la p. 309.

²⁶ (Toronto: Butterworths, 1983), à la p. 171. Voir: *Juster c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 398 (C.A.); *Food Machinery Corpn. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] R.C.É. 266; *The King v. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; *R. v. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 411; et *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865. Dans toutes ces causes, il s'agissait de choisir entre l'interprétation large et l'interprétation restrictive dans les deux versions. Dans *Juster, Food Machinery Inc., Black & Decker* et *Compagnie Immobilière*, les tribunaux ont adopté le sens large. Dans *Dubois*, le tribunal a retenu le sens restrictif. Cependant, dans tous les cas, les tribunaux sont allés au-delà du sens ordinaire des mots, et ont dissipé l'ambiguïté en examinant le but et l'effet de la disposition législative en question afin de dégager l'intention du législateur.

²⁷ S.R.C. 1970, ch. L-1, et ses modifications.

²⁸ *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, ch. 27. Le projet de loi C-8 a été déposé à la Chambre des communes le 27 octobre 1977 et a reçu la sanction royale le 20 avril 1978.

²⁹ Pour une analyse détaillée des lacunes, voir G. England, «Recent Developments in Wrongful Dismissal and Some Pointers for Reform» (1978), 16 *Alta. L. Rev.* 470; et I. Christie *et al.*, *Employment Law in Canada*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1993).

³⁰ *Débats de la Chambre des Communes* (vol. II, 3^e sess., 30^e Lég., 1977-78), aux p. 1831 et 1832. Voir également «A Better Deal for Canada's Unorganized Workers», allocution prononcée par le ministre John C. Munro, *The Labour Gazette* (19 août 1977), à la p. 347; et G. England, «Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years» (1982), 12 *Man. L.J.* 9, à la p. 10.

³¹ Comme l'indique J. Channell dans *Reigate Rural District Council v. Sutton District Water Company; Ewart, Third Party* (1908), 99 L.T.R. 168 (K.B.), à la p. 170, [TRADUCTION] «il faut toujours en interprétant une loi, et les mots que l'on y retrouve, examiner le but en vue duquel la loi a été adoptée, parce que cela nous permet de comprendre le sens des mots qui ont été utilisés dans cette loi.» Cité par le juge en chef Anglin avec approbation dans *Hirsch v. Protestant Board of School Comms.*, [1926] R.C.S. 246, à la p. 267; voir aussi *Ottawa, City of v. Canada Atlantic Ry. Co.* (1903), 33 R.C.S. 376; *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.), à la p. 449, *par*

and *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 1014 (H.L.), at p. 1022, *per* Viscount Simon L.C.

³² S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended.

³³ [1983] 1 S.C.R. 2, at p. 10.

³⁴ See N. Grosman, *Federal Employment Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1990), at p. 91.

³⁵ Reasons for judgment, at p. 491.

³⁶ *Supra*, note 29, at p. 672.

³⁷ (19 August 1987, Adjudicator: D. G. Pyle, Ref. No. 771-Ont.), at p. 19.

³⁸ *An Act to amend the Canada Labour Code and the Financial Administration Act*, R.S.C., 1985 (1st. Supp.), c. 9.

³⁹ S.C. 1974-75-76, c. 20.

⁴⁰ It is clear that the principle that Parliament's last act governs does not apply where the change in one language version of the statute amounts to a mistake. Rather, where there is such a mistake, the untouched version will usually take precedence. See e.g., *R. v. Popovic et al.*, [1976] 2 S.C.R. 308, *per* Pigeon J.; and *Laberge v. Carbonneau et le Procureur Général de la Province de Québec* (1921), 30 B.R. 385 (Qué.).

⁴¹ The Court quoted the following passage from the decision of the adjudicator, at p. 823:

The evidence is that workers in the construction maintenance crew are laid off during the period between about December 15 and December 21 in each year, and are called back sometime between early January and late February or early March. This is referred to by the employer as "cold weather lay off". When the employees leave in December they are paid vacation pay earned up to that date. When they resume work they begin to earn vacation pay again. They are never granted a paid vacation as such.

⁴² Reasons for judgment, at p. 491.

⁴³ Reasons for judgment, at p. 490.

⁴⁴ R.S.C., 1985, c. I-21, as amended.

lord Radcliffe; et *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 1014 (H.L.), à la p. 1022, par le vicomte Simon.

³² S.C. 1970-71-72, ch. 48, et ses modifications.

³³ [1983] 1 R.C.S. 2, à la p. 10.

³⁴ Voir N. Grosman, *Federal Employment Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1990), à la p. 91.

³⁵ Motifs du jugement, à la p. 491.

³⁶ Précité, note 29, à la p. 672.

³⁷ (19 août 1987, arbitre D. G. Pyle, n° de référence 771-Ont.), à la p. 19.

³⁸ *Loi modifiant le Code canadien du travail et la Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9.

³⁹ S.C. 1974-75-76, ch. 20.

⁴⁰ Il est clair que le principe selon lequel la dernière mesure prise par le législateur doit avoir préséance ne s'applique pas lorsque la modification d'une version de la loi équivaut à une erreur. Lorsqu'il y a une telle erreur, la version non modifiée sera habituellement préférée. Voir, par exemple, *R. c. Popovic et al.*, [1976] 2 R.C.S. 308, le juge Pigeon; et *Laberge c. Carbonneau et le Procureur Général de la Province de Québec* (1921), 30 B.R. 385 (Qué.).

⁴¹ La Cour note le passage suivant de la décision de l'arbitre, à la p. 823:

La preuve administrée démontre que les ouvriers de l'équipe de maintenance [*sic*] sont mis à pied entre le 15 décembre et le 21 décembre chaque année puis sont habituellement rappelés entre le début de janvier et la fin de février ou le début de mars. C'est ce que l'employeur appelle la «mise à pied hivernale». Au départ des employés en décembre on leur verse les congés gagnés jusqu'à cette date. Lorsqu'ils reprennent leur travail, ils recommencent à gagner des congés. Ils n'ont jamais droit à des congés payés comme tels.

⁴² Motifs du jugement, à la p. 491.

⁴³ Motifs du jugement, à la p. 490.

⁴⁴ L.R.C. (1985), ch. I-21, et ses modifications.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Application to review decision of Minister of Natural Resources denying applicant's request under Access to Information Act for access to records in Minister's control relating to studies conducted by Canadian Explosive Research Laboratory (CERL)—Applicant law student employed as summer student with large Canadian law firm—Entitled to make access request as Canadian citizen under Act, s. 4(1)—Whether Minister erred in rejecting applicant's request for access to requested record on basis of Act, ss. 18(b), 20(1)(b), (c), (d)—Latter exceptions to statutory right of access—Authority of Minister to refuse disclosure under s. 18(b) discretionary—Refusal to disclose record under s. 20(1)(b), (c), (d) mandatory—CERL government institution within purview of Minister—Primary function to provide technical services, advice to Chief Inspector of Explosives and Explosives Regulatory Division of Minister's Department—Contract under which requested record produced containing express undertaking on part of CERL of complete confidentiality—Minister right in determining disclosure of requested record could reasonably be expected to prejudice competitive position of CERL—Protection of CERL's competitive position important public policy concern—Discretion vested in Minister properly exercised—Minister's decision to refuse disclosure on basis of s. 18(b) upheld—Terra International Inc. in business of manufacturing, distributing fertilizer, crop production products, seed and nitrogen products, including nitrogen fertilizers—In December 1994, catastrophic explosion occurred at one of its fertilizer plants causing substantial damage to real, personal property, resulting in death of four employees, injuries to eighteen others—Terra engaged in substantial litigation in U.S.A.—Retained CERL as non-testifying litigation consultant to assist counsel on matters relating to explosion, resultant litigation—Requested record not containing financial, commercial, scientific, technical information supplied to CERL by Terra, treated consistently in confidential matter by supplier—Requested record not within ambit of s. 20(1)(b)—Falling within terms of s. 20(1)(c), (d)—Magnitude of amounts at stake in litigation

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

before U.S. courts that could reasonably be expected to be subject of settlement negotiations—Decision not to rely on discretionary authority to disclose under s. 20(6) and not to sever under s. 25 reasonable—Application dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4(1), 18, 20, 25.

HUTTON v. CANADA (MINISTER OF NATURAL RESOURCES) (T-2185-96, Gibson J., order dated 31/10/97, 17 pp.)

ARMED FORCES

Application to set aside decision of National Defence officer denying applicant's application for release under Canadian Armed Forces' force reduction program 96—Applicant joined Canadian Armed Forces in August 1977—Education, both at undergraduate, graduate levels, funded by DND—In November 1995, DND announced force reduction program (FRP 96)—Program allowed for waiver of obligatory service incurred by reason of undergraduate training by Aerospace Engineers with rank of Captain—On December 7, 1995, applicant applied under FRP for release from Armed Forces—Application for release dismissed—Respondent submitting applicant had adequate alternate remedy, namely redress of grievance to Chief of Defence Staff, ultimately to Minister of National Defence under National Defence Act, s. 29, Queen's Regulations and Orders, arts. 19.26, 19.27—Applicant did not submit complaint to Chief of Defence Staff nor to Minister of National Defence—Decision of Federal Court of Appeal in *Anderson v. Canada (Armed Forces)*, [1997] 1 F.C. 273 applied—Process prescribed by National Defence Act, s. 29, Q.R. & O., arts. 19.26, 19.27 affording adequate alternative remedy—Member must follow process unless no adequate alternative remedy—Application for judicial review struck—Whether Lieutenant-General Fischer wrong in construing CFAO-15-7, FRP 96—Applicant incurred 110 months of obligatory

ARMED FORCES—Concluded

service—At time of release application, he had served 55 months—At time of present application, he had served 65 months—Applicant, like any other member of Armed Forces who received undergraduate, graduate funding, must serve period of service required for each level of funding—Period relating to undergraduate degree could not be waived because it had been served—FRP 96 not allowing applicant to decide if he will serve undergraduate or post-graduate period first—Application dismissed—Canadian Forces Administrative Orders, 15-7—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 29 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 43)—Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), arts. 19.26, 19.27.

COUTURE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-2530-96, Nadon J., order dated 10/10/97, 15 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Immigration Inquiry Process*

Application for stay of execution of departure order issued after Convention Refugee Determination Division (CRDD) deciding applicant abandoning claim to Convention refugee status—Applicant not filing Personal Information Form (PIF) in timely manner, not providing good reason for delay—CRDD not believing applicant, having been in Canada for 10 years, not knowing what was expected of him—Decision not supported by relevant evidence, but simply inferred by length of stay in Canada that should have received notice of PIF, abandonment hearing—Applicant, wife, child Convention refugee claimants—Applicant's brother, sisters all found to be Convention refugees—No reason to believe applicant will not also be so found—Serious issue to be tried—CRDD continuing hearing when applicant specifically requesting interpreter, clearly having difficulty understanding questions posed—During hearing CRDD member conceding applicant's status in Canada "blurry", yet CRDD continuing hearing—CRDD failed in ongoing duty to accord to applicant fair hearing—Validity of deportation order not challenged—Case law divided as to Court's jurisdiction to stay execution of removal order in such circumstances—As general principle, execution should not be thwarted if valid removal order—Only circumstance in which one must not blindly adhere to that principle is one of maladministration or injustice—Unfair to deport or otherwise remove person upon valid or unchallenged removal order in circumstances in which treated unlawfully or unjustly—Constituting maladministration, ground for staying or quashing instrument of injustice, even if quite valid *per se*—Court's business, *raison d'être*, justice—Applicant not believed for reason only ought to know that

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

which could not know—Denied services of interpreter when ought to have been granted adjournment to obtain such services—Unjust treatment—Resulted from too rigid, rushed performance by CRDD panel—Motion allowed *ex debito justitiae*.

CIRAHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1650-97, Muldoon J., order dated 31/10/97, 7 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Motion by respondents for order quashing applicant's application for judicial review as being moot—Application for judicial review relating to determination by respondent adjudicator without jurisdiction to grant intervenor status to applicant—Inquiry in respect of respondent Josef Nemsila alleged to have committed crimes during World War II in Czechoslovakia—Adjudicator finding Nemsila had acquired Canadian domicile, therefore no removal order could be made against him—Decision set aside on judicial review by Jerome A.C.J.—Appeal from latter decision heard by F.C.A., dismissed as moot because Nemsila died after hearing but before F.C.A.'s judgment—F.C.A. dealt extensively with question of mootness—Three criteria governing Court's discretion with respect to mootness: (1) requirement of adversarial context; (2) justified concern for judicial economy; (3) possible intrusion into role of legislative branch when pronouncing judgments in absence of dispute—Proceedings between Minister, Nemsila moot with latter's death, F.C.A.'s judgment—Mere fact applicant may be interested in intervening in other deportation inquiries before adjudicator could not revive instant proceedings, not justifying Court to expend limited resources for determination of purely academic issue—Proper solution for applicant to raise issue before adjudicator at next opportunity in course of another deportation inquiry—Respondents' application granted, applicant's application for judicial review dismissed.

NARVEY V. CANADA (ADJUDICATOR UNDER THE IMMIGRATION ACT) (IMM-1989-95, Dubé J., order dated 10/10/97, 6 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—Applicants, mother and two children aged 15 and 12 years old, citizens of Iran, claimed well-founded fear of persecution if had to return to Iran—Mother's father had been officer in Iranian Air Force who participated in failed coup attempt against Islamic Republic Government in 1980, imprisoned, tortured, rearrested never to be seen again—Principal applicant and husband, active pro-monarchists, harassed and allegedly persecuted—CRDD

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

rejected claim purely on basis of credibility—Mother designated representative for children—Applicants caught off guard when eldest daughter asked to testify—Mother tried to stop her testifying, but CRDD continued and counsel did nothing—Counsel did not serve clients' interests well by doing nothing—Appears to have allowed CRDD to take over management of clients' case, role clearly his—CRDD herein offended against principles tribunal should not embark on quest for evidence and should not meddle in applicant's attempt to prove case except where necessary to clarify facts essential to understanding—On facts of case, relief warranted—Principal applicant, as newly identified designated representative of her children, had duty to act in their best interest—Entitled to support of counsel, but did not get it—Rebuffed when she tried to act directly—CRDD had obligation in circumstances, in accordance with duty to act fairly, to ensure applicants had opportunity to meet with counsel and to reassume control of their case—Failing to do so, CRDD breached duty to applicants to provide them with fair hearing and in doing so committed reviewable error—No basis to conclude conduct of CRDD herein raised reasonable apprehension of bias—Not incumbent on CRDD to recognize and examine claims which have not been asserted where evidence comes before it which might support such claim—Application allowed.

GANGI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3632-96, Gibson J., order dated 29/8/97, 9 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Applicants Chilean political dissidents actively demanding rights for people, denouncing sale of drugs in their Santiago neighbourhood and complicity of sector's security forces—They and friends often detained, beaten and harassed—Application for judicial review of Refugee Division decision dismissing their claim for refugee status on ground applicants did not request protection of authorities—Application of Supreme Court of Canada decision in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, concerning guidelines for demonstrating state's inability to protect nationals and reasonableness of claimant's refusal to actually solicit such protection—Refugee Division not ruling on applicants' credibility—Accordingly, events they related (death and disappearance of fellow dissidents, persecution, threats, approaches to police authorities and on public airwaves without positive results) must be taken as proved—Refugee Division should have explained what methods objectively and reasonably available to them—Must give written reasons for decisions against claimants sufficient for

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

them to know why their claims have failed and decide whether to seek leave to appeal—Application allowed.

GONZALES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3305-96, Lutfy J., order dated 3/10/97, 5 pp.)

COMPETITION

Motion by Columbia House Company to set aside *ex parte* order for production of records, written return of information through one of authorized representatives—Order made as part of inquiry by Director of Investigation and Research into complaint by BMG Direct Ltd. of refusal to deal by Warner Music Canada Ltd. concerning licences for reproduction of and sale rights to recordings—Inquiry commenced by Director on December 19, 1996 under Competition Act, s. 10(1)(b)(ii)—Columbia House moved to rescind s. 11 order on grounds Director's filing of notice of application before Tribunal constitutes end of s. 10 inquiry—Act, s. 10 mandating Director to inquire "with the view of determining the facts"—Information now sought by Director from Columbia House may be of use during discovery process before Tribunal—No reason to require Director to wait until Tribunal hearing for production of information now subject to Court order—Director need not disclose to parties reasons for issuing notice of application prior to expiry of time limit for compliance by Columbia House with s. 11 order—Contrary to spirit of Act to require Director to await full compliance with s. 11 order before launching civil remedy before Tribunal—Filing of notice of application before Tribunal not terminating s. 10 inquiry—Motion dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 10 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 23), 11 (as am. *idem*, s. 24).

