



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 3, Part 3

1994, Vol. 3, 3^e fascicule

Cited as [1994] 3 F.C., 361-549

Renvoi [1994] 3 C.F., 361-549

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

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT
Secretary
DENISE CÔTÉ

Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Court 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 the Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada K1A 0S9.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Digests D-29

CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board) (T.D.) 425

Judicial review — Patented Medicine Prices Review Board — Order denying request for disclosure of fruits of investigation — Applicant relying on S.C.C. decision in criminal case — Statutory scheme creating Board examined — Ontario Divisional Court decision involving human rights legislation distinguished — Board's primary mandate economic regulation — Tribunals regulating economic activity not subject to same high standards as those dealing with individual rights — Disclosure denial given curial deference unless fairness, natural justice requiring otherwise — Board to proceed efficiently, protect public interest — Hearing not to be unduly prolonged

Continued on next page

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

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
Secrétaire
DENISE CÔTÉ

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 au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-37

CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés) (1^{re} inst.) 425

Contrôle judiciaire — Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Ordonnance rejetant la demande de divulgation des fruits de l'enquête — La requérante se fondait sur un arrêt rendu par la C.S.C. dans une cause criminelle — Examen du régime légal en vertu duquel le Conseil a été créé — Distinction établie avec une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario concernant la législation sur les droits de la personne — Le principal mandat du Conseil est la réglementation économique — Les tribunaux administratifs chargés de régler l'activité économique ne sont pas assujettis à des normes aussi élevées que celles des tribunaux administratifs qui sta-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Applicant entitled to know case against it but not all evidence in Board's possession — Board having properly balanced duty to applicant with duty to public — Useless for legislature to create tribunal if treated as criminal court — Law and policy requiring leeway given administrative tribunal having economic regulatory functions if must receive confidential information — Proceedings before these tribunals less adversarial than those in court — Full disclosure requirement unduly impeding Board in fulfilling regulatory obligations — Fairness requires balancing diverse interests — No adverse effect, prejudice in applicant not receiving all documents in Board's possession.

Patents — Practice — Application for judicial review of Patented Medicine Prices Review Board's order dismissing applicant's request for disclosure, production of all documents relating to matters in issue in hearing to determine whether "Habitrol" sold at excessive price — Board undertaking to provide applicant with comprehensive disclosure of factual allegations, opinion evidence, documents used to cross-examine applicant's witnesses — Providing detailed particulars of its understanding of allegations — Proposed rules requiring Board to file affidavits of all expert witnesses on whose evidence will rely; parties to pre-file outline of evidence of non-expert witnesses intending to call; Board to pre-file copies of all documents to be relied upon — Application dismissed — Board's mandate economic regulation — Information supplied pursuant to statutory authority for purposes of economic regulation *prima facie* confidential — Patent Act, s. 97 requiring hearing not be unduly prolonged — Applicant entitled to know case against it, but not to obtain all evidence in Board's possession.

Crease v. Canada (T.D.) 480

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Application to determine preliminary questions of law in action for grant of citizenship under Citizenship Act, s. 5(2)(b) — Plaintiff born in Venezuela in 1943 — Mother British subject, not Canadian at time of birth, as Canadian citizenship non-existent until first Citizenship Act of 1947 — Act, s.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tuent sur les droits des individus — Le refus de divulguer des documents doit être respecté, en vertu du principe de la déférence judiciaire, à moins que l'équité ou la justice naturelle s'y oppose — Le Conseil est censé agir efficacement et protéger les intérêts du public — Il faut éviter de prolonger indûment les audiences — La requérante avait le droit de connaître les arguments présentés contre elle, mais non toute la preuve que le Conseil avait obtenue — Le Conseil a trouvé un juste milieu entre son obligation envers la requérante et ses responsabilités envers le public — Il serait inutile que le législateur crée un office si celui-ci devait être traité comme une cour criminelle — Le droit et des questions de principe exigent qu'une certaine latitude soit accordée à un tribunal administratif exerçant des fonctions de réglementation économique s'il est obligé de recevoir des renseignements confidentiels — La procédure devant ces tribunaux ne revêt pas un caractère aussi contradictoire que la procédure devant un tribunal judiciaire — L'obligation de divulguer tous les renseignements entraverait indûment le Conseil dans l'exercice de ses fonctions de réglementation — L'équité est une question d'équilibre entre divers intérêts — La requérante n'a subi aucun préjudice ou effet défavorable du fait qu'elle n'a pas reçu tous les documents en la possession du Conseil.

Brevets — Pratique — Demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance par laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a rejeté la demande de la requérante visant à obtenir la divulgation et la production de tous les documents relatifs aux questions en litige devant faire l'objet d'une audience visant à déterminer si le médicament «Habitrol» était vendu à un prix excessif — Le Conseil s'est engagé à faire la divulgation préalable complète, à la requérante, des allégations de faits, de la preuve sous forme d'opinion et à de tous les documents qui seront utilisés pour contre-interroger les témoins de la requérante — Le conseil a fourni des détails sur les allégations, telles qu'il les comprenait — Les règles proposées obligent le Conseil à déposer des affidavits de tous les témoins experts sur lesquels il s'appuiera; les parties doivent déposer au préalable un sommaire du témoignage que donnera chaque témoin (autre qu'un expert) qu'elles entendent citer; Conseil doit déposer au préalable des copies de tous les documents sur lesquels il s'appuiera — La demande est rejetée — Le mandat du Conseil est la réglementation économique — Les renseignements fournis conformément à la Loi à des fins de réglementation économique sont, de prime abord, confidentiels — L'art. 97 de la Loi sur les brevets exige qu'on évite de prolonger indûment les audiences — La requérante a le droit de connaître les arguments présentés contre elle, mais non toute la preuve que le Conseil a obtenue.

Crease c. Canada (1^{re} inst.)..... 480

Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Citoyens — Requête en décision sur des questions de droit préalables dans une action en octroi de la citoyenneté, intentée sous le régime de la Loi sur la citoyenneté, art. 5(2)b) — Le demandeur est né au Vénézuéla en 1943 — Au moment de sa naissance, sa mère avait qualité de sujet britannique mais elle

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

5(2)(b) allowing children born abroad to Canadian citizen mothers between January 1, 1947 and February 15, 1977 to apply for grant of citizenship — Plaintiff unsuccessfully alleging discrimination on basis of age under Charter, s. 15(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Plaintiff born before 1947 outside Canada to British subject mother married to foreign national — Unable to apply for citizenship as mother not “citizen” at time of birth as required by Citizenship Act, s. 5(2)(b) — Seeking retrospective application of Charter, s. 15(1) — Distinction in treatment as plaintiff denied equal benefit of applying for citizenship under s. 5(2)(b) — Not every distinction discriminatory — Distinction not based upon enumerated ground of age — Plaintiff’s rights under Charter, s. 15(1) not infringed.

Practice — Parties — Standing — Plaintiff directly affected by denial of application for citizenship under Citizenship Act, s. 5(2)(b) — Whether standing to invoke Charter, s. 15(1) — Public interest standing not applicable as Citizenship Act challenged by private litigant directly affected by law — Citizenship Act domestic law subject to Charter scrutiny — Extraterritorial application of Charter not at issue — Plaintiff having standing to commence action.

Equizabal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) 514

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Crimes against humanity — Appellant deserted from Guatemalan army after participating in torture of civilians — S.C.C. decision in *Finta* applied re: definition of crimes against humanity and defence of obedience to orders of superior based on compulsion — Consequences of desertion — Failure to desert at earliest opportunity.

Jastrebski v. Canada (C.A.) 466

Income tax — Income calculation — Applicant treated in 1972, 1973 for mental illness — Returning to work full-time until 1983 when retiring because of disability — Income Tax Act, s. 6(1)(f) requiring inclusion in income of amounts received under insurance plan in respect of loss of income from employment — Income Tax Application Rules, 1971, s. 19(1) providing s. 6(1)(f) not applicable to amounts payable in respect of loss of income from employment, in consequence of event occurring before 1974 — Purpose of s. 19(1) to prevent

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

n’était pas citoyenne canadienne puisque la notion de citoyenneté canadienne n’existait pas avant l’entrée en vigueur de la première Loi sur la citoyenneté en 1947 — L’art. 5(2)(b) de la Loi permet aux enfants nés à l’étranger de mère canadienne entre le 1^{er} janvier 1947 et le 15 février 1977 de demander la citoyenneté canadienne — Le demandeur argue en vain de discrimination fondée sur l’âge, telle que l’interdit l’art. 15(1) de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Le demandeur est né avant 1947 à l’étranger de mère sujet britannique, mariée à un étranger — Impossibilité de demander la citoyenneté canadienne puisque la mère n’avait pas, au moment de sa naissance, la qualité de «citoyen» qui était la condition prévue à l’art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté — Le demandeur conclut à l’application rétrospective de l’art. 15(1) de la Charte — Traitement différent réservé au demandeur puisqu’il est privé du même bénéfice de la loi, savoir l’admissibilité à demander la citoyenneté sous le régime de l’art. 5(2)(b) — Toutes les distinctions ne sont pas discriminatoires — La distinction n’est pas fondée sur le motif énuméré de l’âge — Les droits que l’art. 15(1) de la Charte garantit au demandeur n’ont pas été violés.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le demandeur est directement touché par le rejet de sa demande de citoyenneté, faite en application de l’art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté — Les considérations justifiant la qualité pour agir dans l’intérêt public n’ont pas application puisque la Loi sur la citoyenneté est contestée par un particulier qu’elle touche directement — La Loi sur la citoyenneté est une loi interne soumise au contrôle au regard de la Charte — L’affaire ne met pas en jeu la question de l’application extraterritoriale de la Charte — Le demandeur a qualité pour intenter l’action.

Equizabal c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (C.A.) 514

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugié au sens de la Convention — Crimes contre l’humanité — L’appellant a déserté de l’armée guatémaltèque après avoir participé à des actes de torture contre des civils — Applicabilité de l’arrêt *Finta* de la Cour suprême du Canada à la définition des crimes contre l’humanité et au moyen de défense de la contrainte tenant à l’obéissance aux ordres — Conséquences de la désertion — Défaut de désertir le plus tôt possible.

Jastrebski c. Canada (C.A.) 466

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Le requérant a été traité en 1972 et 1973 pour maladie psychologique — Il est retourné au travail à plein temps et, en 1983, il a pris sa retraite pour invalidité — L’art. 6(1)(f) de la Loi de l’impôt sur le revenu requiert que soient incluses dans le revenu les sommes reçues en vertu d’un régime d’assurance relativement à une perte de revenu d’emploi — L’art. 19(1) des Règles de 1971 concernant l’application de l’impôt sur le revenu prévoit que l’art. 6(1)(f) ne s’applique pas à des sommes payables relative-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

unexpected taxation of disability benefits of recipients who before 1974 were receiving those payments under plans not structured to account for taxation in recipients' hands and to allow grace period for insurance schemes to be altered to compensate for new tax — "Event" occurring before 1974 actual disability preventing person from working at full capacity, resulting in loss of employment income as consequence of disability — Both event and loss of income must occur prior to 1974 for exemption to apply.

Judicial review — Standard of review — Tax Court, sitting under new informal procedure, dismissing applicant's appeal from Minister's assessment — Correctness standard of review where error of law asserted regardless of procedure followed in Tax Court.

Norway House Indian Band v. Canada (Adjudicator, Labour Code) (T.D.)..... 376

Labour relations — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Adjudicator having jurisdiction — Labour relations field in regard to Indians manifesting federal competence, paramountcy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking or business — Meaning of "business" — Band subject to Canada Labour Code — Adjudicator exceeding jurisdiction by conducting hearing in patently unreasonable manner in not warning complainant of consequences of failure to testify, not applying consequences to her case, indifference to loss of opportunity to cross-examine, resulting in erroneous conclusions, apparent bias in drawing all adverse inferences against employer — Also erred in considering Band custom, disregarding cases on wrongful dismissal.

Judicial review — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Canada Labour Code, s. 243 providing every order of Adjudicator appointed under s. 242 final, not reviewable in any court — Review of case law on judicial review of such "protected" decisions — Court will transcend s. 243 only if adjudicator so patently unreasonably exceeded jurisdiction that perverted, evaded, avoided or contradicted will of Parliament — When issue going to tribunal's jurisdiction, standard governing judicial review that of correctness — Adjudicator must not make any error in exercising powers — Adjudicator conducting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ment à la perte, par suite d'un événement survenu avant 1974, du revenu tiré d'un emploi — L'art. 19(1) avait pour objet de prévenir l'imposition inattendue des prestations d'invalidité du bénéficiaire qui, avant 1974, recevait ces sommes en vertu de régimes qui n'étaient pas structurés de façon à tenir compte de l'imposition entre les mains du bénéficiaire, et d'accorder un délai de grâce pour permettre la modification des régimes d'assurance de façon à compenser ce nouvel impôt — L'«événement» qui doit se produire avant 1974 est l'invalidité même qui empêche une personne de travailler pleinement, et qui entraîne la perte de revenu d'emploi — L'événement et la perte de revenu doivent tous deux survenir avant 1974 pour que l'exemption s'applique.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour de l'impôt, appliquant la nouvelle procédure informelle, a rejeté l'appel du requérant à l'encontre de la cotisation établie par le ministre — La justesse est la norme de contrôle à appliquer lorsque la contestation est fondée sur une erreur de droit, peu importe la procédure suivie par la Cour de l'impôt.

Bande indienne de Norway House c. Canada (Arbitre, Code du travail) (1^{re} inst.) 376

Relations du travail — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — L'arbitre a compétence — Le champ des relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, indique l'existence de la compétence fédérale ainsi que la primauté fédérale — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale — Sens du mot «entreprise» — La bande est assujettie au Code canadien du travail — L'arbitre a excédé sa compétence en conduisant l'audience d'une manière manifestement déraisonnable, notamment en n'informant pas la plaignante des conséquences de son omission de témoigner, en n'appliquant pas les conséquences à son cas, en manifestant de l'indifférence en ce qui concerne la perte de possibilité de contre-interroger la plaignante, de sorte qu'il a tiré des conclusions erronées, en semblant faire preuve de partialité lorsqu'il a fait toutes les déductions défavorables à l'employeur — Il a également commis une erreur en tenant compte des coutumes de la bande, sans tenir compte de la jurisprudence en matière de congédiement injustifié.

Contrôle judiciaire — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — L'art. 243 du Code canadien du travail prévoit que les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu de l'art. 242 sont définitives et non susceptibles de recours judiciaire — Examen de la jurisprudence sur le contrôle judiciaire de pareilles décisions «protégées» — La Cour passe outre à l'art. 243 uniquement si l'arbitre a excédé sa compétence d'une façon si manifestement déraisonnable qu'il a abusé de la volonté du législateur, qu'il s'y est soustrait, qu'il l'a esquivée ou qu'il l'a contrariée —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

hearing in patently unreasonable manner — Although decision set aside, matter remaining unadjudicated as no one to refer matter back to, outside Court's jurisdiction to either order Minister to appoint new adjudicator or order adjudicator to dismiss complaint as outcome uncertain — Decision set aside because of manner of conducting hearing.

Evidence — Adjudication of Canada Labour Code complaint Indian Band employee wrongfully indefinitely suspended without pay — Complainant failing to testify — Adjudicator criticizing employer for not calling certain evidence while not criticizing complainant — Not criminal trial where judge prohibited from admonishing accused to testify — While complainant not compelled to testify, consequences would be adverse inferences by Adjudicator — Adjudicator should have encouraged complainant to testify — Should have drawn all adverse inferences open to him — Review of cases, legal writing on failure to produce cogent evidence — Criminal law cases on loss of opportunity to cross-examine applicable herein.

Constitutional law — Distribution of powers — Labour relations in regard to Indians within federal competence, paramountcy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking, business.

Estoppel — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Before adjudicator parties agreeing employment in connection with federal work — Applicant not estopped from contesting Adjudicator's jurisdiction — If Adjudicator not having jurisdiction, never had jurisdiction and consent thereto immaterial.

Native peoples — Band subject to Canada Labour Code — Labour relations in regard to Indians within federal competence, paramountcy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking, business.

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham (T.D.) 449

Constitutional law — Distribution of powers — Application for judicial review of Adjudicator's decision respondents' unjust dismissal complaints within jurisdiction — Applicant operating alcohol rehabilitation centre on Indian reserve —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Lorsque le litige porte sur la compétence du tribunal, la norme qui régit le contrôle judiciaire est celle de la justesse — L'arbitre ne doit pas commettre d'erreur en exerçant ses pouvoirs — L'arbitre a conduit l'audience d'une façon manifestement déraisonnable — Bien que la décision ait été annulée, l'affaire demeure non réglée puisqu'il n'y a personne à qui la renvoyer, et que la Cour n'a pas compétence pour enjoindre au ministre de désigner un nouvel arbitre ou d'ordonner à l'arbitre de rejeter la plainte puisque l'issue est incertaine — La décision est annulée à cause de la façon dont l'arbitre a conduit l'audience.

Preuve — Règlement d'une plainte déposée en vertu du Code canadien du travail selon laquelle une employée de la bande indienne avait illicitement été suspendue sans rémunération pendant une période indéterminée — La plaignante n'a pas témoigné — L'arbitre a critiqué l'employeur pour ne pas avoir présenté certains éléments de preuve sans toutefois critiquer la plaignante — Il ne s'agit pas d'un procès au criminel dans lequel il est interdit au juge d'informer l'accusé qu'il doit témoigner — La plaignante n'était pas tenue de témoigner, mais cela donnerait lieu à des déductions défavorables de la part de l'arbitre — L'arbitre aurait dû encourager la plaignante à témoigner — Il aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu'il pouvait faire — Examen des arrêts et de la doctrine sur l'omission de présenter une preuve convaincante — Les affaires de droit pénal sur la perte de possibilité de contre-interroger un témoin s'appliquent en l'espèce.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, relèvent de la compétence et de la primauté fédérale — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.

Fin de non-recevoir — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — Devant l'arbitre, les parties avaient convenu que l'emploi était exercé dans le cadre d'une entreprise fédérale — La requérante peut contester la compétence de l'arbitre — Si l'arbitre n'a pas compétence, il n'a jamais eu compétence et le fait qu'on a consenti à ce qu'il soit compétent n'est pas pertinent.

Peuples autochtones — La bande est assujettie au Code canadien du travail — Les relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, relèvent de la compétence et de la primauté fédérales — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham (1^{re} inst.) 449

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle il avait compétence relativement aux plaintes de congédiement injuste portées par les intimées — Le requérant exploite un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Labour relations under provincial jurisdiction unless forming integral part of primary federal jurisdiction over some other federal object — Nature of operations and normal activities determining whether characterized as federal or provincial service — Program, curriculum, materials designed for Indians — Indians given priority for admission — Applicant's function under Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Power to regulate labour relations between applicant and employees within federal jurisdiction over Indians.