WARNER MUSIC GROUP INC. (RE) (T-1959-97, Lutfy J., order dated 15/10/97, 7 pp.)

EVIDENCE

Confidences of Queen's Privy Council—Appeal from Trial Division decision clarifying intent of previous order as it may apply to any certificate filed in future in actions pursuant to Canada Evidence Act (CEA), s. 39(1)—Previous order to file amended list of documents including, in Schedule IIB, documents listed for which privilege claimed in accord with CEA, s. 39 under certificate filed in compliance therewith—Order also required appellants' counsel to provide information identifying documents earlier listed included in certificate—Order appealed from specified (1) that all relevant documents in possession or control of defendants shall be included in affidavit of documents pursuant to R. 448, including documents subject to any

EVIDENCE—Concluded

claim pursuant to CEA, s. 39; (2) that documents claimed to contain confidences of Privy Council shall be included in certificate filed pursuant to CEA, s. 39, with sufficient information to identify those documents as listed and described in affidavits of documents filed on behalf of defendants in accord with clause 1 hereof—Appeal allowed—Where s. 39(1) certificate filed, court not to examine documents listed therein if certificate tracking language of s. 39(1)—Present case so complex computer system developed to manage documents containing records of more than 50,000 documents retrieved from files in Ottawa, Calgary and Edmonton—Some actions commenced more than eight years ago and documents produced at various times—Case management judge erred in requiring (1) documents “subject to any claim pursuant to s. 39” be included in affidavit and, (2) in requiring certificate contain “sufficient information to identify those documents as listed and described in affidavits of documents” filed pursuant to par. 1—These phrases at odds with principle in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.) requiring tracking of language of s. 39(1), and with effect of s. 39 certificate—Added requirement in par. 2 of order going beyond what permitted by case law—Par. 1 of order would have effect of requiring R. 448 affidavit particularize those documents subject to any claim pursuant to s. 39 even though, in fact, no claim thereunder had yet been made—Under R. 448(2)(ii), appellants obliged to list all documents “relevant to any matter in issue” in manner required by rule—If affidavit of documents preceded or accompanied by s. 39 certificate, then documents listed in certificate need not also be listed in affidavit—If s. 39 certificate thereafter filed in respect of any document listed in affidavit of documents, appellants should provide counsel for respondents and Court with sufficient information as would identify objected to documents as already listed in affidavit—Further period of three months should prove sufficient to disclose all of appellants’ documents not already listed in affidavit of documents—Order varied (1) by deleting from par. 1 words “including documents subject to any claim pursuant to CEA, s. 39; (2) by deleting from par. 2 thereof words “with sufficient information to identify those documents as listed and described in affidavits of documents filed on behalf of defendants in accord with clause 1 thereof”; (3) by adding requirement that documents referred to in par. 1 be listed in affidavit of documents to be filed by appellants within 3 months unless extension granted by case management judge, affidavit not being required to list any document in respect of which s. 39 certificate filed by appellant prior to or contemporaneously with such affidavit; (4) by adding that upon filing s. 39 affidavit certificate subsequent to filing of affidavit pursuant to item (3) above, appellants shall provide counsel for plaintiffs and Court with information sufficient to identify documents listed in affidavit—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15).

SAMSON INDIAN BAND AND NATION V. CANADA
(A-793-96, Stone J.A., judgment dated 10/10/97, 9 pp.)

FISHERIES

Application for judicial review of decision by Associate Regional Director General, Maritimes Region, finding applicant to be in violation of Atlantic Fishery Regulations, 1985, s. 57(1)(c) for having on board vessel lobster trap during closed fishing season—Lobster fishing season closed in Area 25 when violation occurred August 3, 1995—Penalty imposed year later by letter of August 2, 1996—Circumstances of instant case similar to those in *Mathews v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 206 (T.D.)—Factual differences from those in *Mathews* not legally significant—Whether Minister’s discretion under Fisheries Act, s. 7 includes authority to impose penalty for violation of term of licence, as in *Mathews*, or for violation of Regulations, as herein, in previous year—Decision on behalf of Minister to impose penalty on applicant, in addition to penalty already imposed on him in provincial court, for violation of fisheries Regulations in previous year, quashed—Discretion vested in Minister of Fisheries and Oceans under Act, s. 7 not including authority to refuse to issue licence for part of fishing season for purpose of imposing penalty because of violation of fisheries Regulations in previous year—Associate Regional Director General, Maritimes Region person authorized to act on behalf of Minister under Act, s. 7—Decision-maker, namely federal board, commission, tribunal, not obliged to give reasons for decision, unless statutory requirement to do so—If it were within Minister’s discretion to impose penalty for violation of fisheries Regulations, penalty imposed here so unreasonable, arbitrary that decision beyond Minister’s authority under s. 7—Application allowed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7—Atlantic Fishery Regulations, 1985, SOR/86-21, s. 57(1)(c) (as am. by SOR/93-61, s. 21).

KELLY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1832-96,
MacKay J., order dated 17/9/97, 10 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of decision by referee appointed under Canada Labour Code, s. 251.12(1)—Respondent employees each filing complaint against employer, asking to be paid for overtime and statutory holidays—Inspector ordering employer to remit certain amounts to Receiver General of Canada, to account of employees in question—Referee appointed by Minister of Labour upholding payment order issued by inspector—Further ordering employer to pay employees in question various amounts for “interest and additional compensation”, “non-pecuniary damages”, “exemplary damages” and “counsel fees”—Concerning first part of decision, referee’s jurisdiction not at issue, since authorized by ss. 251.1(1) and 251.12(4) to rule on right, claimed by employees in their complaints, to be paid for overtime and statutory holidays—Referee did not err in patently unreasonable manner—Nothing clearly irrational in way he applied and

LABOUR RELATIONS—Concluded

assessed evidence—Where second part of decision concerned, referee acted in excess of jurisdiction in awarding “interest and additional compensation”, “non-pecuniary damages” and “exemplary damages”—Such compensation not even claimed in complaints of employees in question—Referee committed error causing him to lose jurisdiction and subjecting him to judicial review—Award of compensation for counsel fees not patently unreasonable, given discretion and jurisdiction granted by s. 251.12(4)(c) to award costs—Application allowed in part—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 251.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 42, s. 37), 251.12 (as enacted *idem*).

AUTOCAR CONNAISSEUR INC. v. LALANCETTE
(T-456-97, Pinard J., order dated 17/10/97, 7 pp.)

MARITIME LAW**CARRIAGE OF GOODS**

Motion by defendants China Ocean Shipping (Group) Co. and Guangzhou Ocean Shipping Company (Cosco) to strike out *in rem* portion of action of plaintiff Paramount under R. 419(1)(a) on ground discloses no reasonable cause of action—Under Conlinebooking charter party entered into on March 10, 1997, plaintiff undertaking to carry, and defendants to ship, cargo of 1000 metric tons of explosives on ship *Len Speer*—According to paragraphs 4, 5, 6 and 7 of statement of claim, defendants breaching obligations under charter party by causing cargo of dynamite to be carried to Grande Anse, Quebec, on ship, *An Xin Jiang*, belonging to Cosco, thereby causing losses to Paramount assessed at \$175,000—Paragraph 11 of statement of claim indicating Paramount considering itself entitled to exercise rights *in rem* against *An Xin Jiang*—Similarly, paragraphs 9 and 10 seeking exercise *in rem*, against cargo, of Paramount’s rights resulting from breach of Conlinebooking charter party by contractual defendants—Federal Court Act, s. 22 confers basic jurisdiction over admiralty matters on Court, and s. 43(2) concerns exercise *in rem* of said jurisdiction—For purposes of s. 43(2), action *in rem* cannot be brought against just any of defendant’s ships or cargoes but must, according to s. 22(2)(i), be limited to ship or cargo covered by agreement on which plaintiff’s action based—*An Xin Jiang* not part, not even on paper, of equation between agreement on which action based and ship to which agreement applies—Cannot therefore be subject of action—Party to agreement for carriage by sea can bring action against ship and ship’s owners even if not direct parties to agreement—Such action of course one in delict—Now settled Act, s. 22(2)(i) permits this result—Paramount, unlike owners of ship, not party to agreement between three contractual defendants and Cosco—Plain and obvious Paramount’s action *in rem*, in so far as relates to *An Xin Jiang*, discloses no reasonable cause of action within meaning of R.

MARITIME LAW—Continued

419(1)(a)—In context of agreement, facts as presented not disclosing sufficient connection between Paramount and cargo to permit Paramount to exercise right to follow in respect thereof—Can be seen from statement of claim Paramount never had possession of cargo—Thus, never carried cargo, and even less so on board *Len Speer*—Plain and obvious Paramount’s action *in rem*, in so far as relates to cargo, discloses no reasonable cause of action within meaning of R. 419(1)(a)—Motion allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(2)(i), 43(2).

PARAMOUNT ENTERPRISES INTERNATIONAL, INC. v. AN
XIN JIANG (THE) (T-956-97, Morneau P., order dated
30/9/97, 9 pp.)

LIENS AND MORTGAGES

Plaintiff seeking various reliefs against defendant Her Majesty in Right of New Brunswick—During spring 1992, plaintiff decided to enter groundfish fishery off northeast coast of Newfoundland—Undertook to purchase appropriate vessel—Ship *Tami Joan* proved to be available for charter, lease—Plaintiff wrongly believed *Tami Joan* unencumbered, appropriately insured—*Tami Joan* subject to mortgage substantially in arrears held by Province of New Brunswick—Plaintiff not complying with lending requirement in repayment contract—Plaintiff, captain, and Mr. Lewis not “citizens” of New Brunswick—New Brunswick claiming possession of *Tami Joan*—Plaintiff refusing to turn over *Tami Joan* to New Brunswick—Ship taken to St. John’s, moored in harbour—Seized by New Brunswick—Subsequently sold by public tender from place of storage in Newfoundland—New Brunswick’s defence should not be rejected in entirety for failure to strictly prove mortgage, registration thereof—New Brunswick entitled to seize *Tami Joan* at St. John’s as mortgage then in arrears, insurance on vessel allowed to lapse by plaintiff—Plaintiff not entitled to possession, use of *Tami Joan* since seizure by New Brunswick—Entitled to possessory lien against *Tami Joan* by virtue of equipment, supplies, improvements provided by him to ship—Plaintiff “supplier of goods and material” to *Tami Joan*, thus entitled to possessory lien while in possession of *Tami Joan*—Left with nothing more than right to be paid amount of lien by New Brunswick when lost possession of *Tami Joan* by reason of seizure made by New Brunswick in accordance with law—At time action commenced, plaintiff, then being out of possession of *Tami Joan*, had no basis on which to proceed *in rem* to enforce possessory lien—In same position as ordinary creditor since he had no maritime lien—Plaintiff’s claim for special, general damages respecting loss of use of *Tami Joan* for period following seizure, until end of lease, that is December 25, 1992, must fail on own merits—Plaintiff not losing opportunity to engage in late season turbot fishery through

MARITIME LAW—Concluded

seizure of *Tami Joan*—May have statutory right *in rem* for necessities, repairs, but right ranking below that of New Brunswick as mortgagee in possession—Action dismissed.

GREELY V. TAMI JOAN (THE) (T-2778-92, Gibson J., judgment dated 29/8/97, 23 pp.)

NATIVE PEOPLES

Appeal from MNR's decision demanding payment of customs duty when plaintiff, Mohawk, descendant of Mohawk nation located in Mohawk Valley (New York), arrived at Canada-United States border at Cornwall in 1988 and sought to bring into Canada certain goods described as personal and community goods: one washing machine, 10 blankets, 20 bibles, various articles of used clothing, one case of lubricating oil, 10 loaves of bread, 2 pounds of butter, 4 gallons of whole milk, 6 bags of cookies and 12 cans of soup—Customs officials charged plaintiff duty in amount of \$361.64 which plaintiff refused to pay, asserting Aboriginal and treaty rights under Constitution—Issues (1) Whether Mohawks of Akwesasne resident in Canada have Aboriginal right to bring personal and community goods across border, duty and tax free—(2) Whether Mohawks of Akwesasne have right to trade freely across border with other First Nations, and, if yes, contents of that right—(3) Whether Mohawks of Akwesasne resident in Canada have treaty rights to trade across border with other First Nations and to bring personal and community goods into Canada without paying duties or taxes—Appeal allowed—(1-2) Aboriginal rights—Test for identifying Aboriginal rights: must be derived from pre-contact (between Europeans and Aboriginal peoples) activity, itself element of practice, custom or tradition integral to Aboriginal claimant's distinctive culture—Whether, without this practice, tradition or custom, would culture in question be fundamentally altered—Practices, customs and traditions which constitute Aboriginal rights those which have continuity with traditions, customs and practices integral to Aboriginal society prior to contact—Relevant time period: period prior to contact with Europeans—Therefore, where Aboriginal community can demonstrate particular practice integral to its distinctive culture today, and that practice, custom or tradition has continuity with practices of pre-contact times, that community will have demonstrated that practice, custom or tradition Aboriginal right for purposes of Constitution Act, s. 35(1)—Scope and existence of Aboriginal rights must be determined on case-by-case basis—As to nature of right being claimed, amount of goods brought into Canada herein by plaintiff cannot be characterized as "commercial"—Claim best characterized as right to pass freely across Canada-United States border with goods for personal and community use and for small, non-commercial scale trade with other First Nations—As to entitlement to Aboriginal right, plaintiff and Mohawks of Akwesasne resident in

NATIVE PEOPLES—Continued

Canada entitled to claim right based on activity of ancestors who lived in Mohawk Valley prior to arrival of Europeans—On evidence, first contact: 1609—Plaintiff, Mohawk of Akwesasne, tracing ancestral roots to Mohawks of Mohawk Valley—Akwesasne Mohawk affiliated to Iroquois Confederacy since XVth century—In 1888, Akwesasne became capital of Mohawk nation—Mohawks frequently travelled North into Canadian territory from homelands in Mohawk Valley, and freely crossed what is now Canada-United States boundary—Akwesasne part of Mohawk nation and part of Six Nations Confederacy—After first contact with Europeans, Mohawks continued travelling North into Canadian territory from homelands in Mohawk Valley and crossed boundary freely—Mohawks established homelands in Canada and in Akwesasne—Testimony on pre-contact period indicating trade of vital importance to Iroquois people and evidence of small-scale, long-distance trade—In 1645 Iroquois concluded treaty with French and Hurons to open access to trade between parties—In 1664, Five Nations Confederacy concluded treaty with British, providing Iroquois to have free trade, as formerly—Mohawks frequently travelled across what became Canada-United States boundary in pursuit of trade and to engage in commercially motivated warfare—Mohawks involved in Montréal-Albany trade—Territory in and around Akwesasne used by Mohawks for purposes of travel, diplomacy and trade prior to arrival of Europeans—Right plaintiff claims practice integral to distinctive culture of Mohawks of Akwesasne—Therefore, plaintiff and Mohawks of Akwesasne have established Aboriginal right to pass and repass freely what is now Canada-United States boundary with goods for personal and community use and for trade with other First Nations—(3) Treaty rights—Treaty of Utrecht of 1713 (between France, Spain and Bavaria on one side, and England, United Provinces and Hapsburg Empire on other), Jay Treaty of 1794 (between Britain and United States) and councils, Treaty of Ghent of 1814 (between United States and Britain) and councils not treaties within meaning of Constitution Act, 1982, s. 35 as not treaties between Crown and Indians: *R. v. Vincent* (1993), 12 O.R. (3d) 427 (C.A.)—Indians may have benefitted from provisions therein, but not parties thereto, nor involved in negotiation, execution or terminations thereof—International treaties cannot confer rights on individuals or groups—Councils referred to were meetings used to explain contents of Jay and Ghent treaties to First Nations, not treaty making councils—Provisions of international treaties referring to Indians do not amount to estoppel creating rights for plaintiff—However, wording of Jay Treaty "goods and bales and other large packages, unusual among Indians shall not be considered as goods belonging bona fide to Indians" reinforcing characterization of Aboriginal right as one exercised on non-commercial scale—Therefore, goods for "personal and community use" can be brought into Canada in accordance with plaintiff's Aboriginal right—Such goods including goods used for sustenance, household goods and

NATIVE PEOPLES—Concluded

goods used for First Nations' custom—Wording of Jay Treaty also supporting characterization of plaintiff's Aboriginal right as right to trade such goods on non-commercial scale with other First Nations—Nothing in any legislation, including Customs Act, to demonstrate clear and plain intention on part of Crown to extinguish plaintiff's Aboriginal right to pass and repass freely Canada-United States boundary with personal and community goods and to trade such goods with other First Nations—Plaintiff as Mohawk of Akwesasne resident in Canada has existing Aboriginal right, as defined above, protected by Constitution Act, 1982, ss. 35 and 52—Said Aboriginal right not including right to bring into Canada any firearms, restricted or prohibited alcohol, plants and like—Aboriginal right also limited to extent any Mohawk of Akwesasne entering Canada with goods from United States will be subject to search and declaration procedures at Canadian Customs—Provisions of Customs Act inconsistent with plaintiff's Aboriginal right of no force or effect to extent of inconsistency—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35, 52—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.