Labour relations — Application to review Adjudicator's decision respondents' unjust dismissal complaints within his jurisdiction — Privative clause not applicable where jurisdictional issue — Application of functionality test to determine applicant's operation of alcohol rehabilitation centre on Indian reserve subject to federal regulation — Canada Labour Code, s. 242(3.1)(b) providing adjudicator shall not consider complaint where "procedure for redress" provided either in Code or any other Act of Parliament — Respondents alleging unjust dismissal under Canada Labour Code, discrimination under Canadian Human Rights Act — S. 242(3.1)(b) not bar to hearing complaints herein — Another "procedure for redress" contemplating both cause of action and remedy — Other procedure for redress can not be based on different cause of action or provide lesser remedy than procedure under Code — Unclear proceedings under CHRA and Code would yield exact same remedy — While duplication of proceedings to be avoided, Parliament not intending to force aggrieved parties to risk prejudicing unjust dismissal claim by application of provision — Alternative procedure must be clearly duplicative for s. 242(3.1)(b) to apply.

Native peoples — Applicant operating alcohol rehabilitation centre on Indian reserve — Program, curriculum, materials designed for Indians — Eligibility for admission primarily native — Respondents alleging unjust dismissal — Application to review Adjudicator's decision complaints within federal jurisdiction — Examination of nature of operations, normal activities leading to conclusion applicant's function falling under Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Power to regulate labour relations between applicant and (former) employees integral part of federal jurisdiction over Indians.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

centre de réadaptation pour alcooliques situé sur une réserve indienne — Les relations de travail relèvent de la compétence provinciale, à moins qu'ils ne fassent partie intégrante de la compétence fédérale principale relativement à quelque autre objet fédéral — C'est la nature de l'exploitation et les activités courantes qui sont déterminantes quant à savoir s'il s'agit d'un service fédéral ou provincial — Le programme global, le programme d'études et le matériel de cours sont conçus pour des Indiens — Les Indiens sont admis en priorité — L'objet de l'entreprise du requérant relève de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Le pouvoir de réglementer les relations de travail entre le requérant et ses employés relève de la compétence fédérale relative aux Indiens.

Relations du travail — Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle il avait compétence relativement aux plaintes de congédiement injuste portées par les intimées — Une clause privative ne s'applique pas dans un cas où se pose une question de compétence — Application d'un critère de fonctionnalité pour déterminer si l'exploitation du centre de réadaptation pour alcooliques par le requérant sur une réserve indienne est soumise à la réglementation fédérale — Suivant l'art. 242(3.1)(b) du Code canadien du travail, l'arbitre ne peut procéder à l'instruction d'une plainte dans un cas où le Code ou une autre loi fédérale prévoit un autre «recours» — Les intimées prétendent avoir été congédiées injustement au sens du Code canadien du travail et avoir été victimes de discrimination au sens de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'art. 242(3.1)(b) n'empêche pas l'audition des plaintes portées en l'espèce — Un autre «recours» envisagé à la fois la cause d'action et la réparation — L'autre recours ne peut donner droit à une réparation moindre que celle prévue au Code ni se fonder sur une cause d'action différente — Il n'est pas certain que des procédures intentées aux termes de la Loi canadienne sur les droits de la personne et du Code donneraient rigoureusement lieu à la même réparation — Bien que l'on doive éviter le dédoublement des procédures, le législateur n'avait pas l'intention de contraindre des parties lésées à courir le risque de voir leur poursuite pour congédiement injuste compromise par l'application de l'art. 242(3.1)(b) — Pour que cet alinéa s'applique, l'autre recours doit clairement opérer dédoublement.

Peuples autochtones — Le requérant exploite un centre de réadaptation pour alcooliques situé sur une réserve indienne — Le programme global, le programme d'études et le matériel de cours sont conçus pour des Indiens — Le programme est ouvert surtout aux autochtones — Les intimées prétendent avoir été congédiées injustement — Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle les plaintes relèvent de la compétence fédérale — L'examen de la nature de l'exploitation et des activités courantes mène à la conclusion que l'objet de l'entreprise du requérant relève de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Le pouvoir de réglementer les relations de travail entre le requérant et ses (anciens) employés fait partie intégrante de la compétence fédérale relative aux Indiens.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Sovereign Life Insurance Co. (The) v. Canada (T.D.) 361

Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — First time s. 702 appeal used — Company wound up, insurance policy liabilities, assets transferred to other companies — Although moot, Court exercising discretion to allow appeal to continue — May resolve issues as to proper steps to take before Minister can issue control order — Appellant may also have claim for damages after determination of appeal — If struck, would render moot any appeal under Insurance Companies Act, given market realities.

Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion to compel attendance of witnesses not party to appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — Procedural fairness requiring opportunity to examine witnesses even if Rules not permitting examination in statutory appeal — S. 702 appeal first opportunity, like trial, to gather relevant information.

Practice — Discovery — Production of documents — Appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — Appellant submitting appeal case not including all relevant documents pursuant to R. 1305 — Appellant having right to all material which will help to prepare its case — If documents listed exist, should be disclosed to assure requirements of R. 1305 met.

Insurance — Motions to strike appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — First time s. 702 appeal used — Company wound up, all insurance policy liabilities, assets transferred to other companies — Although moot, Court exercising discretion to allow appeal to continue as may resolve issues as to proper steps before Minister issuing control order.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Souveraine, Compagnie d'assurance-vie (La) c. Canada (1^{re} inst.)..... 361

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Appel en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances, à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — Premier appel présenté en vertu de l'art. 702 — Liquidation de la société, ses dettes exigibles constituées par les polices d'assurance et ses éléments d'actif étant transférés à d'autres compagnies — Bien que l'appel soit théorique, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'audition de l'appel — Peut permettre de trancher certaines questions quant aux mesures appropriées qui doivent être prises avant que le ministre puisse délivrer un ordre de contrôle — L'appelante pourrait aussi avoir droit à des dommages-intérêts une fois l'appel réglé — Si l'appel était annulé, tout appel interjeté en vertu de la Loi sur les sociétés d'assurances deviendrait théorique, compte tenu des réalités du marché.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête pour que la Cour oblige à témoigner certaines personnes qui ne sont pas parties à l'appel interjeté en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — L'équité de la procédure nécessite la possibilité d'interroger les témoins même si les Règles ne le permettent pas dans le cas d'un appel prévu par une loi — L'appel de l'art. 702 constitue la première occasion, tout comme une instruction en première instance, de réunir tous les renseignements pertinents.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Appel interjeté en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — L'appelante soutient que le dossier d'appel ne comprend pas tous les documents pertinents, en contravention de la Règle 1305 — L'appelante a le droit de prendre connaissance de tous les documents qui pourraient l'aider à appuyer ses prétentions — Si les documents susmentionnés existent, ils devraient être communiqués à l'appelante afin d'assurer le respect des exigences énoncées à la Règle 1305.

Assurance — Requêtes en annulation de l'appel interjeté en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — Premier appel présenté en vertu de l'art. 702 — Liquidation de société, toutes les dettes exigibles constituées par les polices d'assurance et tous les éléments d'actif transférés à d'autres compagnies — Bien que l'appel soit théorique, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'audition de l'appel, parce qu'il pourrait permettre de trancher certaines questions quant aux mesures

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (T.D.)..... 527

Access to information — Application for disclosure of Band's financial information including names of persons owing money to Band or to whom money owed, job descriptions associated with salaries, names of persons whose loans guaranteed by Band, expenditure plans, cash flow statements — *Prima facie* names of individuals "personal information" not required to be disclosed under s. 19(1) — S. 3(l) definition of personal information excluding information relating to discretionary benefits — Discretionary benefits those conferred by government — Onus on party seeking information to demonstrate exception applies — Applicant not establishing information within s. 3(l) exception — S. 19(2)(c), permitting disclosure of personal information if in accordance with Privacy Act, s. 8, inapplicable as names of individuals not within s. 8(2)(a), (k), (m) — As Band, Minister not satisfying onus of proving cash flow statements, expenditure plans confidential, consistently treated as confidential, must be disclosed — Names of businesses from which Band purchasing goods, services must be disclosed as not information, disclosure of which resulting in material financial loss — Unauthorized pledging of credit preventable.

Privacy — Names of person owing money to Indian Band, to whom Band owing money, for whom Band guaranteeing loans, whose salary individually set *prima facie* within Privacy Act, s. 3 definition of "personal information" as relating to financial transaction in which individual involved — Not within s. 3(l) exclusion of discretionary benefits of financial nature — Such benefits must be conferred by government — S. 8(2) authorizing disclosure if (a) for purpose for which information obtained, (k) to aboriginal people to research claims, (m) public interest in disclosure clearly outweighing invasion of privacy — Personal information not under s. 8(2)(a) as information supplied to government for funding purposes — Not within s. 8(2)(k) as paragraph contemplating formal claims by aboriginal peoples in that capacity — Application herein by individual — No basis to conclude discretion under s. 8(2)(m) improperly exercised — Names should not be disclosed.

SOMMAIRE (Suite)

appropriées qui doivent être prises avant que le ministre puisse délivrer un ordre de contrôle.

Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1^{re} inst.) 527

Accès à l'information — Demande de communication de renseignements financiers concernant une bande, notamment des noms de personnes devant de l'argent à la bande ou auxquelles la bande devait de l'argent, des descriptions de tâches associées aux salaires, des noms de personnes pour lesquelles des emprunts avaient été garantis par la bande, des plans de dépenses et des états de l'évolution de l'encaisse — À première vue, les noms des individus en cause constituent des «renseignements personnels» qui n'ont pas à être communiqués en vertu de l'art. 19(1) — La définition des renseignements personnels figurant à l'art. 3l) exclut les renseignements concernant des avantages facultatifs — Les avantages facultatifs sont ceux qui sont conférés par l'administration — Il incombe à la partie qui demande des renseignements de démontrer que l'exception s'applique — Le requérant n'a pas établi que les renseignements en question sont visés par l'exception prévue à l'art. 3l) — L'art. 19(2)c), qui permet la communication de renseignements personnels conformément à l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, ne s'applique pas, étant donné que les noms des individus ne sont pas visés par l'art. 8(2)a), k) et m) — Étant donné que la bande et le ministre ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait de prouver que les états de l'évolution de l'encaisse et que les plans de dépenses étaient confidentiels et qu'ils étaient traités comme tels de façon constante, ces renseignements doivent être communiqués — Les noms des entreprises auxquelles la bande a acheté des biens ou des services doivent être communiqués car il ne s'agit pas de renseignements dont la communication causerait des pertes financières appréciables — Il est possible d'empêcher qu'on engage la responsabilité de la bande sans autorisation.

Protection des renseignements personnels — Les noms des personnes qui devaient de l'argent à la bande, auxquelles la bande devait de l'argent, pour lesquelles la bande a garanti des emprunts et dont le salaire a été fixé individuellement sont à première vue visés par la définition de «renseignements personnels» figurant à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels puisqu'ils se rapportent à une opération financière à laquelle l'individu participait — Ils ne sont pas visés par l'exception prévue à l'art. 3l) relativement aux avantages financiers facultatifs — Pareils avantages doivent être accordés par l'administration — L'art. 8(2) autorise la communication si elle est faite a) aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis, k) à des autochtones en vue de l'établissement de droits, m) pour des raisons d'intérêt public qui justifieraient nettement une violation de la vie privée — Les renseignements personnels ne sont pas visés par l'art. 8(2)a) puisqu'ils ont été fournis à l'administration en vue du financement — Ils ne sont pas visés par l'art. 8(2)k) étant donné que cette disposition vise les droits officiellement reconnus aux peuples autochtones en cette qualité — En l'espèce, la

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

demande a été présentée par un individu — Rien ne permet de conclure que le pouvoir discrétionnaire visé par l'art. 8(2)m) a été exercé d'une façon irrégulière — Les noms n'ont pas à être communiqués.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 3, Part 3

1994, Vol. 3, 3^e fascicule

T-3105-92

The Sovereign Life Insurance Company
(Appellant)

v.

Her Majesty the Queen and The Minister of Finance and Superintendent of Financial Institutions (Respondents)

INDEXED AS: *SOVEREIGN LIFE INSURANCE CO. (THE) v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Joyal J.—Calgary, December 14, 1993; Ottawa, April 18, 1994.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — First time s. 702 appeal used — Company wound up, insurance policy liabilities, assets transferred to other companies — Although moot, Court exercising discretion to allow appeal to continue — May resolve issues as to proper steps to take before Minister can issue control order — Appellant may also have claim for damages after determination of appeal — If struck, would render moot any appeal under Insurance Companies Act, given market realities.

Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion to compel attendance of witnesses not party to appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — Procedural fairness requiring opportunity to examine witnesses even if Rules not permitting examination in statutory appeal — S. 702 appeal first opportunity, like trial, to gather relevant information.

Practice — Discovery — Production of documents — Appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — Appellant submitting appeal case not including all relevant documents pursuant to R. 1305 — Appellant having right to all material which will help to prepare its case — If documents listed exist, should be disclosed to assure requirements of R. 1305 met.

T-3105-92

La Souveraine, Compagnie d'assurance-vie
(appelante)

a c.

Sa Majesté la Reine et le ministre des Finances et le surintendant des institutions financières (intimés)

b

RÉPERTORIÉ: *SOUVERAINE, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE (LA) c. CANADA (1re INST.)*

Section de première instance, juge Joyal—Calgary, 14 décembre 1993; Ottawa, 18 avril 1994.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Appel en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances, à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — Premier appel présenté en vertu de l'art. 702 — Liquidation de la société, ses dettes exigibles constituées par les polices d'assurance et ses éléments d'actif étant transférés à d'autres compagnies — Bien que l'appel soit théorique, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'audition de l'appel — Peut permettre de trancher certaines questions quant aux mesures appropriées qui doivent être prises avant que le ministre puisse délivrer un ordre de contrôle — L'appelante pourrait aussi avoir droit à des dommages-intérêts une fois l'appel réglé — Si l'appel était annulé, tout appel interjeté en vertu de la Loi sur les sociétés d'assurances deviendrait théorique, compte tenu des réalités du marché.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête pour que la Cour oblige à témoigner certaines personnes qui ne sont pas parties à l'appel interjeté en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — L'équité de la procédure nécessite la possibilité d'interroger les témoins même si les Règles ne le permettent pas dans le cas d'un appel prévu par une loi — L'appel de l'art. 702 constitue la première occasion, tout comme une instruction en première instance, de réunir tous les renseignements pertinents.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Appel interjeté en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — L'appelante soutient que le dossier d'appel ne comprend pas tous les documents pertinents, en contravention de la Règle 1305 — L'appelante a le droit de prendre connaissance de tous les documents qui pourraient l'aider à appuyer ses prétentions — Si les documents susmentionnés existent, ils devraient être communiqués à l'appelante

Insurance — Motions to strike appeal under Insurance Companies Act, s. 702 from Minister of Finance's order charging Office of Superintendent of Financial Institutions to take control of appellant — First time s. 702 appeal used — Company wound up, all insurance policy liabilities, assets transferred to other companies — Although moot, Court exercising discretion to allow appeal to continue as may resolve issues as to proper steps before Minister issuing control order.

This was a motion by the appellant for directions, for permission to produce documents, to examine certain witnesses, and to compel the attendance of a witness who was not a party to the proceedings. The respondents sought to have the appeal struck on the ground that the issue between the parties was moot. The appellant appealed under the *Insurance Companies Act*, section 702 from an order of the Minister of Finance charging the Office of the Superintendent of Financial Institutions to take control of the appellant company because its assets were not sufficient to give adequate protection to its policy holders and creditors, and it would be unable to pay its liabilities as they became due and payable. The Court of Queen's Bench of Alberta subsequently issued an order declaring the appellant insolvent and ordering its winding-up. It appointed the Superintendent of Financial Institutions provisional liquidator of the appellant's estate and effects. The Alberta Court later constituted a committee of five former directors of the appellant with power to provide instructions, advice and information for the prosecution of this appeal. All of the insurance policy liabilities and all of the appellant's assets have been transferred to other insurance companies. The respondents submitted that the issues were academic as there is no insurance business on which the Minister can make a redetermination, since the Superintendent no longer has control of the appellant and the company is in the final stages of being wound-up. The appellant submitted that to declare the appeal moot would give no effect to the appeal provisions of the *Insurance Companies Act*. It argued that the appeal was not moot because if successful it will allow policy holders, employees and creditors to commence proceedings for potential damage claims. The Minister should not evade review since these types of procedures, in which the appeal cannot be determined until after the winding-up of the company, are bound to arise again.

The appellant submitted that the appeal case did not include all the relevant documents pursuant to Rule 1305. It argued that documents which a party believes to be relevant should be disclosed if there is a reasonable opportunity that it will impair one from answering all issues of its case. The appellant

afin d'assurer le respect des exigences énoncées à la Règle 1305.

Assurance — Requêtes en annulation de l'appel interjeté en vertu de l'art. 702 de la Loi sur les sociétés d'assurances à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de l'appelante — Premier appel présenté en vertu de l'art. 702 — Liquidation de société, toutes les dettes exigibles constituées par les polices d'assurance et tous les éléments d'actif transférés à d'autres compagnies — Bien que l'appel soit théorique, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'audition de l'appel, parce qu'il pourrait permettre de trancher certaines questions quant aux mesures appropriées qui doivent être prises avant que le ministre puisse délivrer un ordre de contrôle.

Il s'agit d'une requête de l'appelante pour obtenir des directives et l'autorisation de produire des documents et d'interroger certains témoins, et pour forcer une personne qui n'est pas partie au litige à venir témoigner. Les intimés demandent que l'appel soit annulé pour le motif que le litige qui oppose les parties est théorique. L'appelante a déposé un appel conformément à l'article 702 de la *Loi sur les sociétés d'assurances* à l'égard d'un ordre du ministre des Finances enjoignant au Bureau du surintendant des institutions financières de prendre le contrôle de la société appelante parce qu'elle n'avait pas un actif suffisant pour assurer une protection adéquate à ses créanciers et souscripteurs et qu'elle n'était pas en mesure de payer ses dettes exigibles. Subséquemment, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rendu une ordonnance dans laquelle elle a déclaré l'appelante insolvable, et a ordonné sa liquidation. Elle a désigné le surintendant des institutions financières liquidateur provisoire de l'actif et des biens de l'appelante. Par la suite, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a créé un comité composé de cinq ex-administrateurs de l'appelante et autorisé à donner des instructions, des conseils et des renseignements aux fins du présent appel. Toutes les dettes au titre des polices d'assurance et la totalité de l'actif de l'appelante ont été transférées à d'autres sociétés d'assurance. Les intimés ont soutenu que les questions sont devenues théoriques, parce qu'il n'y a aucune entreprise d'assurance au sujet de laquelle le ministre peut rendre une nouvelle décision, le surintendant n'ayant plus le contrôle de l'appelante et la société étant sur le point d'être liquidée. Selon l'appelante, si le litige était déclaré théorique, les dispositions de la *Loi sur les sociétés d'assurances* qui concernent l'appel deviendraient inopérantes. Elle soutient que l'appel n'est pas théorique puisque, s'il est accueilli, il permettra aux souscripteurs, aux employés et aux créanciers d'engager des poursuites en dommages-intérêts. Le ministre ne devrait pas chercher à éviter de réexaminer l'affaire puisque ces types de procédures, où l'appel ne peut être réglé qu'après la liquidation de l'entreprise, se présenteront à nouveau inévitablement.