MITCHELL v. M.N.R. (T-434-90, McKeown J., judgment dated 27/6/97, 105 pp.)

PATENTS

Applications for judicial review concerning medicine acyclovir—Applicants seek orders to prohibit respondent Apotex—Proceedings hinge on criteria for issuing NOC—Requirements for NOC include overall safety and efficacy of drug and non-infringement of certain patents embodied in drug—Applicants owners or licencees of four patents in respect of acyclovir (patent no. 1,172,169 (169 patent) relating to acyclovir in topical cream or ointment form; patent no. 1,062,257 (257 patent) relating to more general claims of acyclovir; patents nos. 1,096,863 (863 patent) and 1,096,864 (864 patent) for methods and processes of manufacture of acyclovir and its intermediates)—In current proceedings, Apotex, generic drug manufacturer, sent two NOCs to applicants—On February 19, 1996, in action T-388-96 (388 proceeding), applicants responded to Apotex's NOC by issuing originating notice of motion for judicial review—On February 21, 1996, Apotex sent second NOC to applicants concerning medicine acyclovir in tablet form, and applicants responded, in action T-793-96 (793 proceeding), by issuing second originating notice of motion—Burden on applicants to establish on balance of probabilities Apotex's allegations of non-infringement in its NOCs not justified—Two overriding issues: first issue concerning expiry and relevancy of certain of applicants' patents; second centering on question of whether drug manufacturer must mention in NOC all of patents found on Patent Register for particular drug—Applications

PATENTS—Concluded

dismissed—No need for order of prohibition in 388 proceeding as patents at issue have either expired (257 patent) or contain claim not encompassed under Regulations—Would be height of futility if Court had to prohibit Minister from issuing NOC on basis of expired patent (257 patent)—Justification for allegations not frozen in time; time of hearing optimum period for determining justification of allegation—Applicants also conceded 863 and 864 patents did not contain claims encompassed by Regulations: in original notice of motion, applicants stated they did not rely upon these two patents in present proceedings—Therefore, irrelevant—But, even without express statement in originating notice of motion, these two patents describe methods and processes for manufacture of acyclovir and intermediates, and such method or process patents not type of patents encompassed by term "medicine or use of medicine" in Regulations, s. 4(2)—In 793 proceeding, Court should not issue order of prohibition in relation to patents whose claims do not fall under purview of Regulations—Process only patent conferring no rights on patent-holder in context of Regulations—In circumstances, Court has to go beyond contents of notice of allegation and decided whether it should grant order of prohibition based on 863 and 864 patents—Order of prohibition should not be issued as relating to 863 and 864 patents because such method or process patents have no bearing on medicine or use of medicine acyclovir under Regulations—388 proceeding therefore dismissed—No conclusion reached as to validity of Apotex's arrangement with Medichem, which holds compulsory licence for acyclovir, to obtain acyclovir or whether arrangement constituting sub-licence or transfer of compulsory licence by Medichem to Apotex—As to whether drug manufacturer must mention in NOC all of patents found on Patent Register for particular drug, Apotex must only give allegation with respect to every patent on patent list in respect of particular form of drug for which it seeks NOC—Apotex did not have to cite 169 patent as latter containing claims for acyclovir in topical cream or ointment form whereas Apotex was seeking NOC for oral tablet form of acyclovir in varying dosages—Failure to cite 169 patent irrelevant to issue of justified allegations of non-infringement—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 4(2).

GLAXO WELLCOME INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-388-96, T-793-96, Teitelbaum J., order dated 19/8/97, 18 pp.)

PENITENTIARIES

Application for judicial review of several decisions of Correctional Service officers concerning use of Inmate Welfare Fund by Inmate Committee at Warkworth Institution in Campbellford, Ontario, to purchase legal texts, cancellation of inmate's *Outlook* magazine and editor's

PENITENTIARIES—Concluded

position, and confiscation of two law books—(1) Use of Inmate Welfare Fund to purchase legal texts—*Bissonnette v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1996), 122 F.T.R. 166 (F.C.T.D.) applied—Paragraph 4 of Commissioner's Directive 861, using mandatory language as to use of Fund, not including purchase of legal texts—Restrictive interpretation of that provision did not give sufficient importance to policy objective of contributing to general inmate welfare—Paragraph 4 not necessarily prohibiting purchase of legal texts, especially in light of Corrections and Conditional Release Regulations, s. 97(3) which provides that Service shall ensure inmates have reasonable access to legal reading materials—Applying principles set out in *Bissonnette* to case at bar, only question to answer: whether decision to void purchase order in keeping with Regulations, s. 97(3)—However, given access to books already available and evidence of respondent's concern Fund threatened by purchase, on balance, applicant has not made its case—(2) Cancellation of *Outlook* magazine and editor's position—Magazine designed, pursuant to Standing Order, 765 to "provide structured avenues of self-expression"—Applicants have failed to show decisions concerning *Outlook* magazine unreasonable in any way—Proposed issue had no original submissions in it, consisting exclusively of reproductions of previously published articles—Copyright concerns alone were enough to reject issue—Issue of cancellation of *Outlook* magazine and editorial position now moot as publication of *Outlook* has since resumed—(3) Alleged confiscation of law books—No evidence officers decided books contraband, and seized them on that basis—Evidence rather to effect officers concerned over abuse of photocopying privileges for unauthorized personal use, and books examined to see if for personal use or for authorized use—No error of fact or jurisdictional error—Issue now moot as books returned to applicant within few days—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 97(3).

SHORTREED V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-2180-96, Cullen J., order dated 3/7/97, 13 pp.)

PRACTICE**AFFIDAVITS**

Motion to strike paragraphs from affidavits filed in support of judicial review application—Applicant challenging Regional Safety Officer's decision—Filing affidavits sworn by two witnesses who gave evidence to Regional Safety Officer—Respondent arguing applicant must file relevant portions of transcript of hearing before Regional Safety Officer, not rely on affidavit evidence of witnesses—Submitting applicant having obligation to produce best evidence in support of claim, thus requiring it to pay cost of transcribing tape recordings and to include relevant portions

PRACTICE—Continued

of transcript in application record—Motion dismissed—Federal Court Rules, R. 1606(2) requiring application record contain portions of any transcript of evidence to be used by applicant at hearing—Applicant not intending to rely on transcript of evidence, but on affidavit evidence—Not precluding respondent from challenging accuracy of affidavits by cross-examining affiants, or by filing own transcript of tape recording of proceeding—Rules not precluding applicant proceeding as it has—Where no statutory or other legal obligation on decision-maker to transcribe proceedings, applicant having right to require production of shorthand notes or tape recordings of proceedings, if exist, and may transcribe them at own expense for use before Court: *Blagdon v. Public Service Commission*, [1976] 1 F.C. 615 (C.A.)—Not stating only way applicant can present evidence of what was said to decision-maker, when tape recording made of proceeding by producing transcript of tape recording—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1606(2) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

VANCOUVER WHARVES LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1125-97, Reed J., order dated 10/9/97, 4 pp.)

COSTS

Application by respondent Apotex for costs relative to proceedings under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (Regulations)—Apotex successful in having applicants' application to extend time and prohibition application dismissed—Federal Court R. 1618 (no costs payable in judicial review proceedings unless Court, upon finding special reasons, so orders) applicable to proceedings under Regulations—Although proceedings under Regulations best characterized as private litigation, nevertheless judicial review proceedings—Legislative or regulatory regime *per se* cannot constitute special reasons; one must look at particular circumstances of case—Substance to argument Regulations contemplate determination on merits of prohibition application and where no determination on merits made, Regulations have been invoked, but not for purposes for which intended—This constitutes special reasons for awarding costs under R. 1618 against party responsible for matter not being adjudicated on merits within statutory period (30 months)—*Semble*: if patentee or competitor has particularly unmeritorious position in case under Regulations, even if determination on merits made by Court, argument for costs based on special reasons might be accepted—Although applicants faced unusual circumstances, nonetheless, fact remains matter not adjudicated on merits within statutory period provided—Fact novel issue (question of Court's jurisdiction to grant prohibition and/or extension of time after statutory period raised for first time in case) raised does not cancel special reasons for awarding costs for purposes of R. 1618—Once Court has found special reasons

PRACTICE—Concluded

exist, must still exercise discretion in accordance with R. 344 with respect to amount of costs—Here, only party-party costs appropriate—Therefore, special reasons exist and award of costs in favour of Apotex made—Matter adjourned to enable parties to attempt to settle amount of costs between themselves—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/95-282, s. 1), 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1305-93, Rothstein J., order dated 10/6/97, 8 pp.)

Application by Canadian Human Rights Commission to compel applicant to attend for cross-examination on affidavits by counsel for Commission—Denault J. granting Commission intervenor status, giving it opportunity to file evidence and to examine witnesses—Instant motion not appeal from Denault J.'s order—Order requiring applicant to re-attend at own expense for cross-examination on affidavits sworn February 18, 20, 1997—Case of special circumstances with respect to costs—No arguments on merits of applicant's motion—Intervenor Commission granted sum of \$1000 relative to costs incurred on aborted cross-examination that did not take place on September 15, 1997—With respect to instant proceedings, costs ordered on party-party basis in amount of \$750—Costs of \$1750 payable forthwith.

ZÜNDEL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2765-96, Rothstein J., order dated 17/9/97, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of adjudicator's decision denying applicant's grievance against discharge for disciplinary reasons—Applicant, air traffic controller for 23 years, had left control tower unmanned for thirty minutes when air traffic fairly busy, without giving required notice—Discharged for having demonstrated gross disregard for responsibilities of position, potentially jeopardizing safety of flying public—Adjudicator denied grievance on basis of gravity of misdemeanour, disbelief incident would not be repeated, and conclusion employer's decision to terminate applicant's position not unreasonable as bond of trust between it and applicant had been irretrievably broken—Applicant submitting although cause for discipline herein, adjudicator erred in failing to reinstate applicant with reduced disciplinary record—Applicant further submitting adjudicator erred in denying grievance—Subject-matter herein falling within expertise of adjudicator, and standard of curial deference applicable—Application allowed—As adjudicator not bound

PUBLIC SERVICE—Concluded

by strict rules of evidence applied in courts of law, adjudicator did not improperly rely on contradictory evidence in making her finding of credibility against applicant—No reason, in law to interfere with weight accorded to evidence by adjudicator, nor with determination based on weighing of evidence—No error in adjudicator's decision not to apply rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.) (requiring cross-examiner to give witness notice of intention to impeach credibility of that witness by means of extrinsic evidence), as adjudicator not required to do so, nor should have been—Although adjudicator did take into consideration applicant failed to show signs of remorse or appreciation of implications of actions, conclusion not based only on that finding—On basis of perceived lack of remorse, adjudicator felt applicant could not be rehabilitated—In context of applicant's 23 unblemished years of service as air traffic controller, concern for flying public apparently not foremost in adjudicator's mind when made decision—As part of assessment of mitigating factors, in circumstances of case, adjudicator obligated to look at corrective discipline for applicant, and clearly state in reasons why corrective discipline should be rejected—Adjudicator obligated to look at corrective discipline because of applicant's long career of good service—Adjudicator failed to do so—Also, no indication adjudicator considered ramifications of dismissal for applicant (dismissal meaning, for rest of his life, applicant could not work at professional level as air traffic controller despite 23 unblemished years of service)—Adjudicator erred in assessment of mitigating factors by ignoring relevant evidence—Factors ignored by adjudicator so significant that her decision based on error in law, and patently unreasonable—Matter referred back to different adjudicator to determine appropriate penalty, taking into consideration principles of corrective and progressive discipline, and reasons of present decision.

GREEN v. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1710-96, Cullen J., order dated 8/7/97, 12 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Application for order entry on register of trademarks of Registration No. 446,742 in name of Grandma Lee's International Holdings Limited be struck—Applicant owner of restaurant, bar in London, Ontario—Bar operating under name "Alibi Roadhouse" since October 1988—Applicant applying to register word "Alibi" as trade-mark in respect of restaurant, bar services—Trade-marks Office Examiner refusing applicant's trade-mark as confusing with respondent's pending trade-mark application—On August 3, 1994, respondent applied for trade-mark registration of drawing containing words "Alibi Bar & Grill" in diamond design with words "Bar" and "Grill" disclaimed—Respondent's

TRADE MARKS—Continued

trade-mark eventually registered on August 25, 1995—Applicant claiming respondent's trade-mark not distinctive, respondent not entitled to register trade-mark—Under Trade-marks Act, ss. 16, 17, applicant must prove: (1) it did not abandon trade-mark as of date of advertisement of respondent's application for registration; (2) at date on which respondent first used trade-mark, it was confusing with trade-mark previously used in Canada by applicant—Question of distinctiveness determined as of date proceedings bringing validity of registration into question commenced—Trade-mark must be distinctive to all probable users of service including ultimate consumer—Critical factor message given to public—Respondent first used trade-mark, as registered, on January 28, 1994—Whether all elements of particular trade-mark prominent, must be present to permit finding of use question of fact to be determined on case-by-case basis—Actual mark used by Alibi bar in 1986 word "Alibi" in large type with bold underline—Despite differences between designs of old, new marks, dominant element in both marks word "Alibi"—Words "Bar", "Grill" disclaimed, insignificant feature of mark—Deviations neither causing injury, deception to public nor affecting "commercial impression"—Respondent entitled to register "Alibi" trade-mark—No evidence in support of applicant's argument respondent's trade-mark not distinctive at commencement of proceedings—Applicant's business in London, Ontario while respondent's business in Ottawa—Applicant has not satisfied onus upon it to prove respondent's trade-mark not distinctive—No evidence to indicate extent of use of applicant's "Alibi" mark, reputation in Canada—Finding of, at least, local distinctiveness appropriate without presence of evidence to contrary—Application dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 16, 17.

ALIBI ROADHOUSE INC. v. GRANDMA LEE'S INTERNATIONAL HOLDINGS LTD. (T-245-96, Teitelbaum J., order dated 10/10/97, 14 pp.)

Appellant requesting order setting aside Registrar of Trade-marks' decision under Act, s. 45 expunging registration for "Stainshield" mark on basis appellant had failed to submit any evidence of use in association with provision of services to public, as contained in registration—Registrar found use in association with carpets and rugs—Whether Registrar thereby exceeded jurisdiction—Appeal allowed—Object of Act, s. 45 to clear register of entries of trade marks not *bona fide* claimed by owners as active trade marks—Not to be used by opposing parties to resolve difficult questions of fact and law concerning conflicting commercial claims to use of trade mark—Not correct to say heavy onus on registrant to demonstrate use in Canada during relevant time: *Value Village Markets (1990) Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 502 (F.C.T.D.)—Registrar need only consider whether appellant has provided some evidence of use of its trade

TRADE MARKS—Continued

mark during relevant time: *Mantha & Associés/Associates v. Central Transport, Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 354 (F.C.A.)—Act, s. 45 designed to compel registered owner to demonstrate substantial and continuing interest in trade mark through provision of some evidence of use—Evidence herein clearly demonstrating appellant had interest in using mark in Canada, over relevant period—By going beyond determination of question of evidence of use, Registrar exceeded jurisdiction under s. 45, thereby committing error in law—Having accepted appellant's evidence of some use, Registrar should not have gone on to consider whether use in association with service rather than in association wares—In doing so, Registrar entered into consideration, beyond scope of s. 45, of validity of mark, and appellant's rights in it, as described in registry—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200).

GESCO INDUSTRIES INC. v. SIM & MCBURNEY (T-2770-96, Wetston J., order dated 30/10/97, 5 pp.)

INFRINGEMENT

Action for declaration defendants, by developing, manufacturing, selling board game under trade-mark "Sexual Pursuit" infringed plaintiffs' exclusive rights in registered trade-marks—Plaintiffs claiming permanent injunction to restrain defendants from manufacturing, distributing, selling game in association with trade-mark "Sexual Pursuit", order allowing for destruction of all copies of game Sexual Pursuit held in storage by independent custodian, award of damages, costs of action—Action started on January 4, 1985—Interlocutory injunction issued against defendants on February 6, 1985—Brian Thurston, Thomas Hayes only remaining defendants since action started—Game Trivial Pursuit phenomenal success—In early 1984, Hayes, Thurston conceived idea of creating similar game named Sexual Pursuit—Patterned game on Trivial Pursuit, copied many aspects of it—Game boxes almost identical in shape, size—Both dark in colour, one dark blue, other dark brown—In determining whether trade-marks confusing, Court must have regard to all surrounding circumstances, in particular to five considerations listed in Trade-marks Act, s. 6(5)—Both "Trivial Pursuit", "Sexual Pursuit", as trade-marks for board game, inherently distinctive—In assessing confusion, not necessary to provide evidence of actual confusion—Likelihood of confusion all that is necessary—Evidence of actual confusion herein—All three elements of Act, s. 7(b) met—Confusion caused by appearance of box in which Sexual Pursuit game packaged reinforced when box opened—Defendants infringed plaintiff's trade-marks, directed public attention to their game in way that would likely create confusion between their wares, wares of plaintiff—Name Trivial Pursuit not clearly descriptive of character, quality of wares—Name Trivial Pursuit not nomenclature used to describe any game, game board, token,

TRADE MARKS—Continued

etc. at time of registration of plaintiff's marks—Nor was nomenclature used in ordinary commercial usage to designate kind, quality of wares—Average consumer would make automatic association between two games, assume they came from same source—Evidence not showing plaintiff suffered damage from sale of defendants' game—Declaration, permanent injunction granted—Value of plaintiff's trade-marks not depreciated—No award of damages—Order permitting destruction of Sexual Pursuit games, components held by custodian at plaintiff's expense—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 7(b).

HORN ABBOT LTD. V. THURSTON HAYES DEVELOPMENT LTD. (T-32-85, Reed J., judgment dated 25/9/97, 14 pp.)

PRACTICE

Appeal from order refusing to strike out paragraphs from statement of defence relating to appellants' trade mark rights in Canada to use a double arcuate design applied to the hip pocket of jeans-type garments—Paragraph 18 alleging plaintiffs acquiesced in such use of designs by others—Appellants submitting as defence of acquiescence personal to defendant, defendant cannot rely on plaintiff's acquiescence to use of trade mark by third parties—Contending that plaintiff's behaviour toward other parties irrelevant to determination of issue between plaintiff, specific defendant not claiming acquiescence in relation to itself—Appellants referring to American authorities, but no Canadian precedents—Unnecessary to decide point—Reference to acquiescence by appellants to use of trade mark in market place read, understood in context—Paragraphs 16, 17 of statement of defence, specifically alleging double design applied to rear pockets of jeans losing distinctiveness claimed because widely used by several companies, still in common use in Canada—Owner of trade mark may by personal conduct or own behaviour, including acquiescence to use of trade mark by others irremediably compromise distinctiveness of mark, validity of registration—Proper for defendant in infringement lawsuit to allege such fact in statement of defence provided supported by factual base—Motions Judge properly found respondent providing statements of fact supporting allegation—Paragraph 21 alleging lawsuit frivolous and vexatious—Respondent alleging appellants, under guise of valid enforcement of trade mark, in fact abusing Court's process—Seeking to establish abuse of process in appellants' action or course of conduct designed to harass users of trade mark, avoid by all means determination of validity of registration—Motive relevant in context of abuse of Court's process—Abuse of process developed both in substantive, procedural law—Actionable tort—Abuser must have used legal process for collateral, extraneous, ulterior, improper or illicit purpose—No abuse when litigant employs regular legal process to proper conclusion, even with bad intentions—Also invoked as procedural defence, especially in

TRADE MARKS—Concluded

criminal law, but not limited thereto—Nothing preventing application to infringement lawsuit—Abuse of process request to Court to vindicate process, protect it from abuse by litigants—Litigant should not be denied right to raise issue in statement of defence, when factual basis to support claim—Factual basis supporting allegation herein—Difficulties in proving allegation not ground for denying defendant such possibility.

LEVI STRAUSS & CO. V. ROADRUNNER APPAREL INC. (A-240-97, Létourneau J.A., judgment dated 27/10/97, 7 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application to set aside Umpire's decision as to meaning of expression "normal weekly earnings"—Respondent claimant applied for unemployment insurance benefits after being laid off in October of 1990—Found to be ineligible for benefits as in receipt of severance monies—Commission determined claimant's normal weekly wage \$1,000—Claimant argued normal weekly wage not \$1,000 per week, but \$1,245.16, calculated by reference to yearly employment income indicated on T4 slip—Appealed to Board of Referees which upheld Commission's decision—Umpire noted only amounts in dispute before him vacation pay, annual incentive allowance, 25-year service award—Erred in including amounts in question as part of respondent's normal weekly earnings—Term normal weekly earnings means ordinary, usual earnings that claimant receives or earns on regular basis, does not include amounts in question here, being fringe benefits or extra amounts—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FOX (A-841-96, Robertson J.A., judgment dated 9/10/97, 3 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision Minister of National Revenue's decision concerning insurability of employment implied conclusion claimant worked as employee at time claimed benefits, therefore not self-employed contractor—Application allowed—Court's decision in *Thibault v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1997] F.C.J. No. 547 (C.A.) (QL), not *Attorney General of Canada v. Venditelli* (1982), CUB 7015, must now prevail—Respondent owning 25 percent of shares and sole director of business, where working full-time—Claiming benefits, alleging shortage of work—Minister deciding respondent holding insurable employment as business operator—Commission deciding respondent not entitled to benefit because engaging in operation of business either on own account or in partnership, working full working week and not unemployed—On appeal, Umpire finding for respondent—In *Thibault*, decided even if

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

Minister deciding employment insurable, Commission can except claimant from receipt of benefits, as insurability of employment essential term of eligibility, not guarantee thereof—Question of insurability of employment must be determined by Minister of National Revenue, and by Tax Court of Canada if appealed, relates to qualifying period; question of entitlement to benefit must be decided by Commission itself, and by Board of Referees and Umpire if

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

appealed, relates to benefit period—Determination made with respect to insurability binding on Commission with respect only to insurability, not when comes to decide entitlement to benefit.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. D'ASTOLI
(A-999-96, Denault J.A. (*ex officio*), judgment dated
24/10/97, 5 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de révision de la décision par laquelle le ministre des Ressources naturelles a rejeté la demande présentée par la requérante en vertu de la Loi sur l'accès à l'information en vue d'obtenir la communication de documents relevant du ministre concernant des études menées par le Laboratoire canadien de recherche sur les explosifs (le LCRE)—La requérante était une étudiante en droit occupant un emploi d'été pour un grand cabinet d'avocats canadien—La requérante avait le droit de présenter sa demande de communication en qualité de citoyenne canadienne conformément à l'art. 4(1)—Le ministre a-t-il commis une erreur en rejetant la demande de communication des documents demandés présentée par la requérante pour les motifs prévus aux art. 18*b*) et 20(1*b*), *c*) et *d*) de la Loi?—Ces dispositions établissent des exceptions au droit d'accès reconnu par la Loi—Le pouvoir du ministre de refuser la communication sous le régime de l'art. 18*b*) est discrétionnaire—Le refus de communiquer un document sous le régime de l'art. 20(1*b*), *c*) ou *d*) est obligatoire—Le LCRE constitue une institution gouvernementale qui relève du ministre—Sa principale fonction consiste à fournir des services et des conseils techniques à l'Inspecteur en chef des explosifs et à la Division de la réglementation des explosifs du Ministère—Le contrat en vertu duquel les documents demandés ont été produits contient un engagement exprès de confidentialité absolue de la part du LCRE—Le ministre n'a pas commis une erreur en concluant que la divulgation des documents demandés risquerait vraisemblablement de nuire à la compétitivité du LCRE—La protection de la compétitivité du LCRE constitue une préoccupation importante d'intérêt public—Le ministre a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire—La décision du ministre de refuser la divulgation pour les motifs prévus à l'art. 18*b*) a été confirmée—La société Terra International Inc. est une entreprise de fabrication et de distribution de fertilisants, de produits antiparasitaires, de semences et de produits azotés, dont des engrais azotés—En décembre 1994, une explosion catastrophique est survenue à l'une de ses usines de fertilisants, causant des dommages importants à ses biens meubles

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

et immeubles, tuant quatre employés et en blessant 18 autres—Terra est engagée dans d'importantes poursuites judiciaires aux États-Unis—Elle a retenu les services du LCRE en qualité de consultant qui ne sera pas appelé à témoigner dans le cadre du litige, afin qu'il conseille ses avocats sur des questions touchant l'explosion et les procédures judiciaires qui en découlent—Les documents exigés ne contenaient pas de renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis au LCRE par Terra, traités comme confidentiels de façon constante par la personne qui les a fournis—Les documents demandés ne faisaient pas partie de ceux visés à l'art. 20(1*b*)—Ils étaient visés par l'art. 20(1*c*), *d*)—Ampleur des montants en jeu dans les procédures judiciaires en cours devant les tribunaux des États-Unis qui risqueraient vraisemblablement de faire l'objet de négociations en vue d'un règlement—La décision de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire de communication prévu par l'art. 20(6) et de ne pas procéder à un prélèvement en application de l'art. 25 était raisonnable—Demande rejetée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4(1), 18, 20, 25.

HUTTON C. CANADA (MINISTRE DES RESSOURCES NATURELLES) (T-2185-96, juge Gibson, ordonnance en date du 31-10-97, 18 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande d'annulation de la décision d'un juge-arbitre concernant la signification de l'expression «montant normal de la rémunération hebdomadaire»—Le prestataire intimé a demandé des prestations d'assurance-chômage après avoir été licencié en octobre 1990—Il a été déclaré inadmissible parce qu'il recevait une indemnité de cessation d'emploi—La Commission a conclu que la rémunération hebdomadaire normale du prestataire s'élevait à 1 000 \$—Le prestataire soutenait que sa rémunération hebdomadaire normale ne s'élevait pas à 1 000 \$, mais à 1 245,16 \$, si on la calculait

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

en se reportant à son revenu d'emploi annuel indiqué sur son feuillet T4—Il a formé un appel devant le Conseil arbitral et celui-ci a confirmé la décision de la Commission—Le juge-arbitre a noté que seuls les montants de la paie de vacances, de la prime incitative annuelle et de la récompense pour 25 années de service demeuraient en litige—Il a commis une erreur en incluant ces montants dans la rémunération hebdomadaire normale du prestataire—L'expression «montant normal de la rémunération hebdomadaire» s'entend de la rémunération ordinaire, habituelle, que le prestataire reçoit ou gagne régulièrement et n'inclut pas les montants en cause, qui sont des avantages sociaux ou des suppléments—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FOX (A-841-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 9-10-97, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre que la décision du ministre du Revenu sur l'assurabilité de l'emploi emportait implicitement la conclusion que le prestataire, au moment où il a réclamé des prestations, exerçait un emploi et n'était donc pas un entrepreneur indépendant—Demande accueillie—C'est la décision de cette Cour dans l'affaire *Thibault c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1997] A.C.F. n° 547 (C.A.) (Q.L.) et non *Procureur général du Canada c. Venditelli* (1982), CUB 7015 qui doit maintenant prévaloir—L'intimé est actionnaire à 25% et seul administrateur de l'entreprise où il travaille à temps plein—Il a présenté une demande de prestations, alléguant le manque de travail—Le ministre a jugé qu'il occupait, à titre d'exploitant d'entreprise, un emploi assurable—La Commission a jugé qu'il n'était pas admissible à des prestations parce qu'il exploitait une entreprise à son compte ou à titre d'associé, qu'il faisait une semaine entière de travail et n'était pas en chômage—En appel, le juge-arbitre lui a donné raison—Dans *Thibault*, il a été décidé que même si le ministre a décidé que l'emploi était assurable, la Commission pouvait quand même exclure le demandeur du bénéfice des prestations, l'assurabilité de l'emploi étant une condition essentielle à l'admissibilité, mais n'en étant pas la garantie—La question de l'assurabilité d'un emploi relève du ministre du Revenu national et de la Cour canadienne de l'impôt s'il y a appel, et vise la période de référence; la question de l'admissibilité aux prestations relève de la Commission elle-même et du conseil arbitral et du juge-arbitre s'il y a appel, et vise la période de prestations—La décision rendue sur l'assurabilité ne lie la Commission que sur cette question, et non lorsqu'elle a à décider de l'admissibilité à des prestations.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. D'ASTOLI (A-999-96, juge Denault, J.C.A., de droit, jugement en date du 24-10-97, 5 p.)

BREVETS

Demandes de contrôle judiciaire concernant le médicament acyclovir—Les requérantes sollicitent des ordonnances interdisant à l'intimé de délivrer des avis de conformité à l'intimée Apotex—Le débat tourne autour des critères applicables en matière de délivrance d'avis de conformité—La sécurité et l'efficacité générales du médicament et la non-contrefaçon de certains brevets incorporés dans le médicament sont au nombre des conditions qui doivent être respectées avant qu'un avis de conformité puisse être délivré—Les requérantes sont propriétaires et titulaires de licences de quatre brevets relatifs à l'acyclovir (le brevet n° 1 172 169 (le brevet 169), qui porte sur le médicament acyclovir sous forme de crème ou d'onguent topiques, le brevet n° 1 062 257 (le brevet 257), qui concerne des revendications plus générales pour l'acyclovir, et les brevets n°s 1 096 863 (le brevet 863) et 1 096 864 (le brevet 864), qui portent sur les méthodes et les procédés de fabrication de l'acyclovir et ses intermédiaires)—Dans les présentes instances, Apotex, un fabricant de médicaments génériques, a envoyé deux avis d'allégation aux requérantes—Le 19 février 1996, dans l'action T-388-96 (l'instance n° 388), les requérantes ont répondu à l'avis d'allégation d'Apotex en envoyant un avis de requête introductif d'instance en contrôle judiciaire—Le 21 février 1996, Apotex a envoyé un second avis d'allégation aux requérantes au sujet du médicament acyclovir sous forme de comprimés, et les requérantes ont répondu, dans l'action T-793-96 (l'instance n° 793) en envoyant un second avis de requête introductif d'instance—C'est aux requérantes qu'il incombe d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les allégations de non-contrefaçon formulées par Apotex dans ses avis d'allégation ne sont pas justifiées—Il y a deux questions préalables auxquelles il faut d'abord répondre: la première concerne l'expiration et la pertinence de certains des brevets des requérantes; la seconde porte sur la question de savoir si un fabricant de médicaments doit mentionner dans son avis d'allégation tous les brevets qui sont inscrits au registre des brevets relativement à un médicament déterminé—Les demandes sont rejetées—Il n'est pas nécessaire de prononcer une ordonnance de ne pas faire dans l'instance n° 388, étant donné que les brevets en litige sont expirés (le brevet 257) ou comportent des revendications qui échappent à l'application du Règlement—Ce serait le comble de la futilité si la Cour devait interdire au ministre de délivrer un avis de conformité sur la base d'un brevet expiré (le brevet 257)—La justification des allégations n'est pas figée dans le temps; le moment optimal pour apprécier la justification de l'allégation est celui de l'audience—Les requérantes ont elles-mêmes reconnu que les brevets 863 et 864 ne comportent pas de revendications visées par le Règlement; dans leur avis de requête introductif d'instance, les requérantes ont déclaré qu'elles n'avaient pas l'intention d'invoquer ces deux brevets dans la présente instance—Ils ne sont donc pas pertinents—Mais, même en faisant abstraction de la déclaration explicite contenue dans l'avis de requête introductif d'instance, ces deux brevets décrivent des méthodes et des

BREVETS—Fin

procédés de fabrication de l'acyclovir et de ses intermédiaires et ce type de brevet portant sur des méthodes ou des procédés ne faisait pas partie du genre de brevets visés par les mots «médicament ou utilisation du médicament» à l'art. 4(2) du Règlement—Dans l'instance n° 793, la Cour ne devrait pas prononcer une ordonnance de ne pas faire relativement aux brevets dont les revendications ne tombent pas sous le coup du Règlement—Un brevet qui porte exclusivement sur un procédé ne confère aucun droit au titulaire du brevet dans le contexte du Règlement—Dans ces conditions, la Cour doit aller au-delà du contenu de l'avis d'allégation et décider si elle doit prononcer une ordonnance de ne pas faire sur le fondement des brevets 863 et 864—La Cour ne doit pas prononcer d'ordonnance de ne pas faire au sujet des brevets 863 et 864, parce que ces brevets, qui portent sur un procédé ou sur une méthode, n'ont aucune incidence sur le médicament ou l'utilisation du médicament acyclovir au sens du Règlement—L'instance n° 388 est par conséquent rejetée—La Cour ne tire aucune conclusion au sujet de la validité des dispositions prises par Apotex avec Medichem, qui détient une licence obligatoire à l'égard de l'acyclovir, pour se procurer de l'acyclovir, ou au sujet de la question de savoir si ces dispositions constituent une sous-licence ou une cession par Medichem de sa licence obligatoire à Apotex—Quant à la question de savoir si le fabricant de médicaments génériques doit indiquer dans ses avis d'allégation chacun des brevets inscrits au registre des brevets au sujet d'un médicament déterminé, Apotex est uniquement tenue de formuler une allégation au sujet de chaque brevet inscrit sur une liste de brevets en ce qui concerne la forme particulière du médicament pour lequel elle demande un avis de conformité—Apotex n'était pas tenue de mentionner le brevet 169, parce qu'il comportait des revendications pour le médicament acyclovir administré par voie topique sous forme de crème ou d'onguent, tandis qu'Apotex cherchait à obtenir un avis de conformité pour l'acyclovir sous forme de comprimés de diverses concentrations—Le défaut de mentionner le brevet 169 n'a aucun rapport avec la question des allégations justifiées de non-contrefaçon—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(2).