L'appelante soutient que le dossier d'appel produit par les intimés ne comprend pas tous les documents pertinents qu'il devrait contenir conformément à la Règle 1305. Elle fait valoir que les documents qu'une partie estime pertinents devraient être divulgués, s'il est raisonnablement possible que l'absence

believes that the documents for which it was seeking disclosure were relevant to establish what was relied upon by the Minister before making a decision.

Held, the appeal should not be struck; the motions for disclosure and for discovery of witnesses should be allowed.

If a court determines that the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic, the case is moot but it may still exercise its discretion to hear the case if the circumstances warrant. Although the matter was moot, the appeal should not be struck. The Alberta Court's view, that the appeal warranted the appointment of representatives to direct the appeal under the application of the provisional liquidator, should be respected. The appeal may resolve certain issues as to what proper steps must be taken before the Minister can issue a control order. The appellant may also have a claim for damages once the determination of this appeal is made.

Should the appeal be struck, it would render moot any appeal under the *Insurance Companies Act*. Perhaps the market realities respecting the financial security of policy holders or others were not contemplated by the legislator when an appeal to the Federal Court was provided. These realities dictate that once a control order is issued, damage control be instituted quickly and winding-up follow immediately. As a result, there is no time to perfect the appeal procedure before any challenge becomes moot. A statutory right of appeal should not be abrogated in that fashion.

The appellant had a right to all material which will help to prepare its case. If the documents listed exist, they should be disclosed to assure that the requirements of Rule 1305 have been met.

Procedural fairness required that the appellant have a chance to examine the witnesses. The appeal before this Court was not a regular appeal where a prior trial has occurred. It is the first opportunity, as is the case in a trial, to gather all the relevant information. Considering that no trial has occurred and that this type of appeal pursuant to section 702 is a first, discovery of witnesses as requested by the appellant should be allowed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68.
Bank Act, S.C. 1991, c. 46.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

de ces documents l'empêche de répondre pleinement à toutes les questions de sa cause. L'appelante soutient que les documents susmentionnés sont pertinents parce qu'ils permettent de déterminer les éléments sur lesquels le ministre s'est fondé pour en arriver à sa décision.

a Jugement: l'appel ne devrait pas être annulé; les requêtes portant sur la divulgation et sur l'interrogatoire des témoins devraient être accueillies.

b Dans le cas où un tribunal considère que le différend concret et tangible a disparu et que la question est devenue purement théorique, il peut quand même exercer son pouvoir discrétionnaire et décider d'entendre l'affaire s'il estime que les circonstances le justifient. Bien que la question ait été théorique, l'appel ne devrait pas être annulé. Le point de vue de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, qui a jugé nécessaire de nommer des représentants aux fins du présent appel à la demande du liquidateur provisoire, devrait être respecté. L'appel pourrait permettre de trancher certaines questions quant aux mesures appropriées qui doivent être prises avant que le ministre puisse délivrer un ordre de contrôle. L'appelante pourrait aussi avoir droit à des dommages-intérêts une fois l'appel réglé.

c Si le présent appel devait être annulé, tout appel fondé sur la *Loi sur les sociétés d'assurances* deviendrait théorique. Le législateur n'a peut-être pas tenu compte des réalités du marché touchant la sécurité financière des souscripteurs ou d'autres personnes, lorsqu'il a prévu la possibilité d'interjeter appel devant la Cour fédérale. En fait, dès qu'un ordre de contrôle est délivré, le contrôle des dommages doit être entrepris rapidement, et la liquidation suivra immédiatement. En conséquence, il n'est pas possible, faute de temps, de terminer la procédure d'appel avant que tout litige ne devienne théorique. Je ne crois pas qu'un droit d'appel prévu par une loi devrait être annulé de cette façon.

d L'appelante a le droit de connaître tous les éléments susceptibles de l'aider à préparer sa cause. Si les documents mentionnés existent, ils devraient être communiqués à l'appelante, afin d'assurer le respect des exigences énoncées à la Règle 1305.

e L'appelante devrait avoir, au nom de l'équité de la procédure, la possibilité d'interroger les témoins. L'appel en l'espèce n'est pas un appel normal qui a été précédé d'une instruction. Il constitue donc la première occasion, tout comme une instruction en première instance, de réunir tous les renseignements pertinents. Étant donné qu'aucune instruction n'a eu lieu et que ce type d'appel fondé sur l'article 702 est le premier qui est présenté, je permettrais l'interrogatoire préalable des témoins, comme le demande l'appelante.

LOIS ET RÈGLEMENTS

j *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).

Cooperative Credit Associations Act, S.C. 1991, c. 48.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2, 5, 457 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 1305.
Insurance Companies Act, S.C. 1991, c. 47, ss. 680, 684, 702 (as am. by S.C. 1991, c. 47, s. 702(4)).
Investment Companies Act, R.S.C., 1985, c. I-22.
Office of the Superintendent of Financial Institutions Act, being Part I of the *Financial Institutions and Deposit Insurance System Amendment Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18.
Trust and Loan Companies Act, S.C. 1991, c. 45.
Winding-up Act, R.S.C., 1985, c. W-11, ss. 160(1) (as am. by S.C. 1991, c. 47, s. 748), 162(3).

Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières, qui constitue la Partie I de la *Loi sur les institutions financières et modifiant le système d'assurance-dépôts*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18.
Loi sur les associations coopératives de crédit, L.C. 1991, ch. 48.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46.
Loi sur les liquidations, L.R.C. (1985), ch. W-11, art. 160(1) (mod. par S.C. 1991, ch. 47, art. 748), 162(3).
Loi sur les sociétés d'assurances, L.C. 1991, ch. 47, art. 680, 684, 702 (mod. par L.C. 1991, ch. 47, art. 702(4)).
Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt, L.C. 1991, ch. 45.
Loi sur les sociétés d'investissement, L.R.C. (1985), ch. I-22.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2, 5, 457 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 1305.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Palmer et al. v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 759; (1979), 106 D.L.R. (3d) 212; 50 C.C.C. (2d) 193; 30 N.R. 181; *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; *R. v. Werry* (1976), 13 N.R. 20 (F.C.A.).

CONSIDERED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 193; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis*, [1944] 1 All E.R. 469 (H.L.); *CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk et al.*, [1972] 3 O.R. 388 (1972), 28 D.L.R. (3d) 180 (C.A.).

MOTION by respondents to strike the appeal under *Insurance Companies Act*, section 702 as moot, and motions by the appellant for the disclosure of documents and examination of witnesses. Motion to strike dismissed; motions for disclosure and for examination of witnesses allowed.

COUNSEL:

Thomas H. Ferguson and Timothy S. Ellam for appellant.
Terrence Joyce for respondents.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Palmer et autre c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 759; (1979), 106 D.L.R. (3d) 212; 50 C.C.C. (2d) 193; 30 N.R. 181; *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; *R. c. Werry* (1976), 13 N.R. 20 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 193; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis*, [1944] 1 All E.R. 469 (H.L.); *CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk et al.*, [1972] 3 O.R. 388 (1972), 28 D.L.R. (3d) 180 (C.A.).

REQUÊTE présentée par les intimés pour faire annuler l'appel interjeté en vertu de l'article 702 de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, pour le motif qu'il est théorique, et requêtes présentées par l'appelante pour obtenir la communication de documents et l'autorisation d'interroger des témoins. La requête en annulation est rejetée; les requêtes pour la communication de documents et l'interrogatoire de témoins sont accueillies.

AVOCATS:

Thomas H. Ferguson et Timothy S. Ellam pour l'appelante.
Terrence Joyce pour les intimés.

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Calgary, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

PROCUREURS:

McCarthy Tétrault, Calgary, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

JOYAL J.: The matters before me are a series of motions filed on November 4, 1993 and December 6, 1993 on behalf of the appellant, and on November 22, 1993 on behalf of the respondents. The appellant is asking the Court for advice and directions, for permission to produce documents, and to examine certain witnesses, including an individual on behalf of the Minister. It is also requesting the Court to compel the attendance of a witness who is not a party to the proceedings. The respondents on the other hand are praying that the appeal be struck on the grounds that the issue between the parties is moot.

LE JUGE JOYAL: Le litige dont je suis saisi découle d'une série de requêtes déposées le 4 novembre 1993 et le 6 décembre 1993 au nom de l'appelante et le 22 novembre 1993 au nom des intimés. L'appelante demande à la Cour des conseils et des directives ainsi que l'autorisation de produire des documents et d'interroger certains témoins, y compris une personne représentant le ministre. Elle demande également à la Cour d'obliger une personne qui n'est pas partie au litige à venir témoigner. Pour leur part, les intimés demandent que l'appel soit annulé sur le fondement que le litige qui oppose les parties est théorique.

BACKGROUNDLE CONTEXTE

On December 23, 1992, the appellant filed an appeal pursuant to section 702 of the *Insurance Companies Act*, S.C. 1991, c. 47 [as am. by S.C. 1991, c. 47, s. 702(4)], from an order or direction of the Minister of Finance dated December 21, 1992, charging the Office of the Superintendent of Financial Institutions (OSFI) to take control of the appellant company pursuant to section 680 of the Act. The facts which seem to have brought about the appeal are as follows.

Le 23 décembre 1992, l'appelante a déposé un appel conformément à l'article 702 de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, ch. 47 [mod. par L.C. 1991, ch. 47, art. 702(4)], à l'égard d'un ordre ou d'un arrêté en date du 21 décembre 1992 par lequel le ministre des Finances a enjoint au Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) de prendre le contrôle de la société appelante conformément à l'article 680 de la Loi. Les faits qui semblent être à l'origine de l'appel sont les suivants.

The Superintendent of Financial Institutions, is appointed under the *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, being Part I of the *Financial Institutions and Deposit Insurance System Amendment Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, as amended, with the responsibility for the administration and enforcement of the *Insurance Companies Act*, the *Bank Act* [S.C. 1991, c. 46], the *Trust and Loan Companies Act* [S.C. 1991, c. 45], the *Cooperative Credit Associations Act* [S.C. 1991, c. 48] and the *Investment Companies Act* [R.S.C., 1985, c. I-22].

Le surintendant des institutions financières est désigné en vertu de la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, qui constitue la Partie I de la *Loi sur les institutions financières et modifiant le système d'assurance-dépôts*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18 et ses modifications, et chargé d'administrer et d'appliquer la *Loi sur les sociétés d'assurance*, la *Loi sur les banques* [L.C. 1991, ch. 46] la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* [L.C. 1991, ch. 45], la *Loi sur les associations coopératives de crédit* [L.C. 1991, ch. 48] et la *Loi sur les sociétés d'investissement* [L.R.C. (1985), ch. I-22].

On November 18, 1992 the Superintendent reported to the Minister of Finance, who presides over the OSFI, under subsection 680(1) of the *Insurance Companies Act*, that the circumstances described in subparagraphs 680(1)(b)(vii) and (ix) existed. Mainly the Superintendent was concerned that the assets of the appellant were not sufficient to give adequate protection to its policy holders and creditors and that Sovereign would not be able to pay its liabilities as they became due and payable.

After many exchanges by correspondence, the Minister directed the Superintendent to take control of the appellant pursuant to paragraph 680(2)(c) of the *Insurance Companies Act*. The Minister also requested, pursuant to section 684 of the same Act, that the Attorney General apply to the Court of Queen's Bench of Alberta for an order under the *Winding-up Act*, R.S.C., 1985, c. W-11, to wind-up the appellant.

On December 23, 1992, the appellant filed the within notice of appeal from the direction of the Minister that the Superintendent take control of the appellant. A supplementary notice of appeal was filed January 8, 1993.

On January 25, 1993, the Court of Queen's Bench of Alberta issued an order declaring the appellant insolvent pursuant to subsection 160(1) [as am. by S.C. 1991, c. 47, s. 748] of the *Winding-up Act* and ordered the winding-up of the appellant. The Superintendent of Financial Institutions was appointed provisional liquidator of the estate and effects of the appellant. He was authorized to retain the services of Peat Marwick Thorne Inc. to act as his agent in administering the liquidation of the appellant.

By order dated April 14, 1993, the Court of Queen's Bench of Alberta, upon an application of the provisional liquidator, constituted a committee composed of five former directors of the appellant with power to provide legal instructions, advice, information and direction to McCarthy, Tétrault for the purpose of prosecuting the within appeal.

Le 18 novembre 1992, le surintendant a remis au ministre des Finances, qui préside le BSIF, un rapport aux termes du paragraphe 680(1) dans lequel il a indiqué que les circonstances décrites aux sous-alinéas 680(1)(b)(vii) et (ix) existaient. Le surintendant estimait principalement que l'appelante n'avait pas un actif suffisant pour assurer une protection adéquate à ses créanciers et souscripteurs et qu'elle n'était pas en mesure de payer ses dettes exigibles.

Après plusieurs échanges de correspondance, le ministre a enjoint au surintendant de prendre le contrôle de l'appelante, conformément à l'alinéa 680(2)c) de la *Loi sur les sociétés d'assurances*. Il a également demandé au procureur général, conformément à l'article 684 de la même Loi, de requérir à l'encontre de l'appelante, devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, l'ordonnance de liquidation prévue dans la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. (1985), ch. W-11.

Le 23 décembre 1992, l'appelante a déposé le présent avis d'appel à l'égard de l'ordre du ministre concernant le contrôle. Un avis d'appel supplémentaire a été déposé le 8 janvier 1993.

Le 25 janvier 1993, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rendu une ordonnance dans laquelle elle a déclaré l'appelante insolvable, conformément au paragraphe 160(1) [mod. par L.C. 1991, ch. 47, art. 748] de la *Loi sur les liquidations*, et a ordonné la liquidation de l'appelante. Le surintendant des institutions financières a été désigné liquidateur provisoire de l'actif et des biens de l'appelante et a été autorisé à confier à Peat Marwick Thorne Inc. le mandat d'administrer la liquidation de l'appelante.

Par ordonnance en date du 14 avril 1993, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, à la demande du liquidateur provisoire, a créé un comité composé de cinq ex-administrateurs de l'appelante et autorisé à donner des instructions juridiques, des conseils, des renseignements et des directives à McCarthy, Tétrault aux fins du présent appel.

On July 15, 1993, pursuant to subsection 162(3) of the *Winding-up Act*, the Court of Queen's Bench of Alberta approved the transaction for the proportional reinsurance of the insurance policies of the appellant pursuant to an agreement between Sovereign and Standard Life Assurance Company. Leave to appeal from the order was dismissed by the Alberta Court of Appeal. These transactions were approved by Treasury Board pursuant to section 162 of the *Winding-up Act*.

The reinsurance transaction with Standard closed on July 31, 1993, effective as of December 21, 1992 and the insurance policies were transferred to Standard. These policies constituted approximately 97% of the appellant's total policy liabilities.

By order dated July 14, 1993, the Circuit Court for the County of Ingham in the State of Michigan ordered the liquidation of the appellant's assets in the U.S. and appointed a liquidator. The U.S. insurance policies of Sovereign have been reinsured with Franklin Life Insurance Company.

On December 2, 1993 an agreement was closed between the appellant and Seaboard Life Insurance Company for the Canadian policies excluded from the Standard transaction. All of the insurance policy liabilities and all of the assets of the appellant have therefore been transferred to other insurance companies.

ISSUES

The questions before me relate to the production of documents, to the examination of witnesses, and to leave to compel a witness to testify even if he or she is not a party to this claim. The other issue before me is whether this appeal should be struck as it has become moot. I believe that the most logical way to deal with the issues is to start with the motion filed by the respondent as to whether this appeal should be struck. If this is so, there will be no reason to examine the other issues.

Le 15 juillet 1993, conformément au paragraphe 162(3) de la *Loi sur les liquidations*, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a approuvé l'opération relative à la réassurance proportionnelle des polices d'assurance de l'appelante selon les conditions de l'entente conclue entre La Souveraine et la Compagnie d'assurance Standard Life. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'autorisation d'interjeter appel contre l'ordonnance. Le Conseil du Trésor a approuvé ces opérations conformément à l'article 162 de la *Loi sur les liquidations*.

L'opération relative à la réassurance, qui est entrée en vigueur rétroactivement au 21 décembre 1992, a été conclue de façon définitive avec la Standard Life le 31 juillet 1993 et les polices d'assurance ont été transférées à celle-ci. Ces polices constituaient environ 97 p. 100 du total des dettes de l'appelante au titre des polices.

Par ordonnance datée du 14 juillet 1993, la Cour de circuit du comté d'Ingham, de l'État du Michigan, a ordonné la liquidation de l'actif de l'appelante aux États-Unis et nommé un liquidateur. Les polices d'assurance de La Souveraine qui étaient détenues aux États-Unis ont été réassurées auprès de la Franklin Life Insurance Company.

Le 2 décembre 1993, l'appelante a conclu une entente avec la Compagnie d'Assurance-vie Seaboard à l'égard des polices détenues au Canada et exclues de l'opération conclue avec la Standard Life. Toutes les dettes au titre des polices d'assurance et la totalité de l'actif de l'appelante ont donc été transférées à d'autres sociétés d'assurance.

QUESTIONS EN LITIGE

Les questions dont je suis saisi concernent la production de documents, l'interrogatoire de témoins et l'autorisation d'obliger une personne à témoigner, même si elle n'est pas partie au présent litige. L'autre question que je dois trancher est celle de savoir si le présent appel devrait être annulé parce que le litige est devenu théorique. Je crois que la façon la plus logique de procéder est de commencer par l'examen de la requête en annulation de l'appel déposée par les intimés. Si cette requête est bien fondée, il n'y aura pas lieu d'examiner les autres questions.

FINDINGS1) Motion to strike as the appeal has become moot

The appellant is seeking to set aside the direction of the Minister of Finance to the Superintendent which reads:

I hereby direct you, pursuant to paragraph 680(2)(c) of the *Insurance Companies Act*, to take control of the Sovereign Life Insurance Company.

Under an appeal of such direction, the Court has the following powers pursuant to section 702 of the *Insurance Companies Act*:

702. . . .

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

(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 redetermination.

The respondents first of all raise the issue of *functus*. They argue that the Superintendent, who took control under section 680 of the *Insurance Companies Act*, lost control when the two orders were made on January 25, 1993 under the *Winding-up Act* by the Court of Queen's Bench of Alberta. These orders permitted the Superintendent to take control of the appellant in his capacity as liquidator for the purpose of winding-up the company. The respondents submit therefore that the Superintendent no longer had control of the appellant as a Superintendent under the *Insurance Companies Act* once the winding-up order was made. Therefore the direction of the Minister, under paragraph 680(2)(c) of the *Insurance Companies Act*, has been spent so that there is nothing to refer back to the Minister. Setting aside the decision will serve no useful purpose. The appellant is no longer operating as an insurance company since all its insurance policies have been divested.

The respondents rely more on the doctrine of mootness as grounds to quash the appeal. The respondents argue, as stated in *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis*, [1944] 1 All E.R. 469 (H.L.) and *CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk et al.*,

CONCLUSIONS1) Requête en annulation de l'appel parce que le litige est devenu théorique

L'appelante demande l'annulation de l'ordre par lequel le ministre des Finances enjoignait au surintendant:

[TRADUCTION] . . . conformément à l'alinéa 680(2)c) de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, de prendre le contrôle de La Souveraine, Compagnie d'assurance-vie.