GLAXO WELLCOME INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-388-96, T-793-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 19-8-97, 20 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Processus d'enquête en matière d'immigration*

Demande de sursis de l'exécution de la mesure d'expulsion prise à la suite de la décision de la section du statut de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

réfugié (SSR) portant que le requérant s'était désisté de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Le requérant n'a pas déposé son formulaire de renseignements personnels (FRP) dans le délai prévu et n'a pas justifié son retard—La SSR n'a pas cru que le requérant, qui était au pays depuis 10 ans, ne savait pas ce qu'on attendait de lui—La décision de la SSR n'était pas étayée par une preuve pertinente; elle a simplement déduit du long séjour du requérant au Canada qu'il avait sûrement été informé du FRP et de l'audition portant sur le désistement—Le requérant, son épouse et ses enfants revendiquaient tous le statut de réfugié—Le frère et les sœurs du requérant se sont tous vu reconnaître le statut de réfugié—Il n'existe aucun motif de croire que tel ne serait pas également le cas du requérant—Existence d'une question importante à trancher—La SSR a poursuivi l'audition malgré la demande expresse d'un interprète formulée par le requérant qui avait manifestement de la difficulté à comprendre les questions qu'on lui posait—Au cours de l'audition, l'un des membres de la SSR a reconnu que le statut du requérant au Canada était «flou», mais la SSR a poursuivi l'audition—La SSR a manqué à son devoir permanent de s'assurer que le requérant bénéficie d'une audition juste—La validité de la mesure d'expulsion n'était pas contestée—La jurisprudence était divisée sur la compétence de la Cour de surseoir à l'exécution d'une mesure de renvoi en pareilles circonstances—Règle générale, l'exécution d'une mesure de renvoi ne doit pas être contrecarrée si elle est valide—La seule situation dans laquelle il ne faut pas appliquer aveuglément ce principe est celle dans laquelle il y a eu mauvaise administration ou injustice—Il n'est pas équitable d'expulser ou de renvoyer une personne en vertu d'une mesure de renvoi valide ou non contestée, lorsque cette personne a été traitée illégalement ou injustement—Il y a alors mauvaise administration et ce fondement est suffisant pour justifier le sursis ou l'annulation de l'instrument d'une injustice, même si cet instrument est valide en soi—La justice constitue la raison d'être de notre Cour—Le tribunal n'a pas cru le requérant uniquement parce que celui-ci aurait dû savoir ce qu'il ne pouvait savoir—Il lui a refusé les services d'un interprète, alors qu'il aurait dû lui accorder un ajournement pour qu'il obtienne de tels services—Traitement injuste—Résultat de l'inflexibilité et de la précipitation de la formation de la SSR—Requête accueillie *ex debito justitiae*.

CIRAHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1650-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 31-10-97, 7 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Requête des intimés sollicitant une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire déposée par le requérant en raison de son caractère théorique—La demande de contrôle judiciaire vise la décision prise par l'arbitre intimé, et selon

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

laquelle il n'avait pas compétence pour accorder au requérant la qualité d'intervenant—L'enquête portait sur l'intimé Josef Nemsila, dont on prétend qu'il a commis des crimes en Tchécoslovaquie au cours de la Seconde Guerre mondiale—L'arbitre a estimé que M. Nemsila avait acquis un domicile canadien et qu'il ne pouvait pas, par conséquent, faire l'objet d'une mesure d'expulsion—Cette décision a été annulée par le juge en chef adjoint Jerome dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire—L'affaire ayant été portée en appel devant la CAF, l'appel a été rejeté comme étant purement hypothétique puisque M. Nemsila était décédé après l'audience mais avant que n'intervienne le jugement de la Cour—La CAF s'est longuement penchée sur le problème des questions hypothétiques—Trois critères régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire face à une question hypothétique: 1) il faut que la question se pose dans le contexte d'un débat contradictoire; 2) il faut veiller au bon usage des ressources judiciaires; 3) il faut éviter toute immixtion dans le domaine législatif à l'occasion d'un jugement prononcé en l'absence de litige—L'affaire opposant M. Nemsila au ministre est devenue entièrement hypothétique étant donné le décès de M. Nemsila et l'arrêt de la Cour d'appel fédérale—Le simple fait que le requérant entend peut-être intervenir dans le cadre d'autres enquêtes menées devant un arbitre en vue d'une expulsion possible, ne permet pas de ranimer la présente procédure et ne justifie pas que la Cour consacre une partie de ses ressources limitées à trancher une question purement hypothétique—La solution, pour le requérant, consiste à soulever à la première occasion la question devant un arbitre, dans le cadre d'une autre enquête d'expulsion—La demande des intimés est accueillie, et la demande de contrôle judiciaire des requérants est rejetée.

NARVEY C. CANADA (ARBITRE AU TITRE DE LA LOI SUR L'IMMIGRATION) (IMM-1989-95, juge Dubé, ordonnance en date du 10-10-97, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR portant que les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants, une mère et ses deux enfants âgés de 15 et 12 ans, ayant tous la citoyenneté iranienne, ont prétendu craindre avec raison d'être persécutés s'ils doivent retourner en Iran—Le père de la mère était un officier dans l'armée de l'air iranienne qui a collaboré à un coup d'état raté contre le gouvernement de la République islamique en 1980 et a été emprisonné, torturé et arrêté de nouveau pour ne plus jamais être revu—La requérante principale et son époux, qui étaient des partisans actifs de la monarchie, ont été harcelés et auraient été victimes de persécution—La SSR a rejeté la revendication sur le seul fondement de la crédibilité—La mère était la représentante désignée de ses enfants—Les requérants ont été pris au dépourvu lorsqu'on a demandé à l'aînée de témoigner—La mère a tenté d'empêcher ce témoignage, mais la SSR a poursuivi l'interrogatoire et l'avocat ne s'est pas objecté—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

L'avocat n'a pas bien représenté les intérêts de ses clients en ne s'objectant pas—Il paraît avoir permis à la SSR de prendre en main la direction du dossier de ses clients, rôle qui était manifestement le sien—En l'espèce, la SSR a manqué aux principes portant qu'un tribunal ne devrait pas se mettre en quête d'éléments de preuve ni intervenir lorsqu'un requérant tente d'établir le bien-fondé de ses arguments, sauf lorsqu'il est nécessaire de clarifier des faits essentiels pour bien les comprendre—D'après les faits de l'espèce, il y avait lieu d'accorder une réparation—La requérante principale, en qualité de représentante nouvellement désignée de ses enfants, avait le devoir d'agir dans leur intérêt—Elle avait droit au soutien de son avocat, mais ne l'a pas obtenu—Elle a essuyé des rebuffades en cherchant à agir directement—La SSR avait, dans les circonstances, l'obligation, conformément à son devoir d'agir équitablement, de faire en sorte que les requérants aient la possibilité de rencontrer leur avocat et de reprendre la direction de leur dossier—Faute de l'avoir fait, la SSR a manqué au devoir qu'elle avait envers les requérants de tenir une audition équitable et a, de ce fait, commis une erreur susceptible de contrôle—Rien ne permet de conclure que la conduite de la SSR en l'espèce a créé une crainte raisonnable de partialité—Il n'appartient pas à la SSR de reconnaître et d'examiner des revendications qui n'ont pas été présentées lorsque la preuve qui lui est soumise pourrait appuyer de telles revendications—Demande accueillie.

GANGI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3632-96, juge Gibson, ordonnance en date du 29-8-97, 9 p.)

STATUT AU CANADA

Refugiés au sens de la Convention

Les requérants sont des contestataires politiques chiliens qui revendiquaient activement les droits de la population et qui dénonçaient la vente de drogue dans leur quartier de Santiago, ainsi que la complicité des forces de sécurité du secteur—Eux-mêmes et leurs camarades sont souvent détenus, battus et harcelés—Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut rejetant leur demande de statut de réfugiés au motif que les requérants n'auraient pas demandé la protection des autorités—Application de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Canada (Procureur Général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 quant aux lignes directrices pour démontrer l'incapacité de l'État de protéger ses ressortissants et le caractère raisonnable du refus du demandeur de statut de solliciter réellement cette protection—La section du statut ne s'est pas prononcée sur la crédibilité des requérants—Donc, les événements qu'ils ont relatés (décès et disparition de co-contestataires, persécutions, menaces, démarches sans résultat positif auprès du commissariat et sur les ondes publiques) doivent être tenus

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

pour avérés—La section du statut aurait dû leur indiquer les moyens qui leur étaient objectivement et raisonnablement disponibles—Elle doit motiver par écrit les décisions défavorables aux requérants, suffisamment pour qu'ils sachent pourquoi leur revendication a échoué et juger s'il y a lieu de demander la permission d'en appeler—Demande accueillie.

GONZALES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3305-96, juge Lutfy, ordonnance en date du 3-10-97, 5 p.)

CONCURRENCE

Requête présentée par la Columbia House Company en vue d'obtenir l'annulation d'une ordonnance *ex parte* lui enjoignant de produire par l'entremise d'un de ses représentants autorisés des documents et une déclaration écrite énonçant certains renseignements—L'ordonnance a été rendue dans le cadre d'une enquête menée par le directeur des enquêtes et recherches au sujet de la plainte déposée par BMG Direct Ltd. au sujet du refus de la Warner Music Canada Ltd. de vendre certaines licences portant sur la reproduction d'enregistrements et les droits de vente sur ces enregistrements—L'enquête a été ouverte par le directeur le 19 décembre 1996 en vertu de l'art. 10(1)b)(ii) de la Loi sur la concurrence—La Columbia House a présenté une demande en vue de faire annuler l'ordonnance fondée sur l'art. 11 au motif que le dépôt par le directeur de l'avis de demande devant le Tribunal de la concurrence marque la fin de l'enquête menée en vertu de l'art. 10—L'art. 10 de la Loi oblige le Directeur à faire enquête «en vue de déterminer les faits»—Les renseignements que le directeur cherche présentement à obtenir de la Columbia House peuvent être utiles au cours de l'enquête préalable qui se déroulera devant le Tribunal de la concurrence—Il n'y a aucune raison d'obliger le directeur à attendre jusqu'à l'audience du Tribunal de la concurrence avant de produire les renseignements qui font l'objet de l'ordonnance de la Cour—Le directeur n'est pas tenu de révéler aux parties les raisons pour lesquelles un avis de demande a été envoyé avant l'expiration du délai imparti à la Columbia House pour se conformer à l'ordonnance fondée sur l'art. 11—Il serait contraire à l'esprit de la Loi d'obliger le directeur à attendre que l'ordonnance fondée sur l'art. 11 soit entièrement respectée avant d'exercer un recours civil devant le Tribunal de la concurrence—Le dépôt d'un avis de demande devant le Tribunal de la concurrence ne met pas fin en lui-même à une enquête menée en vertu de l'art. 10—La requête est rejetée—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 10 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 23), 11 (mod., *idem*, art. 24).

WARNER MUSIC GROUP INC. (RE) (T-1959-97), juge Lutfy, ordonnance en date du 15-10-97, 6 p.)

DROIT MARITIME**PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES**

Le demandeur sollicite divers redressements contre la défenderesse Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick—Au printemps 1992, le demandeur a décidé qu'il voulait pêcher le poisson de fond au large de la côte nord-est de Terre-Neuve—Il s'est mis à la recherche d'un bateau approprié qu'il pourrait acheter—Le bateau *Tami Joan* pouvait être affrété ou loué—Le demandeur croyait, à tort, que le *Tami Joan* n'était grevé d'aucune charge et qu'il était assuré d'une façon adéquate—Le *Tami Joan* était grevé d'une hypothèque au profit de la province du Nouveau-Brunswick et il était en retard dans ses paiements—Le demandeur ne se conformait pas à l'exigence relative au déchargement prévu dans l'entente de remboursement—Lui, le capitaine et Lewis ne résidaient pas au Nouveau-Brunswick—Le Nouveau-Brunswick soutenait qu'il avait le droit de prendre possession du *Tami Joan*—Le demandeur a refusé de remettre le *Tami Joan* à la province—Le *Tami Joan* a été conduit à St. John's et amarré dans le port—Le navire a été saisi par la province du Nouveau-Brunswick—Il a subséquemment été vendu par soumission publique à l'endroit où il était entreposé, à Terre-Neuve—Il n'y a pas lieu de rejeter en entier la défense du Nouveau-Brunswick du simple fait que la province a omis de prouver strictement qu'elle détenait une hypothèque et que celle-ci avait été enregistrée—Le Nouveau-Brunswick avait le droit de saisir le *Tami Joan* à St. John's en raison du retard dans le remboursement du prêt hypothécaire et du fait que le demandeur avait laissé s'éteindre la police d'assurance—Depuis que le Nouveau-Brunswick a saisi le *Tami Joan* le demandeur n'avait pas le droit d'avoir le bateau en sa possession ou de l'utiliser—Il avait droit à un privilège possessoire sur le *Tami Joan* à l'égard de l'équipement qu'il avait fourni au navire et des améliorations qu'il y avait apportées—Le demandeur a «fourni des marchandises et du matériel» au *Tami Joan* et détenait donc un privilège possessoire pendant qu'il avait le bateau en sa possession—Il ne restait plus au demandeur que le droit de recevoir du Nouveau-Brunswick le montant visé par son privilège lorsqu'il a cessé d'avoir le *Tami Joan* en sa possession en raison de la saisie effectuée par le Nouveau-Brunswick conformément à la loi—Au moment où l'action a été intentée, le demandeur, qui n'avait plus alors le *Tami Joan* en sa possession, ne disposait d'aucun fondement lui permettant de procéder *in rem* en vue de faire exécuter un privilège possessoire—Il était dans la même situation qu'un créancier chirographaire puisqu'il n'avait aucun privilège maritime—La demande présentée par le demandeur à l'égard de dommages-intérêts spéciaux et généraux par suite de la perte de jouissance du *Tami Joan* pour la période qui a suivi la saisie et jusqu'à la fin du contrat de location, soit le 25 décembre 1992, doit être rejetée sur le fond—Le demandeur n'a pas perdu la possibilité de pêcher le flétan noir à la fin de la saison par suite de la saisie du *Tami*

DROIT MARITIME—Suite

Joan—Le demandeur a peut-être un droit *in rem* reconnu par la loi à l'égard des approvisionnements et des réparations, mais pareil droit prend rang après celui du Nouveau-Brunswick en sa qualité de créancier hypothécaire ayant le bateau en sa possession—L'action est rejetée.

GREELY C. TAMI JOAN (LE) (T-2778-92, juge Gibson, jugement en date du 29-8-97, 19 p.)

TRANSPORT DE MARCHANDISES

Requête des défenderesses China Ocean Shipping (Group) Co. et Guangzhou Ocean Shipping Company (Cosco) visant à faire radier la partie *in rem* de l'action de la demanderesse Paramount en vertu de la Règle 419(1)a) au motif qu'elle ne présente aucune cause raisonnable d'action—En vertu de la charte-partie Conlinebooking conclu le 10 mars 1997, la demanderesse s'est engagée à transporter, et les défenderesses à expédier, une cargaison de 1 000 tonnes d'explosifs à bord du navire *Len Speer*—Selon les paragraphes 4, 5, 6 et 7 de la déclaration, les défenderesses auraient contrevenu à leurs obligations prévues à la charte-partie en faisant en sorte que la cargaison de dynamite soit transportée jusqu'à Grande Anse, Québec, à bord d'un navire appartenant à Cosco, le *An Xin Jiang*, causant par là à Paramount des dommages évalués à 175 000 \$—Le paragraphe 11 de la déclaration indique que Paramount considère être autorisée à faire valoir ses droits sur une base *in rem* contre le *An Xin Jiang*—De même, les paragraphes 9 et 10 concluent à l'exercice *in rem* des droits de Paramount à l'encontre de la cargaison par suite de l'inexécution de la charte-partie Conlinebooking par les défenderesses contractuelles—L'art. 22 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour la juridiction de base en matière d'amirauté et l'art. 43(2) vise l'exercice *in rem* de cette juridiction—Aux fins de l'art. 43(2), une action réelle ne peut être dirigée contre tout navire ou cargaison d'un défendeur, mais doit se limiter, de par les termes de l'art. 22(2)i), à tel navire ou cargaison visé par la convention sur laquelle se fonde l'action de la partie demanderesse—Le *An Xin Jiang* ne fait pas partie, même en théorie, de l'équation entre la convention fondant l'action et le navire visé par la convention—Il ne peut donc être le sujet de l'action—Une partie à une convention de transport par navire peut entreprendre une action contre le navire et les propriétaires du navire même si ces derniers ne sont pas partie directement à ladite convention—L'action dans ce cas est forcément sur une base délictuelle—Il est maintenant acquis que l'art. 22(2)i) de la Loi permet un tel scénario—Paramount n'est pas partie à la convention entre les trois défenderesses contractuelles et Cosco, tandis que les propriétaires du navire eux le sont—Il est clair et évident que l'action *in rem* de Paramount, en autant qu'elle vise le *An Xin Jiang*, ne révèle aucune cause raisonnable d'action au sens de la Règle 419(1)a)—Dans le cadre de la convention, il n'y a pas eu, dans les faits tels que révélés, une

DROIT MARITIME—Fin

connexité suffisante entre Paramount et la cargaison pour permettre à Paramount d'exercer un droit de suite sur celle-ci—La déclaration établit que Paramount n'a jamais eu la possession de la cargaison—Elle ne l'a donc jamais transportée et encore moins transportée à bord du *Len Speer*—Il est clair et évident que l'action *in rem* de Paramount, en autant qu'elle vise la cargaison, ne révèle aucune cause raisonnable d'action au sens de la Règle 419(1)a)—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1)a)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(2)i), 43(2).

PARAMOUNT ENTERPRISES INTERNATIONAL, INC. C. AN XIN JIANG (LE) (T-956-97, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 30-9-97, 10 p.)

FONCTION PUBLIQUE**RELATIONS DU TRAVAIL**

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de l'arbitre qui a rejeté le grief du requérant contre son congédiement pour raisons disciplinaires—Le requérant, contrôleur de la circulation aérienne depuis 23 ans, avait laissé la tour de contrôle sans surveillance pendant 30 minutes, sans prévenir personne, à un moment où il y avait un trafic assez considérable—Il a été congédié pour avoir manifesté un mépris inadmissible des responsabilités de son poste, présentant ainsi un risque pour la sécurité des usagers du transport aérien—L'arbitre l'a débouté de son grief en raison de la gravité de la transgression, de la possibilité de récidive, et par ce motif que la décision prise par l'employeur de le congédier n'était pas déraisonnable en ce que le lien de confiance entre les deux avait été irrémédiablement rompu—Tout en reconnaissant qu'il y avait matière à sanction disciplinaire, le requérant soutient que l'arbitre a commis une erreur faute de l'avoir réintégré dans ses fonctions avec une sanction disciplinaire réduite—Et aussi qu'elle a commis une erreur en rejetant son grief—La matière litigieuse relevait bien de l'expertise de l'arbitre en question, et la norme applicable est celle de la retenue de la juridiction de contrôle—Recours accueilli—Puisque l'arbitre n'est pas tenue aux règles strictes de preuve que doivent observer les tribunaux judiciaires, elle ne s'est pas fondée à tort sur un témoignage contraire pour se prononcer sur la crédibilité du requérant—Il n'y a, sur le plan juridique, aucune raison de toucher à la manière dont l'arbitre pesait les preuves et témoignages ni à sa décision fondée sur cette appréciation—Aucune erreur dans la décision de l'arbitre de ne pas appliquer la règle dégagée dans *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.) (savoir que celui qui contre-interroge un témoin doit le prévenir à l'avance qu'il a l'intention d'attaquer sa crédibilité par des preuves extrinsèques); elle n'y était pas tenue, ni ne devrait l'être—L'arbitre a conclu que le requérant ne manifestait aucun remords ni n'avait l'air de se

FONCTION PUBLIQUE—Fin

rendre compte des conséquences possibles de ses actes, mais elle n'a pas fondé sa décision uniquement sur cette conclusion—De son impression d'absence de remords chez le requérant, elle a conclu qu'il ne pourrait s'amender—Si on tient compte des 23 années de services sans taches du requérant dans les fonctions de contrôleur de la circulation aérienne, la sécurité des usagers du transport aérien n'était pas la principale préoccupation de l'arbitre lorsqu'elle rendit sa décision—Dans l'appréciation des circonstances atténuantes, l'arbitre avait l'obligation de considérer la discipline correctrice pour le requérant et d'expliquer clairement dans ses motifs de décision, pourquoi elle rejetait cette solution—Elle y était tenue à cause du long état de bons services du requérant—Elle ne l'a pas fait—Qui plus est, rien n'indique qu'elle ait considéré les conséquences du congédiement pour le requérant (savoir que pour le restant de sa vie, il ne pourrait plus exercer la profession de contrôleur de la circulation aérienne malgré 23 années de services sans taches)—L'arbitre a commis une erreur dans son appréciation des circonstances atténuantes en ce qu'elle n'a pas pris en compte des éléments de preuve pertinents—Les facteurs qu'elle a ignoré sont si importants que sa décision est fondée sur une erreur de droit et est manifestement déraisonnable—Renvoi de l'affaire à un autre arbitre pour application de la sanction adaptée aux circonstances de la cause, compte tenu des principes de discipline correctrice et progressive, ainsi que des présents motifs.

GREEN C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1710-96, juge Cullen, ordonnance en date du 8-7-97, 12 p.)

FORCES ARMÉES

Demande d'annulation de la décision par laquelle un officier de la Défense nationale a rejeté la demande de libération du requérant sous le régime du Programme de réduction des Forces de 1996 des Forces canadiennes—Le requérant s'est enrôlé dans les Forces en août 1977—Ses études de premier cycle et ses études supérieures ont été subventionnées par le ministère de la Défense nationale—En novembre 1995, le MDN a annoncé un programme de réduction des Forces (le PRF 96)—Ce programme permettait l'annulation du service obligatoire encouru lors d'études de premier cycle par les ingénieurs en aérospatiale détenant le grade de capitaine—Le 7 décembre 1995, le requérant a demandé à être libéré des Forces sous le régime du PRF—Sa demande de libération a été rejetée—L'intimé soutenait que le requérant pouvait exercer un autre recours approprié en adressant une demande de réparation au Chef d'état-major de la Défense et, en dernier ressort, au ministre de la Défense nationale sous le régime de l'art. 29 de la Loi sur la défense nationale et des art. 19.26 et 19.27 des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes—Le requérant n'a soumis sa plainte ni au Chef d'état-major de la Défense, ni au ministre de la Défense

FORCES ARMÉES—Fin

nationale—La décision *Anderson c. Canada (Forces armées)*, [1997] 1 C.F. 273, de la Cour d'appel fédérale s'appliquait—Le processus prévu à l'art. 29 de la Loi sur la défense nationale et aux art. 19.26 et 19.27 des ORFC offrait au requérant une autre voie de recours appropriée—Le militaire doit suivre ce processus à moins qu'il ne constitue pas une autre voie de recours appropriée—La demande de contrôle judiciaire n'est pas recevable—Le lieutenant-général Fischer a-t-il commis une erreur en interprétant l'O AFC-15-7 et le PRF 96?—Le requérant a encouru 110 mois de service obligatoire—Au moment de sa demande de libération, il avait accompli 55 mois de service obligatoire—Il en avait accompli 65 lors de la présentation de la demande—Le requérant, comme tout autre militaire qui a reçu une subvention pour faire des études de premier cycle et des études supérieures, doit accomplir la période de service obligatoire rattachée à chaque niveau d'étude subventionné—La période de service obligatoire découlant de ses études de premier cycle ne pouvait pas être annulée parce qu'elle avait déjà été accomplie—Le PRF 96 ne permet pas au requérant de décider s'il accomplira en premier sa période de service obligatoire découlant de ses études de premier cycle ou de ses études supérieures—Demande rejetée—Ordonnance administrative des Forces canadiennes 15-7—Loi sur la Défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985), (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 43)—Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision 1968), art. 19.26, 19.27.

COUTURE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2530-96, juge Nadon, ordonnance en date du 10-10-97, 15 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Action en jugement déclaratoire portant qu'en concevant, fabriquant ou vendant un jeu sur damier portant la marque de commerce «Sexual Pursuit», les défendeurs ont violé les droits exclusifs que la demanderesse possède sur ses marques de commerce déposées—Les demanderesse réclament une injonction permanente interdisant aux défendeurs de fabriquer, de distribuer ou de vendre un jeu en liaison avec la marque de commerce «Sexual Pursuit», une ordonnance autorisant la destruction de toutes les copies du jeu «Sexual Pursuit» entreposées chez un dépositaire indépendant, des dommages-intérêts et les dépens de l'action—L'action a été introduite le 4 janvier 1985—Une injonction interlocutoire a été prononcée contre les défendeurs le 6 février 1985—Les seuls défendeurs qui restent sont Brian Thurston et Thomas Hayes—Le jeu «Trivial Pursuit» (Quelques arpents de pièges) a remporté un succès phénoménal—Au début de 1984, Hayes et Thurston ont conçu l'idée de créer un jeu semblable nommé «Sexual

MARQUES DE COMMERCE—Suite

Pursuit—Ils se sont inspirés de «Quelques arpents de pièges» pour créer leur jeu et en ont copié de nombreux éléments—Les boîtes sont de forme et de taille presque identiques—Elles sont toutes les deux de couleur foncée: l'une est bleu foncé, l'autre brun foncé—Pour déterminer si des marques de commerce créent de la confusion, la Cour doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce et notamment des cinq facteurs énumérés à l'art. 6(5) de la Loi sur les marques de commerce—Les marques «Trivial Pursuit» (Quelques arpents de pièges) et «Sexual Pursuit», en tant que marques de commerce concernant un jeu sur damier, ont toutes les deux un caractère distinctif inhérent—Pour apprécier la confusion, il n'est pas nécessaire de présenter des éléments de preuve démontrant qu'il y a effectivement confusion—Il suffit de démontrer la probabilité de confusion—En l'espèce, il y a certains éléments de preuve qui tendent à démontrer qu'il y a effectivement confusion—Les trois éléments énumérés à l'art. 7(b) de la Loi sont réunis en l'espèce—La confusion créée par l'apparence de la boîte dans laquelle se trouve le jeu «Sexual Pursuit» est renforcée lorsqu'on ouvre la boîte—Les défendeurs ont contrefait les marques de commerce des demanderesse et ont appelé l'attention du public sur leur jeu de manière à vraisemblablement causer de la confusion entre leurs marchandises et celles de la demanderesse—Le nom «Trivial Pursuit» (Quelques arpents de pièges) ne donne pas une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises de la demanderesse—L'expression anglaise *trivial pursuit* n'est pas une appellation qui avait été employée pour désigner un jeu, une planchette, un jeton, etc. au moment de l'enregistrement des marques de la demanderesse—Cette appellation n'était pas non plus employée dans l'usage commercial courant pour désigner le type ou la qualité des marchandises—Le consommateur moyen associerait automatiquement les deux jeux et présumerait qu'ils proviennent de la même source—La preuve ne permet pas de conclure que la demanderesse a subi des dommages par suite de la vente du jeu des défendeurs—Le jugement déclaratoire et l'injonction permanente demandés sont accordés—La valeur attachée aux marques de commerce de la demanderesse n'a pas diminué—Aucuns dommages-intérêts ne sont accordés—Ordonnance autorisant la destruction des jeux «Sexual Pursuit» et de leurs composantes qui sont sous la garde d'un dépositaire aux frais de la demanderesse—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 7(b).

HORN ABBOTT LTD. C. THURSTON HAYES DEVELOPMENT LTD. (T-32-85, juge Reed, jugement en date du 25-9-97, 14 p.)

PRATIQUE

Appel d'une ordonnance refusant la radiation de certains paragraphes de la défense qui concernent les droits conférés au Canada aux appelantes par leurs marques de commerce

MARQUES DE COMMERCE—Suite

qui leur permettent d'utiliser un motif à arc double sur les poches-revolver de vêtements de type jeans—Au paragraphe 18, la défenderesse affirme que les demanderesse ont acquiescé à une telle utilisation par d'autres personnes—Les appelantes soutiennent que, comme le moyen de défense de l'acquiescement est personnel au défendeur, un défendeur ne peut invoquer l'acquiescement du demandeur à l'utilisation de sa marque de commerce par des tiers—Les appelantes soutiennent que les agissements d'un demandeur envers des tiers ne peuvent être pris en compte pour trancher un point litigieux opposant le demandeur et un défendeur déterminé qui n'invoque pas un acquiescement par rapport à lui-même—Les appelantes citent des précédents américains, mais aucun précédent canadien—Il n'est pas nécessaire de trancher la question—L'acquiescement des appelantes à l'emploi de leurs marques de commerce sur le marché doit être compris et interprété en fonction du contexte—Aux paragraphes 16 et 17 de sa défense, la défenderesse déclare expressément que le motif cousu à arc double appliqué aux poches-revolver de jeans a perdu son prétendu caractère distinctif parce qu'il est utilisé par plusieurs compagnies et qu'il est encore couramment utilisé au Canada—Le propriétaire d'une marque de commerce peut, par sa conduite ou ses agissements personnels, notamment par son acquiescement à l'utilisation de sa marque de commerce par autrui, compromettre de façon irrémédiable le caractère distinctif de sa marque et la validité de son enregistrement—Il est légitime pour un défendeur, dans un procès en contrefaçon, d'alléguer un tel fait dans sa défense, à condition d'invoquer des faits à l'appui—Le juge des requêtes a conclu à bon droit que l'intimée avait articulé des faits qui appuyaient son allégation—Au paragraphe 21, la défenderesse affirme que l'action est futile et vexatoire—L'intimée soutient que, alors qu'elles semblent faire respecter valablement leur marque de commerce, les appelantes abusent en fait de la procédure de la Cour—L'intimée cherche à démontrer que l'abus de procédure réside dans les agissements des appelantes qui visent à harceler les utilisateurs de la marque de commerce et à éviter à tout prix qu'une décision soit rendue au sujet de la validité de l'enregistrement—Le mobile constitue un élément pertinent dans le contexte de l'abus de la procédure de la Cour—Le concept de l'abus de procédure a été élaboré tant sur le plan du droit substantiel que sur celui du droit procédural—L'abus de procédure constitue un délit ouvrant droit à une poursuite—L'auteur de ce délit doit avoir exercé son recours dans un but indirect, étranger, secret, irrégulier ou illicite—Il n'y a pas d'abus lorsqu'un plaideur suit une procédure régulière du tribunal jusqu'à son aboutissement normal, même lorsqu'il est animé de mauvaises intentions—L'abus de procédure est également invoqué comme moyen de défense procédural, surtout en droit criminel, mais n'est pas limité à ce domaine—Il n'y a rien qui empêche d'invoquer ce moyen de défense dans un procès pour contrefaçon—Le moyen de défense tiré d'un abus de procédure constitue une demande adressée au tribunal de défendre sa procédure et de la protéger contre les abus

MARQUES DE COMMERCE—Suite

commis par des plaideurs—Une partie ne devrait pas se voir nier le droit de soulever la question dans sa défense lorsque sa demande repose sur les faits—L'allégation formulée par l'intimée était justifiée par les faits en l'espèce—Les difficultés que pose l'établissement de l'allégation ne constitue pas une raison de nier cette possibilité au défendeur.