Lorsqu'un appel est interjeté à l'égard d'un ordre de cette nature, la Cour a le pouvoir suivant en vertu de l'article 702 de la *Loi sur les sociétés d'assurances*:

702. . . .

(2) La Cour fédérale statue sur l'appel en prenant au choix l'une des décisions suivantes:

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.

Les intimés soulèvent d'abord la question du *functus*. Ils soutiennent que le surintendant, qui a pris le contrôle aux termes de l'article 680 de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, l'a perdu lorsque la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rendu les deux ordonnances fondées sur la *Loi sur les liquidations* le 25 janvier 1993. Ces ordonnances permettaient au surintendant de prendre le contrôle de l'appelante à titre de liquidateur pour liquider l'entreprise. Les intimés soutiennent donc que le surintendant n'avait plus le contrôle de l'appelante comme surintendant en vertu de la *Loi sur les sociétés d'assurances* lorsque l'ordonnance de liquidation a été rendue. L'ordre du ministre aux termes de l'alinéa 680(2)c) de la *Loi sur les sociétés d'assurances* a été entièrement exécuté, de sorte qu'il n'y a aucune question à renvoyer au ministre. L'annulation de la décision ne servirait aucune fin utile. L'appelante ne poursuit plus d'activités à titre de société d'assurance puisque toutes ses polices d'assurance ont été transférées.

Les intimés se fondent davantage sur la doctrine du caractère théorique du litige pour demander l'annulation de l'appel. Ils soutiennent, comme on l'a dit dans les affaires *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis*, [1944] 1 All E.R. 469 (H.L.) et *CTV Television*

[1972] 3 O.R. 338 (C.A.), that there has to exist, between parties, actual controversy which the Court undertakes to resolve.

The doctrine of mootness was described by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, 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. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice.

The criteria for exercise of the Court's discretion in moot cases involves a two-step analysis, again, at page 353:

First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term "moot" applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the "live controversy" test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

The respondents suggest that the issues have become academic as there is no insurance business on which the Minister can make a re-determination, since the Superintendent no longer has control of the appellant and the company is in the final stages of being wound-up.

The appellant's position is that the appeal is not moot, and submits that the Alberta Court properly appointed a provisional liquidator to control assets of

Network Ltd. v. Kostenuk et al., [1972] 3 O.R. 338 (C.A.), qu'il doit exister entre les parties une controverse véritable que la Cour doit trancher.

La doctrine relative au caractère théorique a été décrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, 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. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer.

La démarche relative à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans les litiges théoriques comporte une analyse en deux temps, à la page 353:

En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot «théorique» (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est «théorique» si elle ne répond pas au critère du «litige actuel». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient.

Les intimés soutiennent que les questions sont devenues théoriques, parce qu'il n'y a aucune entreprise au sujet de laquelle le ministre peut rendre une nouvelle décision, le surintendant n'ayant plus le contrôle de l'appelante et la société étant sur le point d'être liquidée.

Pour sa part, l'appelante allègue que l'appel n'est pas théorique et que la Cour de l'Alberta a nommé à bon droit un liquidateur provisoire pour contrôler

the appellant which include this appeal. The provisional liquidator, who is in fact the OSFI, recommended to the Court of Queen's Bench that the within appeal proceed. Furthermore, counsel for the Attorney General of Canada did not oppose the order of the Alberta Court which appointed ex-directors to advise counsel for this appeal.

The appellant submits that to declare the appeal moot would give no effect to the appeal provisions of the *Insurance Companies Act*. Once the control order is issued, all parties will often conclude that it is in the best interest of all parties concerned that winding-up procedures commence. The appeal is not moot since if it is successful, it will allow for policy holders, employees, creditors and others to commence proceedings for potential damage claims.

The appellant suggests that even if the Court should conclude the appeal to be moot, the Court should exercise its discretion to allow the appeal to be heard. It is public interest that a control order be issued in a proper manner. The Minister should not evade review since these types of procedures, in which the appeal cannot be determined until after the winding-up of the company, are bound to re-surface. The appellant acknowledges that the only remedy available to it will be to set aside the decision, but it argues that it will help to determine how the powers under the Act are to be exercised by the Minister and this may open an avenue for a claim in damages.

Although I tend to conclude that this matter in reality is moot, I can not come to the conclusion that the appeal should be struck. The Court of Queen's Bench of Alberta felt it necessary to appoint representatives to direct this appeal, under the application of the provisional liquidator. I feel I should respect the view that the appeal may resolve certain issues as to what proper steps must be taken before the Minister can issue a control order. The appellant, as it submits, may also have a claim for damages through CompCorp, once the determination of this appeal is made.

l'actif de l'appelante, lequel actif comprend le présent appel. Le liquidateur provisoire qui, en réalité, est le BSIF, a recommandé à la Cour du Banc de la Reine de permettre que le présent appel procède. En outre, l'avocat du procureur général du Canada n'a pas contesté l'ordonnance dans laquelle la Cour de l'Alberta a nommé des ex-administrateurs pour aviser l'avocat agissant dans le présent appel.

Selon l'appelante, si le litige était déclaré théorique, les dispositions de la *Loi sur les sociétés d'assurances* qui concernent l'appel deviendraient inopérantes. Lorsqu'un ordre de contrôle est délivré, toutes les parties concluront dans bien des cas qu'il est préférable, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, de procéder à la liquidation. L'appel n'est pas théorique puisque, s'il est accueilli, il permettra aux souscripteurs, aux employés, aux créanciers et à d'autres personnes d'engager des poursuites en dommages-intérêts.

L'appelante fait valoir que, même si la Cour en venait à la conclusion que l'appel est théorique, elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à permettre l'audition de l'appel. Un ordre de contrôle doit, dans l'intérêt public, être délivré de façon appropriée. Le ministre ne devrait pas chercher à éviter de réexaminer l'affaire puisque ces types de procédures, où l'appel ne peut être réglé qu'après la liquidation de l'entreprise, doivent inévitablement refaire surface. L'appelante reconnaît que la seule réparation dont elle dispose sera l'annulation de la décision, mais elle soutient que cette annulation permettra de déterminer comment le ministre doit exercer les pouvoirs que la Loi lui confère, ce qui peut ouvrir la voie à des poursuites en dommages-intérêts.

Même si j'ai tendance à penser que le litige en l'espèce est effectivement théorique, je ne puis en arriver à la conclusion que l'appel devrait être annulé. La Cour du Banc de la Reine a jugé nécessaire de nommer des représentants aux fins du présent appel, à la demande du liquidateur provisoire. Je devrais tenir compte de l'opinion selon laquelle l'appel peut permettre de trancher certaines questions quant aux mesures appropriées qui doivent être prises avant que le ministre ne puisse délivrer un ordre de contrôle. Comme l'appelante le soutient, elle peut aussi avoir droit à des dommages-intérêts au moyen d'une action

Should this appeal be struck, it would render moot, if I may use the term, any appeal under the *Insurance Companies Act*. Perhaps the market realities respecting the financial security of policy holders or others was not contemplated by the legislator when an appeal to the Federal Court was provided. These realities impose that once a control order is issued, damage control must be instituted quickly and winding-up will follow immediately. As a result, there is no time to perfect the appeal procedure before, as the respondents have put it themselves, any challenge becomes moot. I should not think that a statutory right of appeal should be struck in that fashion.

I will therefore submit my findings on the other issues before me.

2) Production of Documents & Examination of Witnesses

The appellant submits that the appeal case filed by the respondents does not include all the relevant documents pursuant to Rule 1305 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] which provides:

Rule 1305. The appeal shall be upon a case that shall consist (unless, in any case, the interested persons otherwise agree or the Court otherwise orders upon the application of an interested person, the Deputy Attorney General of Canada, or counsel specially appointed to apply on behalf of the tribunal) of

- (a) the order or decision appealed from and any reasons given therefor;
- (b) all papers relevant to the matter before the tribunal whose order or decision is the subject of the appeal (hereinafter referred to as "the tribunal") that are in the possession or control of the tribunal;
- (c) a transcript of any verbal testimony given during the hearing, if any, giving rise to the order or decision appealed from;
- (d) any affidavits, documentary exhibits or other documents filed during any such hearing;
- (e) any physical exhibits filed during any such hearing.

intentée par CompCorp, une fois que le présent appel sera réglé.

Si le présent appel devait être annulé, tout appel fondé sur la *Loi sur les sociétés d'assurances* deviendrait pour ainsi dire théorique. Le législateur n'a peut-être pas tenu compte des réalités du marché touchant la sécurité financière des souscripteurs ou d'autres personnes lorsqu'il a prévu la possibilité d'interjeter appel devant la Cour fédérale. En fait, dès qu'un ordre de contrôle est délivré, le contrôle des dommages doit être entrepris rapidement et la liquidation suivra immédiatement. En conséquence, il n'est pas possible, faute de temps, de terminer la procédure d'appel avant, comme les intimés l'ont dit eux-mêmes, que tout litige ne devienne théorique. Je ne crois pas qu'un droit d'appel d'origine législative devrait être annulé de cette façon.

Je procède donc à l'examen des autres questions dont je suis saisi.

2) Production des documents et interrogatoire des témoins

L'appelante soutient que le dossier d'appel produit par les intimés ne comprend pas tous les documents pertinents conformément à la Règle 1305 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], dont le libellé est le suivant:

Règle 1305. La cause est présentée en appel sous forme de dossier qui doit être constitué (sauf, en tout cas, convention contraire entre les personnes intéressées ou ordre contraire donné par la Cour sur demande d'une personne intéressée, du sous-procureur général du Canada ou d'un conseil nommé spécialement pour faire cette demande pour le compte du tribunal) par

- (a) l'ordonnance ou la décision portée en appel ainsi que ses motifs;
- (b) toutes les pièces pertinentes, en ce qui concerne l'affaire soumise au tribunal dont l'ordonnance ou la décision fait l'objet de l'appel (ci-après appelé «le tribunal») et qui a abouti à l'ordonnance ou à la décision portée en appel, qui sont en la possession ou sous le contrôle du tribunal;
- (c) une transcription de toute déposition orale faite au cours de l'audition qui, le cas échéant, a abouti à l'ordonnance ou à la décision portée en appel;
- (d) les affidavits, les documents déposés au cours de cette audition, comme pièces ou à un autre titre;
- (e) les objets déposés comme pièces au cours de cette audition.

The appellant is seeking to have disclosure of the following documents which I transcribe from the annex of the affidavit of Mr. John White:

1. Times and records of all meetings, discussions, phone calls, and comments of the substance thereof including any notes and memos concerning Sovereign Life Insurance Company ("Sovereign") between the Office of the Superintendent of Financial Institutions ("OSFI"), Department of Justice ("Justice") and Department of Finance Personnel ("Finance"), The Minister of State (Finance), the Minister of Finance or their exempt staff, the Prime Minister's Office ("PMO") or Privy Counsels Office ("PCO") with members or representatives of:

(a) Canadian Life and Health Insurance Association ("CLHIA")

(b) CompCorp

(c) Standard Life Assurance

(d) Sun Life Insurance

(e) Sovereign staff

(f) Sovereign Board members or former Board Members

(g) William M. Mercer Ltd.

(h) Peat Marwick Thorne Inc. as Agents of the Provisional Liquidator

(i) Eckler Partners Ltd.

in 1992 and up to including 21 December 1992.

2. Preparatory notes, minutes, and records of any OSFI, CompCorp, Finance, Justice, or Ministerial staff concerning the two meetings with Sovereign Board members and OSFI representatives in Ottawa and Toronto in October and November, 1992.

3. Details of all studies, analyses, and notes prepared by OSFI staff on the issue of commercial mortgage default incidence and severity.

4. Details of all notes to file and attendance at meetings and phone calls of OSFI staff or representatives in connection with the preparation and publication of the CIA/CLHIA and Society of Actuaries commercial mortgage default studies.

5. Details of all studies, analyses, and notes prepared by OSFI, Finance, Justice staff on Sovereign or its representatives which were presented to the Minister of State, and in particular any actuarial opinion or analysis.

6. Production or true copies of all material relating to Sovereign provided to OSFI from Eckler Partners and notes, memos, analyses thereon.

L'appelante demande la communication de la liste des documents suivants que je reproduis de l'annexe jointe à l'affidavit de M. John White:

- [TRADUCTION] 1. Les fiches de temps et les comptes rendus de toutes les réunions, discussions, appels téléphoniques et commentaires s'y rapportant, y compris les notes concernant La Souveraine, Compagnie d'Assurance-vie («La Souveraine»), entre le personnel du Bureau du surintendant des institutions financières («BSIF»), du ministère de la Justice («Justice») et du ministère des Finances («Finances»), le ministre d'État aux finances, le ministre des Finances ou leur personnel exempt, le Bureau du premier ministre («BPM») ou le Bureau du Conseil privé («BCP») et des membres ou représentants de:

a) l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes («ACCAP»)

b) CompCorp

c) la Compagnie d'assurance Standard Life

d) la Sun Life, Compagnie d'assurance-vie

e) le personnel de La Souveraine

f) les membres ou ex-membres du conseil d'administration de La Souveraine

g) William M. Mercer Ltd.

h) Peat Marwick Thorne Inc., à titre de mandataire du liquidateur provisoire

i) Eckler Partners Ltd.

en 1992 et par la suite, jusqu'au 21 décembre 1992.

2. Les notes préparatoires, les procès-verbaux et les comptes rendus de tout membre du personnel du BSIF, de CompCorp, des Finances, de la Justice ou du ministre au sujet des deux réunions tenues avec les membres du conseil d'administration de La Souveraine et des représentants du BSIF à Ottawa et à Toronto en octobre et novembre 1992.

3. Les détails concernant toutes les études, analyses et notes préparées par le personnel du BSIF au sujet du défaut de paiement du prêt hypothécaire commercial.

4. Les détails de toutes les notes au dossier, de la présence aux réunions et des appels téléphoniques du personnel ou des représentants du BSIF à l'égard de la préparation ou de la publication des études de l'ICA/ACCAP et de la Society of Actuaries au sujet du défaut relatif aux prêts hypothécaires commerciaux.

5. Les détails relatifs à toutes les études, analyses et notes préparées par le personnel du BSIF, des Finances et de la Justice concernant La Souveraine ou ses représentants et présentées au ministre d'État, notamment les opinions ou analyses actuarielles.

6. Les originaux ou des copies conformes de tous les documents liés à La Souveraine et fournis par Eckler Partners au BSIF ainsi que les notes et analyses s'y rapportant.

7. Times, records of all meetings, discussions and phone calls between OSFI staff or representatives and the Minister of Finance, Minister of State or findings of the Minister of State, including records of any staff seconded from OSFI to provide advice to either Minister, their staffs or advisors in 1992 on or before 21 December 1992.

8. The monthly status reports provided to the Minister of State by OSFI.

The position of the appellant is that documents which a party believes to be relevant should be disclosed if there is a reasonable opportunity that it will impair one from fully answering all issues of its particular case. This was the test elaborated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The appellant believes that the documents enumerated above are relevant to establish what was relied upon by the Minister before he made his decision.

The respondents' position on this issue is that they have already given copies of the relevant documents and have certified this at the end of their appeal case. Except for a few pages inadvertently missing which the respondents have consented to produce, they submit that "there is nothing of substance" to be added.

As to the witnesses, the appellant concedes that the *Federal Court Rules* may not allow for their examinations in statutory appeals, but submits that this is a unique kind of appeal and the Court should provide for the widest possible latitude to ensure that proper evidence be brought before the Court. The appellant refers to the Rule 5 of the *Federal Court Rules* for authority that the Court may adopt provincial procedure: the Rules of the *Alberta Rules of Court* [Alta. Reg. 390/68] allow for the examination of witnesses and production of documents in all proceedings.

The respondents argue that Rule 400 to Rule 507 of the *Federal Court Rules*, dealing with production of documents and examination for discovery do not apply to appeals but to ordinary actions. For example, Rule 457 [as am. by SOR/90-846, s. 15] provides that a party may examine an adverse party for discov-

7. Les fiches de temps et les comptes rendus de toutes les réunions, discussions et appels téléphoniques entre le personnel ou des représentants du BSIF et le ministre des Finances et le ministre d'État ou les conclusions de celui-ci, y compris les comptes rendus des membres du personnel détachés du BSIF pour donner des avis à l'un ou l'autre des ministres, leur personnel ou leurs conseillers en 1992, jusqu'au 21 décembre de la même année.

8. Les rapports mensuels que le BSIF a remis au ministre d'État.

Selon l'appelante, les documents qu'une partie estime pertinents devraient être divulgués, s'il est raisonnablement possible que l'absence de ces documents l'empêche de répondre pleinement à toutes les questions de sa cause. C'est le critère que la Cour suprême du Canada a formulé dans l'affaire *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. L'appelante soutient que les documents susmentionnés sont pertinents, parce qu'ils permettent de déterminer les éléments sur lesquels le ministre s'est fondé pour en arriver à sa décision.

Les intimés allèguent quant à eux qu'ils ont déjà remis des copies des documents pertinents, comme ils l'ont certifié à la fin de leur dossier conjoint de la cause en appel. À l'exception de quelques pages qui ont été oubliées par inadvertance et que les intimés ont consenti à produire, ils soutiennent [TRADUCTION] «qu'il n'y a rien d'important» à ajouter.

Quant aux témoins, l'appelante admet que les *Règles de la Cour fédérale* ne permettent peut-être pas leur interrogatoire dans des appels d'origine législative, mais elle fait valoir qu'il s'agit d'un appel unique et que la Cour devrait exercer son pouvoir de la façon la plus large qui soit pour s'assurer qu'elle a devant elle les éléments de preuve appropriés. L'appelante cite la Règle 5 des *Règles de la Cour fédérale*, qui permet à la Cour d'adopter la procédure provinciale: les dispositions des *Alberta Rules of Court* [Alta. Reg. 390/68] permettent l'interrogatoire de témoins et la production de documents dans toutes les instances.

Les intimés contestent en disant que les Règles 400 à 507 des *Règles de la Cour fédérale*, qui portent sur la production de documents et l'interrogatoire préalable, ne s'appliquent pas aux appels, mais seulement aux actions ordinaires. Ainsi, la Règle 457 [mod. par DORS/90-846, art. 15] prévoit qu'une partie peut

ery where “pleadings” are closed. Such “pleading”, defined in Rule 2, means any document whereby an “action” was initiated. The respondents submit that an “action” does not include an appeal.

I believe the appellant has a right to all material which will help to prepare its case. If the documents which are listed above exist, which the respondents have not denied, I believe they should be disclosed to the appellant. This is to assure that the requirements of Rule 1305 have been met. The respondents mentioned that some of the information contained in the documents are subject to solicitor-client privilege or Cabinet confidence or privilege under section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. I do not know to which documents the respondents refer and I will grant in any event the motion for disclosure. If the respondents feel that some information should not be produced due to confidence or privilege, they should bring a further motion to this Court to better explain their position.

As to the witnesses, procedural fairness requires that the appellant have a chance to examine them. The appeal before this Court is not a regular appeal where a prior trial has occurred. This appeal is the first opportunity, as is the case in a trial, to gather all the relevant information. Following the principles enunciated in *Palmer et al. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759 and in *R. v. Werry* (1976), 13 N.R. 20 (F.C.A.), considering that no trial *per se* has occurred, and not forgetting that this type of appeal pursuant to section 702 of the *Insurance Companies Act* is a first, I will allow for the discovery of the witnesses as requested by the appellant.