LEVIS STRAUSS & CO. V. ROADRUNNER APPAREL INC. (A-240-97, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 27-10-97, 7 p.)

RADIATION

Requête en vue d'obtenir une ordonnance radiant l'inscription n° 446,742 au nom de Grandma Lee's International Holdings Limited du registre des marques de commerce—La requérante est propriétaire d'un restaurant et d'un bar situé à London (Ontario)—Le bar est exploité sous le nom «Alibi Roadhouse» depuis octobre 1988—La requérante demande que le terme «Alibi» soit enregistré comme marque de commerce relativement aux services d'un restaurant et d'un bar—L'examineur du Bureau des marques de commerce refuse la marque de commerce de la requérante parce qu'elle crée de la confusion avec la marque de commerce de l'intimée dont la demande d'enregistrement est pendante—Le 3 août 1994, l'intimée demande l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard d'un dessin où les termes «Alibi Bar & Grill» apparaissent dans un motif en losange; les mots «Bar» et «Grill» faisant l'objet d'une renonciation—La marque de commerce de l'intimée est finalement enregistrée le 25 août 1995—La requérante soutient que la marque de commerce de l'intimée n'est pas distinctive et que cette dernière n'avait pas le droit de l'enregistrer—Aux termes des art. 16 et 17 de la Loi sur les marques de commerce, la requérante doit établir ce qui suit: 1) elle n'a pas abandonné sa marque de commerce à la date de l'annonce de la demande d'enregistrement de l'intimé; 2) à la date à laquelle l'intimée l'a employée pour la première fois, la marque de commerce créait de la confusion avec une autre marque de commerce antérieurement employée au Canada par la requérante—La question du caractère distinctif doit être tranchée en fonction de la date à laquelle la procédure de contestation de la validité de l'enregistrement est engagée—La marque de commerce doit être distinctive pour tous les utilisateurs probables du service, y compris le consommateur final—L'élément essentiel est l'image donnée au public—L'intimée employait la marque de commerce, telle qu'elle a été enregistrée, depuis le 28 janvier 1994—La question de savoir si tous les éléments d'une marque de commerce donnée sont importants et doivent être présents pour permettre de conclure qu'il y a emploi est une question de fait qui doit être tranchée dans chaque cas—La marque effectivement employée par le bar Alibi en 1986 correspondait au mot «Alibi» écrit en gros caractères et souligné d'un

MARQUES DE COMMERCE—Suite

trait gras—Malgré les différences observées entre les dessins de l'ancienne et de la nouvelle marques, le principal élément figurant dans les deux marques est le terme «Alibi»—Les mots «Bar» et «Grill» font l'objet d'une renonciation et ne constituent pas une caractéristique importante de la marque—Les différences ne causent pas un préjudice au public et ne trompent pas celui-ci ni ne modifient l'impression commerciale—L'intimée avait le droit d'enregistrer la marque de commerce «Alibi»—La requérante n'a produit aucune preuve à l'appui de son argument voulant que la marque de commerce de l'intimée n'était pas distinctive au moment de l'introduction de l'instance—L'entreprise de la requérante est située à London tandis que celle de l'intimée se trouve à Ottawa—La requérante ne s'est pas acquittée de son obligation de prouver que la marque de commerce de l'intimée n'est pas distinctive—Absence totale de preuve concernant l'étendue de l'emploi de la marque Alibi de la requérante ou sa notoriété au Canada—Opportun de conclure, à tout le moins, en l'absence d'une preuve contraire, à l'existence d'un caractère distinctif local—Requête rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 16, 17.

ALIBI ROADHOUSE INC. C. GRANDMA LEE'S INTERNATIONAL HOLDINGS LTD. (T-245-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 10-10-97, 16 p.)

L'appelante sollicite une ordonnance annulant la décision du registraire des marques de commerce de radier, conformément à l'art. 45 de la Loi, l'enregistrement de la marque «Stainshield» au motif que l'appelante n'avait soumis aucune preuve d'emploi au Canada lié à la prestation de services au public, comme cela était spécifié dans l'enregistrement—Le registraire a estimé que l'emploi était en liaison avec des carpettes et des tapis—Le registraire a-t-il outrepassé sa compétence?—Appel accueilli—L'objet de l'art. 45 de la Loi est de débarrasser le registre des inscriptions de marques de commerce qui ne sont pas revendiquées *bona fide* par leurs propriétaires comme marques de commerce en usage—Les parties adverses ne peuvent y recourir pour résoudre des questions de fait et de droit concernant leurs prétentions commerciales conflictuelles à l'emploi d'une marque—Il est inexact de dire que le fardeau de prouver l'emploi au Canada au cours de la période pertinente impose à l'inscrit une charge exigeante: *Value Village Markers (1990) Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 502 (C.F. 1^{re} inst.)—Tout ce que le registraire doit prendre en considération, c'est si l'appelant a fourni certains éléments de preuve de l'emploi de sa marque de commerce au cours de la période pertinente: *Mantha & Associés/Associates c. Central Transport, Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 354 (C.A.F.)—L'art. 45 est conçu pour forcer le propriétaire inscrit à établir, par la présentation de certains éléments de preuve, qu'il a un intérêt substantiel et continu dans la marque de commerce—En l'espèce, la preuve fournie établit manifestement que

MARQUES DE COMMERCE—Fin

l'appelante avait un intérêt dans l'emploi de la marque au Canada pendant la période pertinente—En allant au-delà de la question de la preuve d'emploi, le registraire a outrepassé sa compétence sous le régime de l'art. 45, commettant ainsi une erreur de droit—Ayant accepté la preuve d'emploi de l'appelante, le registraire n'aurait pas dû aller plus loin et se demander si l'emploi décrit était en liaison avec un service plutôt qu'en liaison avec des marchandises—Ce faisant, le registraire s'est engagé dans l'examen de la validité de la marque, et des droits de l'appelante sur cette marque, telle que spécifiée au registre, ce qui excède la portée de l'art. 45—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200).

GESCO INDUSTRIES INC. C. SIM & MCBURNEY
(T-2770-96, juge Wetston, ordonnance en date du 30-10-97, 5 p.)

PÊCHES

Recours en contrôle judiciaire contre la décision du directeur-général associé, Gestion des pêches du Golfe, déclarant le requérant coupable d'infraction à l'art. 57(1)c) du Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985 pour avoir à bord un casier à homards durant la période de fermeture—La saison de pêche était fermée dans la zone 25 lorsque l'infraction eut lieu le 3 août 1995—Sanction appliquée un an après par lettre du 2 août 1996—Les faits de la cause s'apparentent à ceux de la cause *Matthews c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 206 (1^{re} inst.)—Les différences avec cette dernière n'ont guère d'importance sur le plan juridique—Il échet d'examiner si les pouvoirs discrétionnaires que le ministre tient de l'art. 7 de la Loi sur les pêches comprennent celui de sanctionner la violation, commise au cours d'une année antérieure, d'une condition de permis, comme dans *Matthews*, ou du Règlement, comme en l'espèce—Est annulée la décision prise au nom du ministre d'appliquer au requérant une sanction pour violation du Règlement de pêche au cours d'une année antérieure, en sus de la sanction déjà prononcée par la Cour provinciale—Les pouvoirs discrétionnaires que le ministre des Pêches et des Océans tient de l'art. 7 de la Loi ne comprennent pas celui de refuser de délivrer un permis pour une partie de la saison de pêche à titre de sanction pour infraction au Règlement de pêche au cours d'une année antérieure—Le directeur général associé, Gestion des pêches du Golfe, est habilité à représenter le ministre dans l'application de l'art. 7 de la Loi—Sauf prescription de la loi à cet effet, l'autorité administrative, savoir l'office fédéral, n'est pas tenue de motiver ses décisions—Le ministre tient certes de l'art. 7 le pouvoir d'imposer une sanction pour violation du Règlement de pêche, mais la sanction imposée en l'espèce était si déraisonnable et si arbitraire qu'elle échappe à ce pouvoir—Recours accueilli—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7—Règlement de pêche de l'Atlantique de

PÊCHES—Fin

1985, DORS/86-21, art. 57(1)c) (mod. par DORS/93-61, art. 21).

KELLY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1832-96, juge MacKay, ordonnance en date du 17-9-97, 10 p.)

PÉNITENCIERS

Recours en contrôle judiciaire contre plusieurs décisions d'agents du Service correctionnel portant refus d'autoriser l'utilisation de la caisse de bienfaisance par le comité des détenus de l'établissement Warkworth à Campbellford (Ontario) à l'achat de textes juridiques, arrêt du magazine Outlook des détenus, élimination du poste de rédacteur en chef de ce magazine, et confiscation de deux textes juridiques—(1) L'utilisation de la caisse de bienfaisance des détenus à l'achat de textes juridiques—Application de la jurisprudence *Bissonnette c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)* (1996), 122 F.T.R. 166 (C.F. 1^{re} inst.)—L'art. 4 de la Directive 861 du Commissaire définit impérativement les usages auxquels peut servir la caisse de bienfaisance; l'achat de textes juridiques n'y figure pas—Une interprétation restrictive de cette disposition n'accorde pas suffisamment d'importance à l'objectif fondamental qui est de contribuer au bien-être collectif des détenus—L'art. 4 n'interdit pas nécessairement l'achat de textes juridiques, en particulier à la lumière de l'art. 97(3) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, aux termes duquel le Service doit veiller à ce que le détenu ait accès, dans des limites raisonnables, à des textes juridiques—À la lumière des principes dégagés dans *Bissonnette*, la seule question à résoudre est de savoir si la décision d'annuler le bon de commande était conforme à l'art. 97(3) du Règlement—Étant donné l'accessibilité des livres déjà disponibles et le témoignage sur les préoccupations de l'intimé au sujet de la menace que représentait l'achat en question pour la caisse de bienfaisance, la Cour conclut que, tout bien pesé, les requérants n'ont pas prouvé le bien-fondé de leurs conclusions—(2) L'annulation du magazine Outlook et du poste de rédacteur en chef—L'objectif du magazine, tel qu'il est défini dans l'ordre permanent n° 765, est «d'assurer une tribune d'expression structurée»—Les requérants n'ont pas réussi à démontrer que les décisions concernant le magazine Outlook étaient déraisonnables de quelque manière que ce soit—Le numéro à paraître ne contenait aucun article original, mais juste les photographies d'articles déjà publiés—Les préoccupations en matière de droits d'auteur suffiraient à elles seules à justifier le rejet du numéro proposé—La question de l'annulation du magazine Outlook et du poste de rédacteur en chef ne présente plus aucune valeur pratique, puisque ce magazine est publié de nouveau—(3) La soi-disant confiscation d'ouvrages de droit—Rien ne prouve que les agents ont décidé que ces livres étaient des objets interdits et les ont saisis pour cette raison—Il y a par contre la preuve qu'ils s'inquiétaient de

PÉNITENCIERS—Fin

l'abus des privilèges d'utilisation de la photocopieuse à des fins personnelles non autorisées, et qu'ils ont examiné les livres en question pour savoir s'ils servaient à des fins personnelles ou à des fins autorisées—Il n'y a ni erreur sur les faits ni erreur de compétence—Le point litigieux n'a plus de valeur pratique, puisque les livres ont été restitués au requérant au bout de quelques jours—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 97(3).

SHORTREED C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-2180-96, juge Cullen, ordonnance en date du 3-7-97,
13 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Appel d'une décision du MRN exigeant le paiement de droits de douane lorsque le demandeur, un Mohawk descendant de la nation Mohawk peuplant la vallée des Mohawks (New York), s'est présenté en 1988 à la frontière Canada-États-Unis au poste de Cornwall, avec l'intention d'introduire au Canada des marchandises constituant selon lui des biens personnels et communautaires, en l'espèce: une machine à laver, 10 couvertures, 20 Bibles, divers articles vestimentaires usagés, une caisse de bidons d'huile à moteur, 10 pains, 2 livres de beurre, 4 gallons de lait entier, 6 sacs de biscuits et 12 boîtes de soupe en conserve—Les agents des douanes ont réclamé au demandeur le versement de 361,64 \$ en droits de douane—Questions en litige: 1) les Mohawks d'Akwesasne résidant au Canada bénéficient-ils d'un droit ancestral leur permettant de franchir la frontière avec des biens personnels et communautaires sans avoir à acquitter de taxes ou de droits de douanes; 2) les Mohawks d'Akwesasne ont-ils le droit de commercer librement, d'un côté comme de l'autre de la frontière, avec les autres Premières nations et, si oui, quelle serait la teneur précise de ce droit; 3) les Mohawks d'Akwesasne résidant au Canada ont-ils, en vertu des traités, le droit de se livrer à un commerce transfrontalier avec les autres Premières nations et d'introduire au Canada, sans avoir à acquitter de taxes ou de droits de douanes, des biens personnels et communautaires—L'appel est accueilli—(1-2) Droits ancestraux—Critères permettant de conclure à l'existence d'un droit ancestral: doit avoir son origine dans une activité remontant à la période antérieure aux premiers contacts avec les Européens et relever d'une pratique, d'une coutume ou d'une tradition faisant partie intégrante de la culture caractéristique du demandeur autochtone—Se demander si, en l'absence de cette pratique, tradition ou coutume, la culture en question aurait été fondamentalement différente—Les usages, coutumes ou traditions qui constituent les droits ancestraux doivent s'inscrire dans la continuité des traditions, coutumes et usages qui faisaient partie intégrante de la société autochtone avant le premier contact avec les Européens—La période de référence est celle des premiers contacts avec les

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

Européens—Si, lorsqu'une communauté autochtone est à même de démontrer que tel ou tel usage fait aujourd'hui partie intégrante de sa culture particulière et que cet usage, coutume ou tradition se situe dans le droit fil des usages ayant cours à la période antérieure aux premiers contacts avec les Européens, on peut dire que la communauté en question a démontré que l'usage, la coutume ou la tradition en question constitue effectivement un droit ancestral aux fins de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle—La portée et l'existence des droits ancestraux doivent être établies au cas par cas—En ce qui concerne la nature du droit revendiqué, la quantité de marchandises introduites au Canada en l'espèce par le demandeur ne peut pas être qualifiée de «commerciale»—Il s'agit, plus précisément, du droit de passer et de repasser librement la ligne constituant l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises à usage personnel et communautaire et de se livrer à un petit négoce d'une ampleur non commerciale avec d'autres Premières nations—C'est à bon droit que le demandeur et les Mohawks d'Akwesasne résidant au Canada revendiquent les droits en question au titre des occupations de leurs ancêtres qui vivaient dans la vallée des Mohawks avant l'arrivée des Européens—La Cour retient comme date du premier contact avec les Européens l'année 1609—Le demandeur, Mohawk d'Akwesasne, fait remonter son origine ancestrale aux Mohawks de la vallée des Mohawks—Les Mohawks d'Akwesasne sont rattachés à la Confédération iroquoise depuis le XV^e siècle—En 1888, Akwesasne devient la capitale de la nation Mohawk—Les Mohawks faisaient souvent le trajet reliant leur pays de la vallée des Mohawks au territoire qui se trouve aujourd'hui au Canada et franchissaient librement ce qui est devenue la frontière entre le Canada et les États-Unis—Akwesasne fait partie de la nation Mohawk et aussi de la Confédération des Six Nations—Après le premier contact avec les Européens, les Mohawks ont continué à se rendre dans le nord, dans ce qui constitue actuellement le Canada, à partir de leurs pays dans la vallée des Mohawks, traversant librement la frontière—Les Mohawks se sont fixés au Canada et à Akwesasne—Selon un témoignage, le commerce revêtait une importance vitale pour les Iroquois qui, à petite échelle, commerçaient avec des peuples lointains—En 1645, les Iroquois ont signé un traité avec les Français et les Hurons afin de développer le commerce entre les parties—En 1664, la Confédération des Cinq Nations a conclu un traité avec les Britanniques permettant aux Iroquois de commercer librement comme ils le faisaient auparavant—Les Mohawks franchissaient librement ce qui est devenue la frontière entre le Canada et les États-Unis afin de commercer et de se livrer à des activités guerrières fondées sur des motifs essentiellement commerciaux—Les Mohawks se livraient au commerce entre Montréal et Albany—Avant l'arrivée des Européens, le territoire d'Akwesasne et les alentours étaient, pour les Mohawks, un lieu de voyage, de diplomatie et de commerce—Le droit revendiqué par le demandeur répond à une pratique qui faisait partie intégrante de la culture particulière