I would ask counsel to prepare and submit a draft order for my endorsement. Should counsel not come

interroger au préalable une partie adverse lorsque la contestation est liée, c’est-à-dire, selon la version anglaise de cette Règle, «*where the pleadings* (ou plaidoiries écrites) *are closed*». Selon la Règle 2, une plaidoirie écrite est tout acte par lequel une «action» a été engagée. D’après les intimés, l’«action» ne comprend pas un appel.

J’estime que l’appelante a le droit de connaître tous les éléments susceptibles de l’aider à préparer sa cause. Si les documents susmentionnés existent, ce que les intimés n’ont pas nié, je crois qu’ils devraient être communiqués à l’appelante, afin d’assurer le respect des exigences énoncées à la Règle 1305. Les intimés ont mentionné que certains des renseignements contenus dans les documents sont assujettis au secret professionnel de l’avocat ou à un privilège lié aux documents confidentiels du Cabinet ou prévu à l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144]. J’ignore à quels documents les intimés font allusion et, à tout événement, j’accorde la demande de divulgation de documents. Si les intimés estiment que certains renseignements ne devraient pas être divulgués, parce qu’ils sont confidentiels ou qu’ils font l’objet d’un privilège, ils devraient présenter une autre requête devant notre Cour pour mieux expliquer leur position.

Quant aux témoins, l’appelante devrait avoir, au nom de l’équité de la procédure, la possibilité de les interroger. L’appel en l’espèce n’est pas un appel régulier qui a été précédé d’une instruction. Il constitue donc la première occasion, tout comme une instruction en première instance, de réunir tous les renseignements pertinents. Compte tenu des principes énoncés dans les arrêts *Palmer et autre c. La Reine*, [1980] 1 S.C.R. 759, et *R. c. Werry* (1976), 13 N.R. 20 (C.A.F.), et du fait qu’aucune instruction en soi n’a eu lieu, sans oublier que ce type d’appel fondé sur l’article 702 de la *Loi sur les sociétés d’assurance* est le premier qui est présenté, je permets l’interrogatoire préalable des témoins comme le demande l’appelante.

Je demande aux avocats de préparer et de me soumettre un projet d’ordonnance pour que je l’ap-

to terms on it, I may be spoken to. In the meantime, I remain seized of the case.

prouve. Si les avocats ne peuvent s'entendre à ce sujet, ils pourront me consulter. Entre-temps, je demeure saisi du litige.

	T-1069-92		T-1069-92
Norway House Indian Band (Applicant)		La bande indienne de Norway House (requérante)	
v.		c.	
George N. Bass, Q.C. and Florence Jean Duncan (Respondents)		^a George N. Bass, c.r., et Florence Jean Duncan (intimés)	
and		et	
Assembly of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. (Intervenor)		^b Assembly of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. (intervenante)	
<i>INDEXED AS: NORWAY HOUSE INDIAN BAND v. CANADA (ADJUDICATOR, LABOUR CODE) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE NORWAY HOUSE c. CANADA (ARBITRE, CODE DU TRAVAIL) (1^{re} INST.)</i>	
Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, December 14, 1992; Ottawa, March 16, 1994.		Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 14 décembre 1992; Ottawa, 16 mars 1994.	
<i>Labour relations — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Adjudicator having jurisdiction — Labour relations field in regard to Indians manifesting federal competence, paramountcy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking or business — Meaning of "business" — Band subject to Canada Labour Code — Adjudicator exceeding jurisdiction by conducting hearing in patently unreasonable manner in not warning complainant of consequences of failure to testify, not applying consequences to her case, indifference to loss of opportunity to cross-examine, resulting in erroneous conclusions, apparent bias in drawing all adverse inferences against employer — Also erred in considering Band custom, disregarding cases on wrongful dismissal.</i>	^d	<i>Relations du travail — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — L'arbitre a compétence — Le champ des relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, indique l'existence de la compétence fédérale ainsi que la primauté fédérale — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale — Sens du mot «entreprise» — La bande est assujettie au Code canadien du travail — L'arbitre a excédé sa compétence en conduisant l'audience d'une manière manifestement déraisonnable, notamment en n'informant pas la plaignante des conséquences de son omission de témoigner, en n'appliquant pas les conséquences à son cas, en manifestant de l'indifférence en ce qui concerne la perte de possibilité de contre-interroger la plaignante, de sorte qu'il a tiré des conclusions erronées, en semblant faire preuve de partialité lorsqu'il a fait toutes les déductions défavorables à l'employeur — Il a également commis une erreur en tenant compte des coutumes de la bande, sans tenir compte de la jurisprudence en matière de congédiement injustifié.</i>	^e
<i>Judicial review — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Canada Labour Code, s. 243 providing every order of Adjudicator appointed under s. 242 final, not reviewable in any court — Review of case law on judicial review of such "protected" decisions — Court will transcend s. 243 only if adjudicator so patently unreasonably exceeded jurisdiction that perverted, evaded, avoided or contradicted will of Parliament — When issue going to tribunal's jurisdiction, standard governing judicial review that of correctness — Adjudicator must not make any error in exercising powers — Adjudicator conducting hearing in patently unreasonable manner — Although decision set aside, matter remaining adjudicated as no one to refer matter back to, outside Court's jurisdiction to either order Minister to appoint new adjudicator or order adjudicator to dismiss complaint as outcome uncertain — Decision set aside because of manner of conducting hearing.</i>	^f ^g ⁱ ^j	<i>Contrôle judiciaire — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — L'art. 243 du Code canadien du travail prévoit que les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu de l'art. 242 sont définitives et non susceptibles de recours judiciaire — Examen de la jurisprudence sur le contrôle judiciaire de pareilles décisions «protégées» — La Cour passe outre à l'art. 243 uniquement si l'arbitre a excédé sa compétence d'une façon si manifestement déraisonnable qu'il a abusé de la volonté du législateur, qu'il s'y est soustrait, qu'il l'a esquivée ou qu'il l'a contrariée — Lorsque le litige porte sur la compétence du tribunal, la norme qui régit le contrôle judiciaire est celle de la justesse — L'arbitre ne doit pas commettre d'erreur en exerçant ses pouvoirs — L'arbitre a conduit l'audience d'une façon manifestement déraisonnable — Bien que la décision ait été annulée, l'affaire demeure non réglée puisqu'il n'y a personne à qui la renvoyer,</i>	

Evidence — Adjudication of Canada Labour Code complaint Indian Band employee wrongfully indefinitely suspended without pay — Complainant failing to testify — Adjudicator criticizing employer for not calling certain evidence while not criticizing complainant — Not criminal trial where judge prohibited from admonishing accused to testify — While complainant not compelled to testify, consequences would be adverse inferences by Adjudicator — Adjudicator should have encouraged complainant to testify — Should have drawn all adverse inferences open to him — Review of cases, legal writing on failure to produce cogent evidence — Criminal law cases on loss of opportunity to cross-examine applicable herein.

Constitutional law — Distribution of powers — Labour relations in regard to Indians within federal competence, paramouncy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking, business.

Estoppel — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Before adjudicator parties agreeing employment in connection with federal work — Applicant not estopped from contesting Adjudicator's jurisdiction — If Adjudicator not having jurisdiction, never had jurisdiction and consent thereto immaterial.

Native peoples — Band subject to Canada Labour Code — Labour relations in regard to Indians within federal competence, paramouncy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking, business.

This was an application to set aside a decision of an Adjudicator appointed under the *Canada Labour Code*, section 242 that a Band employee had been unjustly dismissed. Section 242 is found within Division XIV of Part III of the Code dealing with unjust dismissal. Part III applied to employment in, or in connection with, the operation of any federal work, undertaking or business. The grounds for this application were: (1) that the Band did not come within that legislation because it was not a "federal work, undertaking or business", or (2) the Adjudicator had lost his jurisdiction because of his conduct of the hearing.

The respondent Duncan, who had been the complainant in the proceedings before the Adjudicator, was suspended without pay in February 1991 for an indefinite period for allegedly participating in certain activities to undermine and discredit the actions of the Chief and Band Council, specifically her alleged participation in an incident involving pushing and

et que la Cour n'a pas compétence pour enjoindre au ministre de désigner un nouvel arbitre ou d'ordonner à l'arbitre de rejeter la plainte puisque l'issue est incertaine — La décision est annulée à cause de la façon dont l'arbitre a conduit l'audience.

^a *Preuve — Règlement d'une plainte déposée en vertu du Code canadien du travail selon laquelle une employée de la bande indienne avait illicitement été suspendue sans rémunération pendant une période indéterminée — La plaignante n'a pas témoigné — L'arbitre a critiqué l'employeur pour ne pas avoir présenté certains éléments de preuve sans toutefois critiquer la plaignante — Il ne s'agit pas d'un procès au criminel dans lequel il est interdit au juge d'informer l'accusé qu'il doit témoigner — La plaignante n'était pas tenue de témoigner, mais cela donnerait lieu à des déductions défavorables de la part de l'arbitre — L'arbitre aurait dû encourager la plaignante à témoigner — Il aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu'il pouvait faire — Examen des arrêts et de la doctrine sur l'omission de présenter une preuve convaincante — Les affaires de droit pénal sur la perte de possibilité de contre-interroger un témoin s'appliquent en l'espèce.*

^b *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, relèvent de la compétence et de la primauté fédérale — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.*

^c *Fin de non-recevoir — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — Devant l'arbitre, les parties avaient convenu que l'emploi était exercé dans le cadre d'une entreprise fédérale — La requérante peut contester la compétence de l'arbitre — Si l'arbitre n'a pas compétence, il n'a jamais eu compétence et le fait qu'on a consenti à ce qu'il soit compétent n'est pas pertinent.*

^d *Autochtones — La bande est assujettie au Code canadien du travail — Les relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, relèvent de la compétence et de la primauté fédérales — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.*

^e Il s'agissait d'une demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre désigné en vertu de l'article 242 du *Code canadien du travail* avait statué qu'une employée de la bande avait injustement été congédiée. L'article 242 figure dans la section XIV de la partie III du Code, qui porte sur le congédiement injuste. La partie III s'applique à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale. Les motifs de la demande étaient: (1) que la bande n'était pas visée par la loi en question parce qu'elle n'était pas une «entreprise fédérale», ou (2) que l'arbitre avait perdu compétence à cause de la façon dont il avait conduit l'audience.

^f En février 1991, l'intimée Duncan, qui était la plaignante dans les procédures engagées devant l'arbitre, a été suspendue sans rémunération pendant une période indéterminée parce qu'elle avait apparemment participé à certaines activités visant à miner et à discréditer l'autorité du chef et du conseil de la bande et en particulier, parce qu'elle avait apparemment parti-

shouting which occurred at a radio station when the Chief and some councillors arrived to make an address. The Adjudicator summarized the testimony of several witnesses, and characterized the foundation for one eye-witness' conclusions as to the complainant not being respectful of elected leaders and trying to oust them from power as hearsay, and did not give much weight to it. The complainant's version of that incident was not given in testimony. Although there was no probative evidence that the complainant had signed a letter requesting that certain funds be held in abeyance until consent was given by the Band members, the Adjudicator accordingly found that this was not valid justification for any employee discipline. The Adjudicator said that in reaching his decision he had considered Band customs of exacting peace, siblinghood harmony, co-operation with and caring for one's neighbours, respecting all and defaming none. He "put little weight on the cases . . . which deal solely with wrongful dismissal." He interpreted the Code as developing the common law by being legislation dealing with unfair or unjust dismissal, and having in mind a broader range of problems than would be addressed if one were to read "unjust dismissal" as incorporating the substantive test of cause as propounded by the courts in wrongful dismissal cases. The applicant alleged that the Adjudicator appeared biased by not requiring the complainant to testify on matters from which he drew inferences adverse to the employer. The Band submitted that the resulting process and decision were unfair because the employer had not had an opportunity to cross-examine the complainant, and because the Adjudicator did not even consider drawing negative inferences against the complainant when he ought to have done so in light of her failure to testify. The respondent alleged that the applicant was estopped from arguing that the Adjudicator lacked jurisdiction because it had consented to the Adjudicator's jurisdiction in the first instance. Before the Adjudicator the parties had agreed that the complainant's employment was in connection with the operation of a federal work.

Code, section 243 provides that every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

Held, the application should be allowed.

The applicant was not estopped from contesting the Adjudicator's jurisdiction. If the Adjudicator had no jurisdiction, then he never had jurisdiction, and consent to his jurisdiction would be immaterial.

The Court will transcend the protective provisions of section 243 only if it is demonstrated that the Adjudicator has so patently unreasonably stepped outside of the jurisdiction which Parliament conferred that the Adjudicator can be clearly perceived to have perverted, evaded, avoided or contradicted the will of Parliament. When the issue goes to the jurisdiction of the tribunal, the standard governing judicial review of such protected decisions is one of correctness, meaning that the

cipé à une bousculade qui avait eu lieu à la station radiophonique lorsque le chef et certains conseillers étaient arrivés pour faire une annonce. L'arbitre a résumé la déposition de plusieurs témoins; il a qualifié de ouï-dire le fondement des conclusions tirées par un témoin oculaire au sujet du fait que la plaignante manquait de respect envers les chefs élus et essayait de leur faire perdre leur pouvoir, et n'y a pas accordé beaucoup d'importance. La plaignante n'a pas témoigné pour donner sa version des faits. Il n'existait aucune preuve probante que la plaignante avait signé une lettre dans laquelle on demandait que le paiement de certaines sommes soit suspendu tant que les membres de la bande n'auraient pas donné leur consentement; par conséquent, l'arbitre a conclu que ce n'était pas une justification valable permettant d'assujettir un employé à des mesures disciplinaires. L'arbitre a dit qu'en arrivant à sa décision, il avait tenu compte des coutumes de la bande, qu'il a décrites comme prônant la paix, l'harmonie, l'entraide et l'amour du prochain, le respect de tous et l'absence de calomnie. Il a [TRADUCTION] «accordé peu d'importance aux arrêts . . . se rapportant uniquement au congédiement injustifié». Il a interprété le Code comme développant la common law en tant que loi concernant le congédiement injuste, et comme visant une gamme plus étendue de problèmes que ceux qui seraient visés si l'on interprétait le «congédiement injuste» comme incorporant le critère de fond relatif à la cause, comme l'ont proposé les tribunaux dans les affaires de congédiement injustifié. Le requérant a allégué que l'arbitre semblait partial en n'obligeant pas la plaignante à témoigner au sujet de questions sur lesquelles il s'était fondé pour faire des déductions défavorables à l'employeur. La bande a soutenu que la procédure et la décision en résultant étaient inéquitables parce que l'employeur n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger la plaignante, et parce que l'arbitre n'avait même pas envisagé de faire des déductions défavorables à la plaignante, comme il aurait dû le faire, puisqu'elle avait omis de témoigner. L'intimée a allégué que la requérante ne pouvait pas soutenir que l'arbitre n'avait pas compétence étant donné qu'elle avait consenti en tout premier lieu à ce que l'arbitre soit compétent. Devant l'arbitre, les parties avaient convenu que la plaignante exerçait son emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale.

L'article 243 du Code prévoit que les ordonnances rendues par un arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives, et non susceptibles de recours judiciaire.

Jugement: la demande doit être accueillie.

La requérante pouvait contester la compétence de l'arbitre. Si l'arbitre n'avait pas compétence, il n'a jamais eu compétence, et le fait qu'on a consenti à ce qu'il soit compétent ne serait pas pertinent.

La Cour passe outre aux dispositions protectrices de l'article 243 uniquement si l'est démontré que l'arbitre a excédé d'une façon si manifestement déraisonnable la compétence que le législateur lui a conférée qu'il peut clairement être considéré qu'il a abusé de la volonté du législateur, qu'il s'y est soustrait, qu'il l'a esquivée ou qu'il l'a contrariée. Lorsque le litige porte sur la compétence du tribunal, la norme qui régit le contrôle judiciaire de pareilles décisions protégées est celle de la jus-

Adjudicator must not have made any error in exercising the powers conferred by Division XIV.

The Adjudicator had jurisdiction. Ordinarily labour relations fall within provincial jurisdiction as a matter of property and civil rights, but here the employer was a creature of Parliament and the employment operated under the *Indian Act*, all within the competence of the Parliament of Canada. Case law has established that the labour relations field in regard to "Indians, and Lands reserved for the Indians" manifests not only federal competence, but federal paramountcy. In order to find federal jurisdiction, it is necessary to further find that the creation of Indian bands, councils, and their workings do constitute a federal work, undertaking or business. In this context, "business" is what a government is to do, what powers it may wield pursuant to the Constitution. It does not connote commercial business for profit, but the constitutional array of legitimate legislative subjects of Parliament or the legislatures, and the activities generated therefrom. The creation, activities and operations of the applicant, and the work for which the applicant employed Ms. Duncan constituted a "federal work, undertaking or business" within the meaning of paragraph 2(i) of the *Canada Labour Code*.

If the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will exceed it only if it errs in a patently unreasonable manner. The Adjudicator's order herein had to be set aside because it was the result of patently unreasonable proceedings, considerations and conclusions. The eye-witness' account of the chaotic incident at the radio station was not hearsay. The complainant's version of that incident was not given in testimony, thus denying the employer's counsel the opportunity of cross-examination. In picking at the employer's witnesses' credibility, while blandly accepting testimony alleging malice on the Chief's part and remaining silent as to certain inconsistencies in that evidence, the Adjudicator's conduct gave rise to a reasonable apprehension of bias. Matters recounted in the Adjudicator's reasons cried out for the complainant's testimony, and the employer's opportunity to cross-examine her. Without the complainant's testimony in chief, tested by cross-examination, the Adjudicator was misled into making a wrong finding. He rejected one of the employer's main contentions without hearing the complainant's testimony as to whether the signature on the letter was hers or not. This disposition was an egregious error of fact and was patently unreasonable. The Adjudicator also displayed a lack of objectivity by criticizing the employer's failure to call evidence but never criticizing the complainant's failure to testify on many crucial, as well as peripheral issues.

Unless summoned to testify on subpoena, there is nothing in law to compel the complainant to testify, but she must thereby face the consequences, namely adverse inferences by the Adjudicator. He drew no adverse inferences regarding the com-

tesse, en ce sens que l'arbitre ne doit pas avoir commis d'erreur en exerçant les pouvoirs conférés par la section XIV.

L'arbitre avait compétence. Habituellement, les relations de travail relèvent de la compétence provinciale, à titre de question de propriété et de droit civil, mais en l'espèce, l'employeur a été créé par le Parlement et l'emploi était visé par la *Loi sur les Indiens*, tout cela, en vertu de la compétence du Parlement du Canada. La jurisprudence a établi que le champ des relations de travail, en ce qui concerne «les Indiens et les terres réservées aux Indiens», indique non seulement l'existence de la compétence fédérale, mais aussi de la primauté fédérale. Pour conclure à la compétence fédérale, il est en outre nécessaire de conclure que la création des bandes et conseils indiens et leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale. Dans ce contexte, le mot «entreprise» est ce que le gouvernement doit faire, les pouvoirs qu'il peut posséder en vertu de la Constitution. L'entreprise ne donne pas à entendre une entreprise commerciale à but lucratif, mais toute la gamme constitutionnelle des matières législatives légitimes relevant du Parlement et des assemblées législatives, et les activités qui en découlent. La création et les activités de la requérante, et le travail pour lequel cette dernière a employé M^{me} Duncan, constituaient une «entreprise fédérale» au sens de l'alinéa 2(i) du *Code canadien du travail*.

Si la question de droit en litige relève de la compétence du tribunal, celui-ci n'excède sa compétence que s'il commet une erreur manifestement déraisonnable. L'ordonnance de l'arbitre en l'espèce devait être annulée parce que c'était le résultat de procédures, de considérations et de conclusions manifestement déraisonnables. Le compte rendu du témoin oculaire au sujet de l'agitation qui régnait à la station radiophonique n'était pas du oui-dire. La version de la plaignante n'a pas été présentée dans le cadre d'un témoignage, de sorte que l'avocat de l'employeur n'a pas eu la possibilité de contre-interroger celle-ci. En s'attaquant à la crédibilité des témoins de l'employeur, tout en retenant aveuglément le témoignage dans lequel on alléguait la malveillance du chef, et en ne disant rien au sujet de certaines inconséquences figurant dans cet élément de preuve, l'arbitre a agi de façon à susciter à une crainte raisonnable de partialité. Dans ses motifs, l'arbitre a cité des questions sur lesquelles la plaignante aurait dû témoigner, et l'employeur avoir la possibilité de contre-interroger celle-ci. En l'absence du témoignage en chef de la plaignante, qu'un contre-interrogatoire aurait permis d'apprécier, l'arbitre a été amené à tirer une conclusion erronée. Il a rejeté l'une des principales prétentions de l'employeur, sans entendre le témoignage de la plaignante au sujet de la question de savoir si la signature figurant sur la lettre était la sienne. Cette décision constituait une grave erreur de fait et elle était manifestement déraisonnable. L'arbitre a également manifesté un manque d'objectivité en critiquant l'omission de l'employeur de présenter une preuve, sans jamais critiquer l'omission de la plaignante de témoigner sur de nombreuses questions primordiales ou secondaires.

À moins qu'elle ne soit citée comme témoin au moyen d'un subpoena, rien en droit ne contraint la plaignante à témoigner, mais elle doit alors faire face aux conséquences, à savoir les déductions défavorables que l'arbitre fait. L'arbitre n'a fait

plainant, only regarding the employer (Chief and Councillors) who did testify. The Adjudicator recited evidence which required the complainant to respond on pain of adverse inference. He should have warned the complainant about the consequences of failing to testify and encouraged her to testify. By not doing so he acquiesced in denying the employer the opportunity of cross-examination. Since she declined to testify on the substantive issues, the Adjudicator ought to have drawn all those adverse inferences open to him, which might have produced the dismissal of her complaint. The Adjudicator's failure in that regard gives the appearance of bias. His failure to warn, to give any heed to the legal concept of adverse inferences in regard to the complainant's case, his indifference to the employer's loss of opportunity to cross-examine the complainant, to relate that loss to the signature about which he came to the dubious and wrong conclusion without any testimony of the complainant on that matter and accordingly found no justification for employment discipline thereby, his apparent bias in drawing all, or almost all adverse inferences against the employer, evinced patently unreasonable conduct of the inquiry. All the above created a probability that if the Adjudicator had not failed in the above-recited respects, the result would have favoured the employer.

The Adjudicator's conclusions on unjust, as distinct from unlawful or illegal, dismissal and disregard for the case law on wrongful dismissal were a self-misdirection and egregious error in law. It was also an error of law to take account of Band customs in formulating conclusions of law. An Adjudicator appointed by secular authority must apply only secular law.

While affirming the allegations in the originating notice of motion, the Court could not proclaim that the Adjudicator was certainly biased. Although there was an appearance of bias, it was not a certainty. The Adjudicator was not a full-time, career, institutional board, commission or other tribunal, but an individual selected *ad hoc* and uniquely to perform a single, *one-time* adjudication, without any institutional expertise or collegiality. He was not a member of a board, commission or other tribunal to one of whose colleagues the adjudication could be referred to start all over again. The Court could neither order the Minister to appoint a new adjudicator nor on judicial review give the decision or order which the Adjudicator ought to have given. It could not order the Adjudicator to dismiss the complaint as it was not certain that he ought to have dismissed it—it was only certain that he approached his task and performed it in a patently unreasonable manner and came to a highly tainted conclusion which may be characterized as patently unreasonable. Thus, although the Adjudicator's decision must be set aside, the complaint remained unadjudicated.

aucune déduction défavorable au sujet de la plaignante, mais uniquement au sujet de l'employeur (le chef et les conseillers), qui a en fait témoigné. L'arbitre a mentionné les éléments de preuve auxquels la plaignante devait répondre, sous peine de faire l'objet de déductions défavorables. Il aurait dû informer la plaignante des conséquences de son omission de témoigner et l'encourager à témoigner. Il a ainsi consenti à refuser à l'employeur la possibilité de contre-interroger la plaignante. Étant donné que cette dernière a refusé de témoigner sur des questions de fond, l'arbitre aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu'il pouvait faire, et cela aurait pu entraîner le rejet de la plainte. L'omission de l'arbitre à cet égard donne l'apparence de partialité. Son omission d'avertir la plaignante, son omission de tenir compte de la notion juridique des déductions défavorables dans le cas de la plaignante, son indifférence en ce qui concerne la perte de possibilité de l'employeur de contre-interroger la plaignante, son omission d'établir un rapport entre cette perte et la signature au sujet de laquelle il est arrivé à une conclusion douteuse et erronée sans que la plaignante ne témoigne sur ce point, de sorte qu'il a conclu qu'il n'existait aucune justification permettant la prise de mesures disciplinaires, sa partialité apparente lorsqu'il a fait toutes, ou presque toutes, les déductions défavorables à l'employeur, montrent qu'il a conduit l'enquête d'une façon manifestement déraisonnable. Tout cela permettait de croire que le résultat aurait favorisé l'employeur, si l'arbitre ne s'était pas trompé en ce qui concerne les questions susmentionnées.

Les conclusions que l'arbitre a tirées sur le congédiement injuste, par opposition au congédiement illégal, ainsi que le fait qu'il n'a pas tenu compte de la jurisprudence sur le congédiement injustifié, constituaient une directive erronée qu'il s'était imposée et une grave erreur de droit. L'arbitre a également commis une erreur de droit lorsqu'il a tenu compte des coutumes de la bande en formulant des conclusions de droit. L'arbitre désigné par les autorités laïques doit appliquer uniquement le droit séculier.

Tout en confirmant les allégations qui ont été faites dans l'avis de requête introductive d'instance, la Cour n'a pas pu proclamer que l'arbitre était certainement partial. Il y avait apparence de partialité, mais ce n'était pas une certitude. L'arbitre n'était pas un office professionnel à plein temps, mais une personne spécialement choisie uniquement afin de rendre une seule décision, sans avoir d'expertise ou de collégialité institutionnelle. Il n'était pas membre d'un office auquel l'affaire pouvait être renvoyée pour réexamen par un autre membre. La Cour ne pouvait pas enjoindre au ministre de désigner un nouvel arbitre ou, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, rendre la décision ou l'ordonnance que l'arbitre aurait dû rendre. Elle ne pouvait pas ordonner à l'arbitre de rejeter la plainte étant donné qu'elle n'était pas certaine que celui-ci aurait dû la rejeter. Elle était uniquement certaine que l'arbitre avait abordé sa tâche et qu'il s'en était acquitté d'une façon manifestement déraisonnable et qu'il avait tiré une conclusion fortement entachée de vice, qui pouvait être considérée comme manifestement déraisonnable. Par conséquent, bien que la décision de l'arbitre doive être annulée, la plainte demeure non réglée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

- Assessment Act (The)*, R.S.O. 1914, c. 195.
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17), 18, 166, 167(1)(a),(b),(c),(3), 168(1), 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 241(3), 242 (as am. *idem*, s. 16), 243, 244. ^a
- 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], ss. 91, 92. ^b
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 76).
- 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), 57 (as am. *idem*, s. 19). ^c
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663. RR. 301.1 (as enacted by SOR/92-43, s. 2), 1101, 1611 (as enacted *idem*, s. 19), 1618 (as enacted *idem*).
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. ^d

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (T.D.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; (1993), 108 D.L.R. (4th) 1; 160 N.R. 321; *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Francis v. Canada Labour Relations Board*, [1981] 1 F.C. 225; (1980), 80 CLLC 14,048; 33 N.R. 56 (C.A.); *Qu'Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*, [1988] 2 F.C. 226; (1987), 10 C.H.R.R. D/5476; [1989] 2 C.N.L.R. 99; 14 F.T.R. 31 (T.D.); *Tobique Band Council v. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170; 87 N.R. 1 (F.C.A.); *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466; [1967] 60 W.W.R. 129 (Man. Q.B.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. CALPA* (1989), 59 D.L.R. (4th) 384; 95 N.R. 255 (F.C.A.); *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190; [1984] 2 W.W.R. 540; 29 Alta. L.R. (2d) 310; [1984] 1 C.N.L.R. 87 (C.A.). ^e

DISTINGUISHED:

- Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 S.C.R. 466; 30 D.L.R. 664. ^j

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Assessment Act (The)*, R.S.O. 1914, ch. 195.
- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2, 18, 166, 167(1)a),b),c),3), 168(1), 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 241(3), 242 (mod., *idem*, art. 16), 243, 244.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 643 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 76).
- 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, 92.
- 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 (édicteé, *idem*, art. 5), 57 (mod. *idem*, art. 19).
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 301.1 (édicteé par DORS/92-43, art. 2), 1101, 1611 (édicteé, *idem*, art. 19), 1618 (édicteé, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- 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.); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; (1993), 108 D.L.R. (4th) 1; 160 N.R. 321; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Francis c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1981] 1 C.F. 225; (1980), 80 CLLC 14,048; 33 N.R. 56 (C.A.); *Qu'Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226; (1987), 10 C.H.R.R. D/5476; [1989] 2 C.N.L.R. 99; 14 F.T.R. 31 (1^{re} inst.); *Conseil de la bande Tobique c. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170; 87 N.R. 1 (C.A.F.); *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466; [1967] 60 W.W.R. 129 (B.R. Man.); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. ACPLA* (1989), 59 D.L.R. (4th) 384; 95 N.R. 255 (C.A.F.); *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190; [1984] 2 W.W.R. 540; 29 Alta. L.R. (2d) 310; [1984] 1 C.N.L.R. 87 (C.A.). ^f

DISTINCTION FAITE AVEC:

- Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 R.C.S. 466; 30 D.L.R. 664.

CONSIDERED:

Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte et al.*, [1982] 1 S.C.R. 710; (1982), 134 D.L.R. (3d) 385; 82 CLLC 14,196; 44 N.R. 340; *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 Admin. L.R. 181; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 89 CLLC 14,050; 102 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 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; 150 N.R. 161; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 152 N.R. 1; *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (Sask. C.A.); *Louint Corporation v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 332; (1983), 2 D.L.R. (4th) 723; [1984] 2 W.W.R. 152; 77 C.P.R. (2d) 35 (T.D.); affd [1985] 2 F.C. 185; (1985), 19 D.L.R. (4th) 304; [1986] 6 W.W.R. 385; 6 C.P.R. (3d) 145; 59 N.R. 212 (C.A.); *Barnes v. Union SS. Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 267; (1954), 13 W.W.R.(N.S.) 72; 71 C.R.T.C. 334 (B.C.S.C.); affd [1955] 2 D.L.R. 564; (1955), 14 W.W.R. 673; 72 C.R.T.C. 280 (B.C.C.A.); *Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. v. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. and Thomson* (1989), 100 N.B.R. (2d) 136; 252 A.P.R. 136 (Q.B.); *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Bond v. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 N.B.R. (2d) 351 (Q.B.); *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, Re* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; 45 B.C.L.R. 258; 22 M.P.L.R. 318 (B.C.S.C.).

REFERRED TO:

Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co., [1953] 2 S.C.R. 18; [1953] 3 D.L.R. 561; 106 C.C.C. 225; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] S.C.R. 497; (1964), 44 D.L.R. (2d) 407; 67 CLLC 15,511; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *Public Service Alliance of Canada and Treasury Board and Econosult Inc.* (1988), 13 P.S.S.R.B. Decisions 6; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*, [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.); *Murray*

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte et autre*, [1982] 1 R.C.S. 710; (1982), 134 D.L.R. (3d) 385; 82 CLLC 14,196; 44 N.R. 340; *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 Admin. L.R. 181; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 89 CLLC 14,050; 102 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 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; 150 N.R. 161; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 152 N.R. 1; *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (C.A. Sask.); *Louint Corporation c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 332; (1983), 2 D.L.R. (4th) 723; [1984] 2 W.W.R. 152; 77 C.P.R. (2d) 35 (1^{re} inst.); conf. par [1985] 2 C.F. 185; (1985), 19 D.L.R. (4th) 304; [1986] 6 W.W.R. 385; 6 C.P.R. (3d) 145; 59 N.R. 212 (C.A.); *Barnes v. Union SS. Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 267; (1954), 13 W.W.R.(N.S.) 72; 71 C.R.T.C. 334 (C.S.C.-B.); conf. par [1955] 2 D.L.R. 564; (1955), 14 W.W.R. 673; 72 C.R.T.C. 280 (C.A.C.-B.); *Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. c. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. et Thomson* (1989), 100 N.B.R. (2d) 136; 252 A.P.R. 136 (B.R.); *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Bond c. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 R.N.-B. (2^e) 351 (B.R.); *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, Re* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; 45 B.C.L.R. 258; 22 M.P.L.R. 318 (C.S.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co., [1953] 2 R.C.S. 18; [1953] 3 D.L.R. 561; 106 C.C.C. 225; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] R.C.S. 497; (1964), 44 D.L.R. (2d) 407; 67 CLLC 15,511; *Union international des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *Alliance de la Fonction publique du Canada et Conseil du Trésor et Econosult Inc.* (1988), 13 Décisions de la C.R.T.F.P. 6; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*, [1986] 1 R.C.S. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; *R. v. Davidson* (1988), 42

v. Saskatoon, [1952] 2 D.L.R. 499; (1951), 4 W.W.R.(N.S.) 234 (Sask. C.A.).

C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.); *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; (1951), 4 W.W.R.(N.S.) 234 (C.A. Sask.).

AUTHORS CITED

Canadian Abridgment, second edition. vol. R15. Evidence. Toronto: Carswell, 1991. *a*
 Cross, Rupert Sir. *Cross on Evidence*, 7th Ed. by Rupert Cross and Colin Taper. London: Butterworths, 1990.
 Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.

DOCTRINE

Canadian Abridgment, second edition, vol. R15. Evidence, Toronto: Carswell, 1991.
 Cross, Rupert Sir. *Cross on Evidence*, 7th Ed. by Rupert Cross and Colin Taper. London: Butterworths, 1990.
 Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.

APPLICATION to set aside a labour adjudicator's decision that an Indian Band employee had been unjustly dismissed. Application allowed.

DEMANDE d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée d'une bande indienne avait injustement été congédiée. Demande accueillie.

COUNSEL:

Sidney Green, Q.C. for applicant and intervenor.

AVOCATS:

Sidney Green, c.r., pour la requérante et l'intervenante.

Martin J. Pollock for respondent Florence Jean Duncan. *d*

Martin J. Pollock pour l'intimé Florence Jean Duncan.

SOLICITORS:

Sidney Green, Q.C., Winnipeg, for applicant and intervenor. *e*

PROCUREURS:

Sidney Green, c.r., Winnipeg, pour la requérante et l'intervenante.

Pollock & Company, Winnipeg, for respondent Florence Jean Duncan.

Pollock & Company, Winnipeg, pour l'intimée Florence Jean Duncan.

APPEARANCE:

George N. Bass, Q.C., Brandon, Manitoba, appearing on his own behalf. *f*

A COMPARU:

George N. Bass, c.r., Brandon, Manitoba, pour son propre compte.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

MULDOON J.: The Assembly of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. was granted leave to intervene in this hearing of the application for judicial review pursuant to an order by Madam Justice McGillis dated September 29, 1992. It supports the applicant herein, and both organizations were represented by the same counsel, Sidney Green, Q.C. *g*

LE JUGE MULDOON: L'Assemblée of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. a obtenu l'autorisation d'intervenir dans l'audition de la demande de contrôle judiciaire, conformément à l'ordonnance rendue par Madame le juge McGillis le 29 septembre 1992. L'Assemblée appuie la requérante, et les deux organisations sont représentées par le même avocat, Sidney Green, c.r.

The applicant seeks to have set aside the decision dated April 21, 1992, of an adjudicator appointed pursuant to Division XIV—Part III of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. *i*

La requérante sollicite l'annulation de la décision rendue le 21 avril 1992 par un arbitre désigné conformément à la section XIV de la partie III du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

The applicant mounts two attacks against the jurisdiction of the Adjudicator, George N. Bass, Q.C. in *j*

La requérante conteste la compétence de l'arbitre, George N. Bass, c.r., en l'espèce pour deux motifs.

this matter. The first attack is to the effect that the Band, as respondent, whether by its council or by the totality of its individual members, does not come within the relevant sections of the Code which “are applicable only to a federal work, undertaking or business and the Norway House Indian Band is not a federal work, undertaking or business.” The reference is obviously made to section 167 in Part III of the Code, in which is included Division XIV. This issue relates to statutory jurisdiction. In the alternative, the applicant alleges that the Adjudicator lost his jurisdiction because in his conduct of the hearing and in formulating his decision he “erred in law in [12 various stated] respects” and that his “decision is based on erroneous facts and was made in a perverse or capricious manner without regard to the material before him as herein . . . enunciated.” This alternative issue relates to the Adjudicator’s loss of jurisdiction because of his conduct.

ESTOPPEL

The above-recited issues are truly what are in serious contention in these proceedings. However, the respondent Duncan, among the “points to be argued,” in her filed application record, raises the matter of the applicant’s alleged estoppel “from arguing before this Honourable Court that the adjudicator lacked jurisdiction due to the appellant [*sic*], as a party to the litigation, consenting to the adjudicator’s jurisdiction at first instance.” Indeed in Part II of his written decision, titled Jurisdiction, the Adjudicator stated that the parties, by counsel, had agreed that “Ms. Duncan’s employment was in, or in connection with the operation of a federal work: s. 167(1) Code” among other points tracking specific statutory provisions. The applicant contends that it is not estopped.