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

des Mohawks d'Akwesasne—Ainsi, le demandeur et les Mohawks d'Akwesasne ont établi l'existence d'un droit ancestral en vertu duquel ils peuvent passer et repasser librement l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à des échanges avec d'autres Premières nations—(3) Les droits issus des traités—Le Traité d'Utrecht de 1713 avec, d'un côté, la France, l'Espagne et la Bavière et, de l'autre, l'Angleterre, les Provinces Unies et l'Empire Habsbourg), le Traité Jay de 1794 (entre la Grande-Bretagne et les États-Unis) et les conseils, le Traité de Gand de 1814 (entre les États-Unis et la Grande-Bretagne) et les conseils ne sont pas des traités au sens de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle car ils n'ont pas été conclus entre la Couronne et les Indiens; *R. v. Vincent* (1993), 12 O.R. (3d) 427 (C.A.)—Les Indiens ont pu bénéficier des dispositions inscrites dans ces traités, mais ils n'y étaient pas partie et n'ont pas participé à leur négociation, à leur mise en œuvre ou à leur abrogation—Un traité international ne peut pas conférer des droits à des individus ou à des groupes—Les conseils en question devaient permettre d'expliquer aux Premières nations la teneur du Traité Jay et du Traité de Gand mais n'étaient pas des conseils dans le cadre desquels devaient être conclus des traités—Les dispositions et les traités internationaux faisant état des Indiens n'ont pas donné naissance, en raison du principe de l'estoppel, à des droits à l'avantage du demandeur—Cela dit, le libellé du Traité Jay qui prévoit que «les marchandises en balles, ou autres gros paquets, qui ne sont pas communes parmi les Indiens, ne seront point considérées comme des marchandises appartenant *bona fide* aux Indiens» renforce l'idée que le droit ancestral en question est le droit de se livrer à un commerce à petite échelle—Par conséquent, toute marchandise pouvant être considérée comme vouée à un «usage personnel ou communautaire» peut être apportée au Canada en vertu du droit ancestral dont bénéficie le demandeur—Ces marchandises comprennent les denrées alimentaires, les articles domestiques et les articles utilisés dans le cadre des coutumes des Premières nations—Le libellé du Traité Jay confirme également que le droit ancestral qu'invoque le demandeur englobe le droit d'utiliser ces marchandises dans le cadre d'un petit négoce avec les autres Premières nations—Aucun texte législatif, y compris la Loi sur les douanes, ne démontre, de la part de la Couronne, une intention claire et expresse d'abolir le droit ancestral qu'a le demandeur de franchir librement la frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises à usage personnel et communautaire et d'en faire commerce avec d'autres Premières nations—Le demandeur, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada a, en raison d'un droit ancestral existant, constitutionnellement protégé par les art. 35 et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, le droit défini plus haut—Ce droit ancestral ne comprend pas le droit d'introduire au Canada des armes à feu quelles qu'elles soient, des drogues interdites ou à usage

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

restreint, de l'alcool ou des plantes, par exemple—Ce droit ancestral s'exerce également sous réserve que tout Mohawk d'Akwesasne entrant au Canada avec des marchandises en provenance des États-Unis sera soumis aux procédures de fouille et de déclaration des douanes canadiennes—Les dispositions de la Loi sur les douanes qui seraient incompatibles avec le droit ancestral du demandeur sont, sur ces points précis, inopérantes—Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, (1982), ch. 11 (R.-U.) [L.R.C.(1985), Appendice II, n° 44], art. 35, 52—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2° Suppl.), ch.1.

MITCHELL C. M.R.N. (T-434-90, juge McKeown, jugement en date du 27-6-97, 113 p.)

PRATIQUE**AFFIDAVITS**

Requête pour obtenir la radiation de paragraphes d'affidavits déposés à l'appui de la demande de contrôle judiciaire—La requérante conteste la décision de l'agent régional de sécurité—Dépôt d'affidavits signés par deux témoins qui ont comparu devant l'agent régional de sécurité—L'intimé soutient que la requérante doit déposer les parties pertinentes de la transcription de l'audience devant l'agent régional de sécurité et ne peut invoquer la preuve par affidavit de témoins—On fait valoir que la requérante a l'obligation de produire la meilleure preuve possible au soutien de sa demande et qu'elle est donc tenue de payer les frais de la transcription de l'enregistrement magnétique et d'ajouter les portions pertinentes de cette transcription dans le dossier de sa demande—Requête rejetée—Selon la Règle 1606(2) des Règles de la Cour fédérale, le dossier de la demande doit contenir la partie de la transcription de témoignages qui sera utilisée à l'audition par la partie requérante—La requérante n'a pas l'intention d'utiliser la transcription de l'instance, mais de s'appuyer sur une preuve par affidavit—Cette situation n'empêche aucunement l'intimé de contester l'exactitude des affidavits en contre-interrogeant leurs auteurs ou en déposant sa propre transcription de l'enregistrement de l'instance—Les Règles n'empêchaient pas la requérante de procéder comme elle l'a fait—Lorsque le décideur n'est pas tenu, aux termes de la loi ou autrement, de tenir un compte rendu complet de l'instance, le demandeur a le droit d'exiger la production des notes sténographiques ou de l'enregistrement magnétique, le cas échéant, et de les transcrire à ses frais en vue de les utiliser devant la Cour (*Blagdon c. Commission de la Fonction publique*, [1976] 1 C.F. 615 (C.A.))—Cette décision n'a pas pour effet d'établir que la seule façon dont un demandeur peut prouver les affirmations faites au décideur, lorsque l'instance a été enregistrée, consiste à produire une transcription de cet enregistrement—Règles de

PRATIQUE—Suite

la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1606(2) (éditée par DORS/92-43, art. 19).

VANCOUVER WHARVES LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1125-97, juge Reed, ordonnance en date du 10-9-97, 5 p.)

FRAIS ET DÉPENS

L'intimée Apotex demande des frais à l'égard de l'action intentée sous le régime du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Apotex a réussi à faire rejeter la demande d'interdiction ainsi que la demande de prorogation de délai des requérantes—La Règle 1618 des Règles de la Cour fédérale, selon laquelle il n'y a pas d'adjudication de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, sauf si la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales, s'applique aux instances fondées sur le Règlement—Même si ce type d'instance est essentiellement privé de par sa nature, il s'agit néanmoins d'une demande de contrôle judiciaire—Un régime législatif ou réglementaire ne peut constituer en soi une raison spéciale et un examen des circonstances particulières de l'affaire s'impose—Est bien fondé l'argument que le Règlement vise une décision sur le fond au sujet de la demande d'interdiction et que, lorsqu'aucune décision sur le fond n'est rendue, le Règlement aura été invoqué, mais non à l'égard de l'objet qu'il visait au départ—Cet argument constitue une raison spéciale d'adjuger des frais aux termes de la Règle 1618 à l'encontre de la partie qui est responsable du fait que l'affaire n'a pas été tranchée sur le fond dans le délai prévu par le Règlement (30 mois)—*Obiter*: lorsque le titulaire de brevet ou le concurrent se trouve dans une position particulièrement condamnable dans une instance fondée sur le Règlement, une demande de frais fondée sur des raisons spéciales pourra être accueillie, même lorsque la Cour se prononce sur le fond—Même si les requérantes faisaient face à des circonstances inhabituelles, il n'en demeure pas moins que l'affaire n'a pas été tranchée au fond dans le délai prescrit—Le fait que la question de la compétence dont la Cour est investie pour accorder une demande d'interdiction ou de prorogation après l'expiration du délai prescrit par le Règlement est une question nouvelle et controversée qui a été soulevée pour la première fois en l'espèce n'a pas pour effet d'«éliminer» les raisons spéciales d'accorder des frais aux fins de la Règle 1618—Après avoir conclu à l'existence de raisons spéciales, la Cour doit encore exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à la Règle 344 en ce qui a trait au montant des frais en question—En l'espèce, des frais entre parties seulement devraient être accordés—Par conséquent, des raisons spéciales existent et une ordonnance accordant des frais à Apotex est rendue—L'affaire est ajournée afin que les parties puissent en arriver à un règlement quant au montant des frais—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité),

PRATIQUE—Fin

DORS/93-133—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 344 (mod. par DORS/95-282, art. 1), 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1305-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 10-6-97, 8 p.)

Requête de la Commission canadienne des droits de la personne visant à obliger le requérant de comparaître pour être contre-interrogé sur ses affidavits par l'avocat de la Commission—Le juge Denault avait reconnu à la Commission la qualité d'intervenante pour produire des preuves et interroger des témoins—La requête en instance n'est pas un appel formé contre l'ordonnance du juge Denault—Ordonnance au requérant de comparaître de nouveau à ses frais pour être contre-interrogé sur ses affidavits établis les 18 et 20 février 1997—Présence en l'espèce de circonstances spéciales—Aucun argument n'a été présenté quant au fond de la requête—La Cour accorde à la Commission la somme de 1 000 \$ au titre des frais occasionnés par l'interrogatoire manqué du 15 septembre 1997—En ce qui concerne la requête en instance, elle lui accorde des frais entre parties de 750 \$—Le requérant doit verser immédiatement ces frais d'un total de 1 750 \$.

ZÜNDEL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2765-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 17-9-97, 3 p.)

PREUVE

Renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine—Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a clarifié l'intention exprimée dans une ordonnance antérieure quant à son application à toute attestation qui sera déposée à l'avenir dans les actions en vertu de l'art. 39(1) de la Loi sur la preuve au Canada (LPC)—L'ordonnance antérieure prescrivait le dépôt d'une liste modifiée de documents incluant, dans l'annexe IIB, les documents énumérés pour lesquels un privilège est invoqué conformément à l'art. 39 de la LPC en vertu d'une attestation déposée conformément à cet article—L'ordonnance enjoignait aussi aux avocats des appelants de fournir des renseignements identifiant les documents déjà énumérés inclus dans l'attestation—L'ordonnance dont appel précisait que (1) tous les documents pertinents en la possession ou sous l'autorité ou sous la garde des défendeurs doivent être inclus dans l'affidavit de documents prévu par la Règle 448, y compris les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué en vertu de l'art. 39 de la LPC; (2) les documents qui contiendraient de présumés renseignements confidentiels du Conseil privé doivent être inclus dans une attestation déposée en vertu de l'art. 39 de la LPC et décrits

PREUVE—Suite

de façon suffisamment détaillée pour les identifier parmi les documents énumérés et décrits dans tout affidavit de documents déposé au nom des défendeurs conformément à la disposition 1—Appel accueilli—Lorsqu'une attestation est déposée en vertu de l'art. 39(1), le tribunal n'est pas autorisé à examiner les documents qui y sont énumérés si l'attestation reprend le libellé de l'art. 39(1)—L'instance est si complexe que le système informatique mis au point pour gérer les documents contient plus de 50 000 documents provenant de dossiers situés à Ottawa, Calgary et Edmonton—Certaines actions ont été intentées il y a plus de huit ans et des documents ont été produits à différentes époques—Le juge responsable de la gestion de la cause a commis une erreur (1) en exigeant que les documents «à l'égard desquels un privilège est revendiqué» en vertu de l'art. 39 soient inclus dans l'affidavit et (2) en exigeant que l'attestation décrive ces documents énumérés «de façon suffisamment détaillée pour les identifier parmi les documents énumérés et décrits dans tout affidavit de documents» déposé en vertu du paragraphe 1—Ces dispositions sont contraires au principe énoncé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), exigeant que le libellé de l'art. 39(1) soit repris, et à l'effet d'une attestation prévue par l'art. 39—L'exigence supplémentaire imposée dans le paragraphe 2 de l'ordonnance outrepassé celles permises par la jurisprudence—Le paragraphe 1 de l'ordonnance aurait en outre pour effet d'exiger qu'un affidavit préparé en vertu de la Règle 448 donne des précisions sur les documents «à l'égard desquels un privilège est revendiqué en vertu de l'art. 39» même si, en fait, aucun tel privilège n'a encore été revendiqué—La Règle 448(2)ii) oblige les appelants à énumérer tous leurs documents «pertinents à l'affaire en litige» conformément aux modalités édictées par cette Règle—Si l'affidavit de documents a été précédé ou est accompagné par une attestation prévue à l'art. 39, il n'est pas nécessaire d'énumérer dans l'affidavit les documents visés par l'attestation—Si une attestation est déposée par la suite en vertu de l'art. 39 relativement à un document énuméré dans un affidavit de documents, les appelants doivent fournir aux avocats des intimés et à la Cour des renseignements suffisants pour identifier les documents visés par l'opposition qui sont déjà énumérés dans l'affidavit de documents—Un délai additionnel de trois mois devrait suffire aux appelants pour divulguer tous leurs documents qui ne sont pas déjà énumérés dans un affidavit de documents—Les modifications suivantes ont été apportées à l'ordonnance: (1) suppression des mots [TRADUCTION] «y compris les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué en vertu de l'art. 39 de la» LPC figurant au paragraphe 1; (2) suppression des mots [TRADUCTION] «et décrits de façon suffisamment détaillée pour les identifier parmi les documents énumérés et décrits dans tout affidavit de documents déposé au nom des défendeurs conformément à la disposition 1» figurant au paragraphe 2; (3) ajout d'une condition portant que les documents mentionnés au paragraphe 1 seront énumérés dans un affidavit de documents qui sera déposé par les appelants au plus tard dans un délai de trois mois, sauf

PREUVE—Fin

prorogation de ce délai accordée par le juge responsable de la gestion de la cause, sans qu'il soit nécessaire d'inclure dans l'affidavit de documents les documents visés par une attestation déposée en vertu de l'art. 39 au moment du dépôt de l'affidavit de documents ou précédemment; (4) ajout d'une disposition portant que, lors du dépôt d'une attestation prévue à l'art. 39, après le dépôt d'un affidavit en vertu du paragraphe 3, les appelants fourniront aux avocats des demandeurs et à la Cour des renseignements suffisants pour identifier ces documents parmi ceux inclus dans l'affidavit de documents—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. ch. C-5, art. 39(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., 663, Règle 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

BANDE ET LA NATION DES INDIENS SAMSON C.
CANADA (A-793-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 10-10-97, 9 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre nommé en vertu de l'art. 251.12(1) du Code canadien du travail—Les employés intimés ont chacun déposé une plainte contre leur employeur, demandant d'être payés pour des heures supplémentaires et des jours fériés—L'inspecteur a ordonné à l'employeur de remettre certaines sommes au receveur général du Canada, au compte des employés concernés—L'arbitre nommé par le ministre du Travail a confirmé l'ordre de paiement émis par l'inspecteur—Il a en outre condamné l'employeur à payer aux employés concernés différents montants pour «intérêts et indemnité additionnelle», «dommages moraux», «dommages exemplaires» et «honoraires d'avocats»—Dans le cas de la première partie de la décision, la compétence de l'arbitre n'est pas en cause, puisqu'il était autorisé par les art. 251.1(1) et 251.12(4) à se prononcer sur le droit, réclamé par les employés dans leurs plaintes, d'être payés pour des heures supplémentaires et des jours fériés—L'arbitre n'a pas commis d'erreur manifestement déraisonnable—Il n'y avait rien de clairement irrationnel dans la façon dont il a administré et apprécié la preuve—En ce qui a trait à la deuxième partie de la décision, l'arbitre a commis un excès de compétence en accordant des «intérêts et indemnité additionnelle», des «dommages moraux» et des «dommages exemplaires»—Ces indemnités n'étaient même pas réclamées dans les plaintes des employés en cause—L'arbitre a commis une erreur qui lui a fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire—L'octroi de l'indemnité pour honoraires d'avocats n'était pas manifestement déraisonnable, compte tenu du pouvoir discrétionnaire et de la compétence accordés par l'art. 251.12(4)c) pour adjuger les dépens—Demande accueillie en partie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 251.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 42, art. 37), 251.12 (édicte, *idem*).

AUTOCAR CONNAISSEUR INC. C. LALANCETTE
(T-456-97, juge Pinard, ordonnance en date du 17-10-97, 7 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9