In support of her contention that the applicant is estopped from pursuing any remedy on judicial review, the respondent cites *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 S.C.R. 466, a case of which Mr. Justice Idington, in

Elle allègue en premier lieu que la bande, en sa qualité d’intimée, que ce soit par l’entremise de son conseil ou de ses membres individuels dans leur ensemble, n’est pas visée par les dispositions pertinentes du Code, lesquelles [TRADUCTION] «ne s’appliquent qu’aux entreprises fédérales, la bande indienne de Norway House n’étant pas une entreprise fédérale». Cette remarque se rapporte de toute évidence à l’article 167, figurant dans la partie III du Code, dans laquelle se trouve la section XIV. Cette question se rapporte à la compétence légale. Subsidiairement, la requérante allègue que l’arbitre a perdu sa compétence parce qu’en conduisant l’audience et en formulant sa décision, il [TRADUCTION] «a commis une erreur de droit à maints égards [soit pour douze motifs expressément énoncés]» et qu’il a rendu une «décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire, sans tenir compte des éléments dont il disposait, comme il en est ici . . . fait mention». Cette question subsidiaire se rapporte à la perte de compétence de l’arbitre en raison de sa conduite.

FIN DE NON-RECEVOIR

Les questions susmentionnées constituent réellement le nœud du litige en l’espèce. Toutefois, l’intimée Duncan, parmi les [TRADUCTION] «points à débattre», dans le dossier de demande qu’elle a déposée, soulève la question de la fin de non-recevoir, à savoir que la requérante ne pourrait apparemment pas [TRADUCTION] «soutenir devant la Cour que l’arbitre n’avait pas compétence, étant donné que l’appelante [*sic*], en sa qualité de partie au litige, a consenti en tout premier lieu à ce que l’arbitre soit compétent». De fait, dans la partie II de sa décision écrite, intitulée Compétence, l’arbitre a dit que les parties, par l’entremise de leurs avocats, avaient convenu que [TRADUCTION] «M^{me} Duncan exerçait son emploi dans le cadre d’une entreprise fédérale: paragraphe 167(1) du Code», parmi les autres points se rapportant à des dispositions légales précises. La requérante soutient qu’elle n’est pas assujettie à la fin de non-recevoir.

À l’appui de la prétention selon laquelle la requérante ne peut pas exercer un recours en contrôle judiciaire, l’intimée cite l’arrêt *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 R.C.S. 466, dans lequel le juge Idington, qui était dis-

dissent, wrote (at page 476) "This appeal comes to us under somewhat peculiar circumstances." So it did, but its *ratio* really has little to do with estoppel. That case of *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* concerned a municipal assessment appeal procedure around the township's purported taxation of the railway's bridge over the St. Lawrence River. *The Assessment Act*, R.S.O. 1914, c. 195, provided a series of appeals from imposed assessability: 1) township Court of Revision; 2) County Court Judge; 3) Ontario Railway and Municipal Board; and 4) the Divisional Court. The parties to the appeal, by consent, overleapt the second stage appeal to the county judge and presented themselves and the appeal to the board "as if it [the appeal] had gone before the county judge and we're appealing against an adverse decision of the county judge." At the outset the Board stated [at page 468] it had "no jurisdiction to entertain an appeal from the Court of Revision; an appeal only lies to the Board only from the county judge." However, it ultimately yielded in face of the parties' consent.

Chief Justice Sir Charles Fitzpatrick and Mr. Justice Idington dissented from the *ratio* of the majority holding, in effect, that where there is *ab initio* no jurisdiction vested in a tribunal to adjudicate a particular matter, all the consenting in the world cannot vest the tribunal with that jurisdiction, which was never conferred by appropriate legislation. Indeed the correctness of that posture is self-evident, for otherwise a tribunal created for a certain purpose (i.e. to entertain appeals from the county judge) could, if word got out, be recast into a different tribunal with a different caseload from that which the legislature created and foresaw. Consent cannot override the will of the legislature, provincial or federal.

The *ratio* of the *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* case appears to be a narrow reliance upon the fact that the face of the

sident, à dit ceci (à la page 476): [TRADUCTION] «L'appel qui a été porté devant nous est fondé sur des circonstances quelque peu particulières». C'était bien le cas, mais la *ratio* du juge a réellement fort peu à voir avec la fin de non-recevoir. L'arrêt *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* concernait une procédure d'appel de l'évaluation municipale, fondée sur la prétendue imposition par le canton d'un pont ferroviaire sur le Saint-Laurent. *L'Assessment Act* de l'Ontario, R.S.O. 1914, ch. 195, prévoyait une série d'appels de l'évaluation donnant lieu à une imposition devant: 1) la Cour de révision du canton; 2) le juge de la Cour de comté; 3) le Railway and Municipal Board de l'Ontario; et 4) la Cour divisionnaire. Les parties à l'appel, de gré à gré, avaient sauté par-dessus le deuxième palier d'appel devant le juge de la cour de comté et avaient porté l'appel devant la Commission [TRADUCTION] «comme s'il [l'appel] avait été porté devant le juge de la cour de comté, de sorte qu'elles] interjet[aient] appel contre une décision défavorable du juge de la cour de comté». Dès le début, la Commission a dit [à la page 468] qu'elle n'avait pas [TRADUCTION] «compétence pour entendre un appel de la Cour de révision; la Commission [pouvait] uniquement entendre un appel de la décision du juge de la cour de comté». Toutefois, elle s'est finalement pliée aux volontés des parties.

Le juge en chef, Sir Charles Fitzpatrick, et le juge Idington ne souscrivaient pas à la *ratio* du jugement de la majorité, à savoir que, lorsque le tribunal ne possède aucune compétence *ab initio* pour trancher une affaire particulière, toute la volonté du monde ne saurait lui conférer cette compétence, qui ne lui a jamais été dévolue de la façon appropriée par la loi. De fait, le bien-fondé de cette position est évident en soi, car autrement un tribunal créé à une certaine fin (à savoir pour connaître des appels des décisions du juge de la cour de comté) pourrait, si la chose se savait, être transformé en un tribunal différent saisi d'affaires différentes de celles que le législateur prévoyait. Le consentement des parties ne peut pas l'emporter sur la volonté du législateur provincial ou fédéral.

La *ratio* de l'arrêt *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* semble être fondée sur ce que la Cour s'est strictement appuyée sur le

Board's record contains no admission that it acted without jurisdiction, and so, according to Messrs. Justices Davies, Duff and Anglin (all future Chief Justices of Canada), the appeals both to and from the Divisional Court appeared to be regularly taken. ^a Davies J. wrote concisely, at pages 472-473:

On the question of jurisdiction I have reached the conclusion that the Divisional Court of Appeal had jurisdiction to grant leave to appeal from the judgment of the Railway Board and to hear and determine the question of law raised, and that the appeal to this court from their judgment is competent.

Mr. Justice Duff wrote this pithy passage, at page 493:

I have no difficulty in holding that the appeal lies. The judgment of the Court of Appeal is *ex facie* a judgment pronounced in an appeal regularly before the court after leave given under section 80 of the "Assessment Act". There is not a suggestion in the formal judgment, in the reasons for judgment, in the order giving leave to appeal that the court was acting otherwise than in the normal course. It must, therefore, be taken in the absence of evidence to the contrary, and there is none, that the appeal was heard and judgment was pronounced in the ordinary course of jurisdiction. ^e

Mr. Justice Anglin came by his lights to the same conclusion, as reported on pages 509-510.

This is the first-instance curial review of the Adjudicator's decision in this case and this Court will not conclude the question of jurisdiction according to the parties' previous consent, nor on the basis of the applicant's estoppel from raising the question here. A strong, clear statement of the principle is found, at pages 449-450 of the decision of McNair J. of this Court, in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437. If the Adjudicator had no jurisdiction as the applicant now asserts, then he never had jurisdiction and that consent would be immaterial, except perhaps as to costs. Costs here, on judicial review, are not to be awarded "unless the Court, for special reasons, so orders" according to Rule 1618 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)]. The Court finds that the applicant is not estopped from

fait que, à première vue, le dossier de la Commission ne renfermait aucun aveu selon lequel cette dernière avait agi sans avoir compétence de sorte que, selon les juges Davies, Duff et Anglin (qui sont tous devenus juges en chef du Canada), les appels devant la Cour divisionnaire ou contre une décision de la Cour divisionnaire semblaient avoir été régulièrement introduits. Le juge Davies a fait la brève remarque suivante, aux pages 472 et 473:

[TRADUCTION] Quant à la question de la compétence, j'ai conclu que la Cour divisionnaire d'appel avait compétence pour accorder l'autorisation d'interjeter appel de la décision du Railway Board et pour trancher la question de droit soulevée, et que l'appel porté devant la Cour contre cette décision est recevable. ^c

Le juge Duff s'est contenté de faire la remarque suivante, à la page 493:

[TRADUCTION] Il ne m'est pas difficile de statuer que l'appel peut être formé. Le jugement de la Cour d'appel a *ex facie* été prononcé dans le cadre d'un appel régulièrement porté devant la Cour après qu'une autorisation eut été accordée en vertu de l'article 80 de l'«Assessment Act». On ne laisse pas entendre, dans le jugement officiel, dans les motifs du jugement, dans l'ordonnance accordant l'autorisation d'appel, que la Cour agissait autrement que dans l'exercice de ses fonctions. Par conséquent, en l'absence d'une preuve contraire, et il n'existe aucune preuve de ce genre, il faut considérer l'appel comme ayant été entendu et le jugement prononcé dans l'exercice ordinaire de la compétence de la Cour. ^f

Le juge Anglin est arrivé, de son chef, à la même conclusion, comme il en est fait mention aux pages 509-510.

Il s'agit d'un contrôle judiciaire en première instance de la décision que l'arbitre a rendue en l'espèce; la Cour ne tranchera pas la question de la compétence en se fondant sur le consentement préalable des parties, ou sur le fait que la requérante ne peut pas, en vertu de la fin de non-recevoir, soulever la question qui est ici en litige. Un énoncé clair et ferme du principe figure, aux pages 449 et 450 de la décision du juge McNair, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1^{re} inst.). Si l'arbitre n'avait pas compétence, comme la requérante l'affirme maintenant, il n'a jamais eu compétence et le consentement ne serait pas pertinent, sauf peut-être en ce qui concerne les frais. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire comme celui-ci, les frais ne doivent pas être adjugés «à moins que la

contesting the adjudicator's jurisdiction to adjudicate the matter.

ISSUE OF STATUTORY JURISDICTION

The Code's pertinent provisions obviously constitute the starting point for the enquiry into this issue. The second section [as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17] of the Act expresses pertinent definitions:

2. In this Act,

"federal work, undertaking or business" means any work, undertaking or business, that is within the legislative authority of Parliament, including, without restricting the generality of the foregoing,

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of the legislatures of the provinces, and

The Adjudicator herein was appointed and empowered to act, and restricted as to his jurisdiction, all pursuant to section 242 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 9, s. 16] of the Labour Code. This provision is found within Division XIV "Unjust Dismissal", of Part III of that Act.

Part III contains its own further pertinent definitions:

166. In this Part,

"employer" means any person who employs one or more employees;

167. (1) This Part 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

(3) Division XIV does not apply to or in respect of employees who are managers.

Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales», conformément à la Règle 1618 [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)]. La Cour conclut que la requérante peut contester la compétence de l'arbitre en la matière.

LA QUESTION DE LA COMPÉTENCE LÉGALE

Les dispositions pertinentes du Code constituent de toute évidence le point de départ de l'enquête sur ce point. Les définitions pertinentes sont énoncées à l'article 2 de la Loi:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«entreprises fédérales» Les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité qui relèvent de la compétence législative du Parlement, notamment:

i) les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales.

En l'espèce, l'arbitre a été désigné et autorisé à agir, et sa compétence a été limitée, conformément à l'article 242 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16] du Code du travail. Cette disposition se trouve dans la section XIV de la partie III de la Loi, intitulée «Congédiement injuste».

La partie III renferme ses propres définitions pertinentes:

166. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«employeur» Personne employant un ou plusieurs employés.

167. (1) La présente partie 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;

(3) La section XIV ne s'applique pas aux employés qui occupent le poste de directeur.

168. (1) This Part and all regulations made under this Part apply notwithstanding any other law or any custom, contract or arrangement, but nothing in this Part shall be construed as affecting any rights or benefits of an employee under any law, custom, contract or arrangement that are more favourable to the employee than his rights or benefits under this Part.

Within Division XIV there are the following pertinent provisions:

242. (1) . . . [appointment of adjudicator]

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Labour Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

(3) Subject to subsection (3.1) [no adjudication where complainant was laid off] an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

It may seem strange that this litigation is even entertained by this Court, since it seems to be contradicting the will of Parliament, in view of these provisions in Division XIV:

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

168. (1) La présente partie, règlements d'application compris, l'emporte sur les règles de droit, usages, contrats ou arrangements incompatibles mais n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages acquis par un employé sous leur régime et plus favorables que ceux que lui accorde la présente partie.

Dans la section XIV se trouvent les dispositions pertinentes suivantes:

242. (1) . . . [désignation de l'arbitre]

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre:

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations du travail par les alinéas 16a), b) et c).

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1) [aucune décision lorsque le plaignant a été mis à pied], l'arbitre:

a) décide si le congédiement était injuste;

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur:

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

Il peut sembler étrange que ce litige soit entendu par la Cour, étant donné que cela semble contraire à la volonté du législateur, compte tenu des dispositions suivantes, qui figurent dans la section XIV:

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

Finally section 244 provides that a copy of an adjudicator's order may be filed in this Court, and registered to accord it the same force and effect as a judgment.

The undeniable and exclusive role of the Canadian judicature is not to usurp the function of the legislature, but rather to interpret officially the legislation which the latter enacts.

The Court presumes to transcend the protective provisions of section 243 only if it be demonstrated that the Adjudicator has so patently unreasonably stepped outside of the jurisdiction which Parliament conferred that the Adjudicator can be clearly perceived to have perverted, evaded, avoided or contradicted the will of Parliament. After all, the High Court of Parliament can hardly be convened for such matters which are the ordinary grist for the adjudicatory mills of the superior courts. Parliament's protection of the adjudicators' process awards and decisions is simply intended to cover a multitude of adjudicators' "sins" so long as the manner of adjudication and the result be not patently unreasonable.

The above propositions are trite law as the jurisprudence discloses: *Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] S.C.R. 497; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, per Dickson J. [as he then was], having kept in mind the statute's private provision, at page 237:

Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis not in original text.]

Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte et al., [1982] 1 S.C.R. 710, per Laskin C.J. for the Court, at page 719:

Enfin, l'article 244 prévoit qu'une copie du dispositif de l'ordonnance de l'arbitre peut être déposée à la Cour, et être enregistrée de façon à avoir valeur de jugement.

Le rôle indéniable et exclusif de la magistrature canadienne n'est pas d'usurper les fonctions du législateur, mais plutôt d'interpréter officiellement la loi que ce dernier édicte.

La Cour se permet de passer outre aux dispositions protectrices de l'article 243 uniquement s'il est démontré que l'arbitre a excédé d'une façon si manifestement déraisonnable la compétence que le législateur lui a conférée qu'il peut clairement être considéré qu'il a abusé de la volonté du législateur, qu'il s'y est soustrait, qu'il l'a esquivée ou qu'il l'a contrariée. Somme toute, la Haute Cour du Parlement peut difficilement être convoquée dans pareilles affaires qui, en ce qui concerne les cours supérieures, amènent de l'eau au moulin. En protégeant les sentences et les décisions des arbitres, le législateur veut simplement pardonner une multitude de [TRADUCTION] «péchés» commis par les arbitres, tant que la façon dont ceux-ci rendent leur décision et que le résultat obtenu ne sont pas manifestement déraisonnables.

Les propositions susmentionnées sont de droit constant, comme la jurisprudence le montre: *Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] R.C.S. 497; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, dans lequel le juge Dickson [tel était alors son titre] a tenu compte de la disposition privative de la loi, à la page 237:

Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? [Non souligné dans le texte original.]

Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte et autre, [1982] 1 R.C.S. 710, dans lequel le juge en chef Laskin a dit ceci, au nom de la Cour, à la page 719:

I do not see in these passages [from the above cited *Nipawin* case] any basis for questioning the jurisdiction exercised in the present case by the Canada Labour Relations Board. Essentially, this Court has admonished that there must be no failure of natural justice (and there was none here) and that the Board should address itself to an issue arising under the legislation which it is charged to administer. If it has done this (as the Federal Court of Appeal held and, in my opinion, rightly so) there can be no jurisdictional infirmity when the Board is protected in its determinations by a privative clause. It may be wrong in law in interpreting the range of powers confided to it but its decisions are nonetheless immunized from judicial review.

Caimaw v. Paccar of Canada Ltd., [1989] 2 S.C.R. 983, reveals three judgments for each "pair" of the six judges who adjudicated, with La Forest J. and Dickson C.J. having the slightly variant concurrence of Sopinka and Lamer JJ. Here is a crucial passage written by La Forest J., at pages 1003-1004:

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function; see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. The tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). The test for review is a "severe test"; see *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 493. This restricted scope of review requires the courts to adopt a posture of deference to the decisions of the tribunal. Curial deference is more than just a fiction courts resort to when they are in agreement with the decisions of the tribunal. Mere disagreement with the result arrived at by the tribunal does not make that result "patently unreasonable". The courts must be careful to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it. The emphasis should be not so much on what result the tribunal has arrived at, but on how the tribunal arrived at that result. Privative clauses, such as those contained in ss. 31 to 34 of the Code, are permissible exercises of legislative authority and, to the extent that they restrict the scope of curial review within their constitutional jurisdiction, the Court should respect that limitation and defer to the Board. [Emphasis not in original text.]

Je ne vois rien dans ces extraits [de l'arrêt *Nipawin* précité] qui puisse justifier la mise en question de la compétence exercée en l'espèce par le Conseil canadien des relations du travail. Essentially, cette Cour prévient qu'il ne doit pas y avoir de manquement à la justice naturelle (et il n'y en pas en l'espèce) et que le Conseil doit examiner une question qui relève de la loi qu'il est chargé d'appliquer. Si c'est ce qu'il a fait (comme la Cour d'appel fédérale l'a conclu, à bon droit selon moi), il ne peut y avoir de vice de compétence puisque les décisions du Conseil sont protégées par une clause privative. Il peut commettre une erreur de droit en interprétant l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés, mais ses décisions sont néanmoins exemptées du contrôle judiciaire.

Dans l'arrêt *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, on constate que trois ensembles de motifs de jugement ont été prononcés par les six juges qui ont tranché l'affaire, à raison d'un ensemble pour deux juges, les juges Sopinka et Lamer souscrivant, à quelques exceptions près, à l'avis du juge La Forest et du juge en chef Dickson. Voici un passage crucial du jugement rendu par le juge La Forest, aux pages 1003 et 1004:

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction; voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Le tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu'il n'agisse pas de façon «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Le critère de contrôle constitue un «test sévère»: voir *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 493. Cette portée restreinte du contrôle oblige les cours de justice à adopter une attitude de retenue à l'égard des décisions du tribunal administratif. La retenue judiciaire est plus qu'une fiction invoquée par les cours de justice lorsque celles-ci sont d'accord avec les décisions du tribunal. Un simple désaccord avec le résultat atteint par le tribunal administratif ne suffit pas à rendre ce résultat «manifestement déraisonnable». Les cours de justice doivent prendre soin de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci. L'accent devrait être mis non pas sur le résultat auquel est arrivé le tribunal, mais plutôt sur la façon dont le tribunal est arrivé à ce résultat. Les clauses privatives comme celles contenues aux art. 31 à 34 du Code constituent des exercices permis du pouvoir du législateur et, dans la mesure où elles restreignent la portée du contrôle judiciaire dans le cadre des pouvoirs constitutionnels, la Cour devrait respecter cette restriction et s'en remettre à la décision de la Commission. [Non souligné dans le texte original.]

Here is the slightly variant, but “important respect” in which Sopinka J. differs from his colleague, at pages 1017-1018:

While I agree generally with La Forest J. on the principles underlying the scope and standard of review of labour board decisions, I cannot agree that it is always necessary for the reviewing court to ignore its own view of the merits of the decision under review. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. When a court says that a decision under review is “reasonable” or “patently unreasonable” it is making a statement about the logical relationship between the grounds of the decision and premises thought by the court to be true. Without the reference point of an opinion (if not a conclusion) on the merits, such a relative statement cannot be made.

I share La Forest J.’s opinion of the importance of curial deference in the review of specialist tribunals’ decisions. But, in my view, curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. The test is, as La Forest J. points out, citing *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, a “severe test”. But even here an appreciation of the merits is not irrelevant. Lamer J., speaking for himself and McIntyre J. in *Blanchard*, stated at pp. 494-95:

... though all errors do not lead to unreasonable findings, every unreasonable finding results from an error (whether of law, fact, or a combination of the two), which is unreasonable.

So long as the court is satisfied with the correctness of the tribunals’ decision, any reference to reasonableness is superfluous.

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1991] 1 S.C.R. 614, presents a six to one split decision, with Sopinka J., for the majority, being reported thus, at pages 629-630:

In determining whether there has been a simple error in interpreting a provision conferring or limiting jurisdiction, as in determining whether jurisdiction has been exceeded by a patently unreasonable error, a pragmatic, functional approach must be adopted. This emerges from the following statement of Beetz J. in *Bibeault* [[1988] 2 S.C.R. 1048] (at pp. 1088-89):

At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its mem-

Voici l’aspect légèrement différent, mais «important», sur lequel le juge Sopinka ne partage pas l’avis de son collègue, aux pages 1017 et 1018:

Bien que je sois généralement d’accord avec le juge La Forest sur les principes qui sous-tendent la portée et la norme de contrôle des décisions d’une commission des relations du travail, je ne puis accepter qu’il est toujours nécessaire que le tribunal d’examen ne tienne aucun compte de sa propre opinion sur le fond de la décision faisant l’objet du contrôle. Toute décision sur le caractère raisonnable d’une décision doit comporter une appréciation du fond. Le caractère raisonnable n’existe pas dans l’absolu. Quand un tribunal judiciaire dit que la décision faisant l’objet d’un examen est «raisonnable» ou «manifestement déraisonnable», il fait une affirmation au sujet de la relation logique qui existe entre les motifs de la décision et les prémisses qu’il a estimées exactes. Sans le point de référence que constitue une opinion (sinon une conclusion) sur le fond, on ne peut faire pareille affirmation relative.

Je partage l’opinion du juge La Forest quant à l’importance que revêt la retenue judiciaire dans un contrôle des décisions de tribunaux spécialisés. À mon avis cependant, la retenue judiciaire n’entre en jeu que si la cour de justice est en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n’est qu’à ce moment-là qu’il est nécessaire de se demander si l’erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable. Comme l’affirme le juge La Forest en citant l’arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, le critère constitue un «test sévère». Mais même ici une appréciation du fond n’est pas sans pertinence. S’exprimant en son propre nom et en celui du juge McIntyre, le juge Lamer affirme dans l’arrêt *Blanchard*, à la p. 495:

... si toutes les erreurs n’aboutissent pas à des déterminations déraisonnables, toute détermination déraisonnable résulte d’une erreur (de droit, de fait, et d’une combinaison des deux, peu importe) qui, elle, est déraisonnable.

Du moment que la cour de justice est convaincue de la justesse de la décision du tribunal administratif, toute mention du caractère raisonnable est superflue.

Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, l’avis des juges était partagé à six contre un, le juge Sopinka, au nom de la majorité, disant ceci, aux pages 629 et 630:

Pour déterminer s’il y a eu une simple erreur d’interprétation d’une disposition qui confère ou limite la compétence, tout comme pour déterminer s’il y a eu excès de compétence en raison d’une erreur manifestement déraisonnable, il faut avoir recours à une méthode pragmatique et fonctionnelle. C’est ce qui ressort de l’énoncé suivant du juge Beetz tiré de l’arrêt *Bibeault* [[1988] 2 R.C.S. 1048] (aux pp. 1088 et 1089):

À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, le domaine d’expertise

bers and the nature of the problem before the tribunal. At this initial stage a pragmatic or functional analysis is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting the administrative tribunal's jurisdiction: in a case where a patently unreasonable error is alleged on a question within the jurisdiction of the tribunal, as in a case where simple error is alleged regarding a provision limiting that jurisdiction, the first step involves determining the tribunal's jurisdiction. (Emphasis added.)

Adopting a pragmatic and functional approach to the construction of these provisions, I have come to the conclusion that Parliament did not intend to confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service. The Board by an error of law has assumed jurisdiction that it was not intended to have. Its decision is, therefore, reviewable. [Emphasis not in original text.]

Mr. Justice Sopinka, for the majority explained quite clearly why they did not defer to the decision of the PSSRB [*Public Service Alliance of Canada and Treasury Board and Econosult Inc.* (1988), 13 P.S.S.R.B. Decisions 6] in that PSAC v. R. case, at pages 630-631, thus:

In my opinion the wording of s. 33 itself, aided by the definition of the word "employee" provided by s. 2, is practically decisive in this case. Section 33 is intended to enable the Board to resolve any question as to whether an employee or class of employees is or is not included in a bargaining unit. In the absence of a definition of "employee", it could be argued that the Board could determine who is an employee on the basis of tests that are generally employed in labour matters. These tests are customarily employed to resolve a dispute as to whether a person is an employee or an independent contractor. The express definition of "employee", however, shows a clear intention by Parliament that it has decided the category of employee over which the Board is to have jurisdiction. It is restricted to persons employed in the Public Service and who are not covered by the *Canada Labour Code*. The Board's function by the very words of s. 33 is not to determine who is an employee but rather whether employees who come within the definition provided, are included in a particular bargaining unit.

However one looks at the PSSRB's conduct in this PSAC case, it is patently obvious that the PSSRB blundered outside of the jurisdiction which Parliament intended by enactment to confer on that Board.

Mr. Justice Cory in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R.

de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle, à cette première étape, convient tout aussi bien pour le cas où l'on allègue une erreur dans l'interprétation d'une disposition qui circonscrit la compétence du tribunal administratif: dans le cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonnable sur une question qui relève de la compétence du tribunal comme dans le cas où l'on allègue une simple erreur sur une disposition qui circonscrit cette compétence, la première étape consiste à déterminer la compétence du tribunal. (Je souligne.)

Ayant adopté une approche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter ces dispositions, j'arrive à la conclusion que le Parlement n'a pas eu l'intention d'attribuer à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui ne sont pas membres de la Fonction publique. La Commission s'est attribué, par une erreur de droit, une compétence qu'on ne voulait pas qu'elle ait. En conséquence, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. [C'est moi qui souligne.]

Dans cet arrêt, le juge Sopinka, au nom de la majorité, a expliqué d'une façon tout à fait claire, aux pages 630 et 631, la raison pour laquelle celle-ci ne s'en remettait pas à la décision rendue par la CRTFP [*Alliance de la Fonction publique du Canada et Conseil du Trésor et Econosult Inc.* (1988), 13 Décisions de la C.R.T.F.P. 6]:

À mon avis, la formulation de l'art. 33 lui-même, conjuguée à la définition du mot «employé» qu'on trouve à l'art. 2, est pratiquement déterminante en l'espèce. L'article 33 vise à habiliter la Commission à décider si un employé ou une catégorie d'employés appartient à l'unité de négociation. S'il n'y avait pas de définition du mot «employé», on pourrait soutenir que la Commission peut décider si quelqu'un est un employé en vertu des critères généralement utilisés dans les affaires de relations de travail. Ces critères servent ordinairement à déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. La définition expresse du mot «employé» montre cependant que le Parlement a clairement eu l'intention de déterminer lui-même la catégorie d'employés sur lesquels la Commission aurait compétence. Cette catégorie se limite aux personnes employées dans la Fonction publique et qui ne sont pas assujetties au *Code canadien du travail*. D'après le texte même de l'art. 33, le rôle de la Commission consiste non pas à déterminer qui est employé, mais plutôt à déterminer si les employés qui répondent à cette définition appartiennent à une unité particulière de négociation.

Toutefois, si l'on tient compte de la conduite de la CRTFP dans cette affaire, il est tout à fait évident que celle-ci a outrepassé la compétence que le législateur avait l'intention de lui conférer.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993]

941, is reported, at page 957, as holding that on the question of its jurisdiction to entertain the complaint put before it, if the CLR Board made a simple error then it exceeded its jurisdiction. Regarding decisions made by a tribunal acting quite within its jurisdiction, the reviewing court must ensure that the tribunal's decision was not patently unreasonable. If the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will exceed it only if it errs in a patently unreasonable manner.

The Supreme Court continued to refine the jurisprudence even after the judgment in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada* in 1991. The development noted in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada* (above), followed by *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, presents a solid five-judge majority with somewhat variant opinions by Lamer C.J. and Cory J., this judgment being unanimous in the result to dismiss both the employer's appeal and the union's ill-founded and unargued cross-appeal. This case considered the jurisdiction of an arbitrator. The majority spoke through Mr. Justice La Forest, who wrote (at pages 250-251) the following:

The Court was not asked to review the arbitrator's interpretation of the [collective] agreement at hand. Had that issue properly been before this Court, I have no doubt that the scope of our review of that aspect of the arbitration award would have been a narrow one—we would have embarked on a patent unreasonability enquiry. However, on the more general level at which the jurisdictional debate was engaged in this Court, I am of the view that the appropriate scrutiny of the arbitrator's decision is to a standard of correctness. My reasons for this position are set out below, but at this juncture I should perhaps comment on this stratified approach to the issues arising from the arbitrator's award.

To begin, I would not wish my conclusions on the standard of review in this case to be taken as a retreat from the deferential approach to judicial review of administrative tribunals since the decision of this Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. Nor are the conclusions here inconsistent with the previous statements by this Court as to the appropriate scope of judicial review of arbitration awards made pursuant to s. 44 of the Act. This Court has stated in previous cases that

1 R.C.S. 941, le juge Cory a dit, à la page 957, qu'en ce qui concerne la question de sa compétence pour entendre la plainte dont il était saisi, du moment qu'il commettait une simple erreur, le CCRT excédait sa compétence. En ce qui concerne les décisions rendues par un tribunal agissant dans les limites de sa compétence, la cour de révision doit veiller à ce que la décision du tribunal ne soit pas manifestement déraisonnable. Si la question de droit en litige relève de la compétence du tribunal, celui-ci n'excède sa compétence que s'il commet une erreur manifestement déraisonnable.

La Cour suprême a continué à raffiner la jurisprudence, même après avoir rendu son jugement en 1991, dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique*. L'évolution notée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique* (précité), suivi par l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, montre une majorité solide de cinq juges, le juge en chef Lamer et le juge Cory exprimant des opinions légèrement différentes; il s'agit d'un jugement unanime quant au résultat, à savoir que l'appel interjeté par l'employeur ainsi que l'appel incident du syndicat, lequel n'était pas fondé et n'avait pas été débattu, devaient être rejetés. La compétence de l'arbitre a été examinée dans cette affaire. Le juge La Forest, qui a dit ceci (aux pages 250 et 251), a exprimé l'avis de la majorité:

La Cour n'a pas été invitée à examiner l'interprétation que l'arbitre a donnée à la convention [collective] en cause. Si cette question avait été régulièrement soumise à notre Cour, je ne doute pas que la portée de notre examen de cet aspect de la sentence arbitrale aurait été limitée—nous nous serions lancés dans un examen fondé sur le caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, compte tenu du plan plus général sur lequel le débat relatif à la compétence a été engagé devant notre Cour, je suis d'avis qu'il convient d'examiner la décision de l'arbitre en fonction de la norme de l'absence d'erreur. J'exposerai plus loin les motifs de ma décision, mais il y a peut-être lieu, à ce moment-ci, de formuler des observations sur cette analyse stratifiée des questions découlant de la sentence arbitrale.

En premier lieu, je ne voudrais pas que l'on considère mes conclusions sur la norme de contrôle en l'espèce comme un recul par rapport à la retenue dont il faut faire preuve en abordant le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs depuis l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Les conclusions en l'espèce ne sont pas non plus incompatibles avec les affirmations antérieures de notre Cour concernant la portée adéquate

courts should, as a matter of policy, defer to the expertise of the arbitrator in questions relating to the interpretation of collective agreements; . . . It is clear that an arbitrator has jurisdiction *stricto sensu* to interpret the provisions of a collective agreement in the course of determining the arbitrability of matters under that agreement. In that case the arbitrator is acting within his or her "home territory", and any judicial review of that interpretation must only be to a standard of patent unreasonableness. But this is a different case. Here, the viability and subsistence of the collective agreement is challenged. The company alleges that regardless of the interpretation of the agreement, it cannot survive to serve as the basis for this arbitration. The collective agreement is the foundation of the arbitrator's jurisdiction, and in determining that it exists or subsists the arbitrator must be correct.

La Forest J., on the principal appeal concluded, at page 305:

To summarize, I am of the view that retirement rights can, if contemplated by the terms of a collective agreement, survive the expiration of that agreement. Moreover, although it is not strictly necessary to decide the point in this appeal, I would also find that these surviving rights vest at the time of retirement, and would survive subsequent collective bargaining that purported to divest such rights. As such, I have concluded that the arbitrator's general propositions in this respect were correctly stated, and the arbitrator had jurisdiction to hear the union's grievance. Of course, I make no comment on whether the terms of the agreement between the company and the union do in fact create such a vested right. That is a question for the arbitrator to decide when the arbitration hearing proceeds on the merits.

Hard on the heels of the *Dayco* judgment, came the Supreme Court's judgment in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, a four-to-one decision with Mr. Justice Gonthier writing for the majority. It was a case concerning the powers of the Canada Labour Relations Board to compel production of documents prior to the commencement of a hearing, which came on appeal from the Federal Court of Appeal [(1989), 59 D.L.R. (4th) 384]. So far has the principle of reviewing questions of even "protected" administrative jurisdiction by ordinary criteria been advanced, that it suffices merely to quote a brief and preliminary analysis expressed by Gonthier J. in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, at page 735:

du contrôle judiciaire des sentences arbitrales rendues conformément à l'art. 44 de la Loi. Notre Cour a affirmé dans des arrêts antérieurs que les tribunaux doivent, en principe, s'en remettre à l'expertise de l'arbitre pour ce qui est des questions concernant l'interprétation des conventions collectives; . . . Il est clair qu'un arbitre a compétence *stricto sensu* pour interpréter les dispositions d'une convention collective lorsqu'il s'agit de décider si des questions sont arbitrables sous le régime de cette convention. Dans ce cas, l'arbitre agit dans son domaine d'expertise et le contrôle judiciaire de cette interprétation ne doit se faire que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable. Mais le présent cas est différent. En l'espèce, ce sont la viabilité et la survie de la convention collective qui sont mises en doute. La société allègue que, indépendamment de l'interprétation donnée à la convention, celle-ci ne saurait survivre de manière à justifier le présent arbitrage. La convention collective est le fondement de la compétence de l'arbitre et celui-ci ne doit pas commettre d'erreur en décidant qu'elle existe ou qu'elle subsiste.

En ce qui concerne l'appel principal, le juge La Forest a conclu ceci, à la page 305:

En résumé, je suis d'avis que les droits accordés aux retraités peuvent, si les conditions d'une convention collective le stipulent, survivre à cette convention. De plus, quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de statuer sur ce point dans le présent pourvoi, je conclurais que ces droits subsistants deviennent acquis à la date où l'employé prend sa retraite et qu'ils survivraient à toutes négociations collectives subséquentes qui auraient pour objet de les faire cesser. J'ai conclu ainsi que les propositions générales de l'arbitre à cet égard étaient exemptes d'erreur et que l'arbitre était compétent pour entendre le grief du syndicat. Bien entendu, je ne ferai aucune observation sur la question de savoir si les conditions de la convention conclue entre la société et le syndicat créent effectivement un tel droit acquis. C'est à l'arbitre qu'il appartient de trancher cette question au moment où l'audience d'arbitrage porte sur le fond.

Peu de temps après l'arrêt *Dayco*, il y a eu l'arrêt *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, de la Cour suprême, dans lequel les juges étaient divisés à quatre contre un, le juge Gonthier ayant prononcé les motifs au nom de la majorité. Il s'agissait d'une affaire concernant les pouvoirs du Conseil canadien des relations du travail d'ordonner la production de documents avant le début de l'audience, laquelle avait été portée en appel par suite de la décision de la Cour d'appel fédérale [(1989), 59 D.L.R. (4th) 384]. Le principe s'appliquant à la révision des questions relevant de la compétence administrative, même [TRADUCTION] «protégée», par les critères ordinaires a évolué à un point tel qu'il suffit de citer la brève analyse préliminaire que le juge Gonthier a faite, à la page 735:

An analysis of the power granted to the Board by s. 118(a) of the Code first calls for a consideration of its wording. As the issue goes to the jurisdiction of the Board, the standard governing the judicial review of the Board's order is one of correctness: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and most recently *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230.

The standard of correctness for founding the Adjudicator's jurisdiction means simply that the Adjudicator must not make any error in exercising the powers conferred by and under Division XIV. It is presumed that Parliament does not will the exceeding of those carefully crafted powers (and limitations) and that its privative clauses cannot have protection of such excesses as their purpose.

The Adjudicator exercised jurisdiction; and the applicant's complaint about that, essentially comes at last to the interpretation of the statutory provisions. Did the Adjudicator act in consonance with those interpretations? The complaint asserts that the Adjudicator had no jurisdiction because the applicant Indian Band is simply not "any federal work, undertaking or business" as set forth in Code section 167, above recited.

In this regard, the applicant's counsel admits:

We don't deny we are the employer. There is no [dispute]; we are not saying that we are not the employer. You can forget that. We are the employer. [Transcript: page 155, lines 5 through 7]

He further stated:

... we will concede, that the activities of the Band council fall under the legislative jurisdiction of the federal government (*sic*) [Parliament?]. So he [respondents' counsel] needn't prove that. We agree with that. [Transcript: page 160, lines 14 through 17]

The applicant's counsel summarized as follows:

She [Ms. Duncan] is an employee of the Band, not an employee of the Minister. The Band operates under the authority of the *Indian Act*. . . . [The Court:—so did the complainant act under the authority of the *Indian Act*, whatever the Band delegated her to do?] That's right. No problem with that. . . . All of it is under the legislation of, competence of the Parliament of Canada. No problem there. [Transcript: page 167, lines 1 through 10]

L'analyse du pouvoir que confère au Conseil l'al. 118(a) du Code passe d'abord par l'examen du texte de cette disposition. Comme le litige porte sur la compétence du Conseil, la norme qui régit le contrôle judiciaire de l'ordonnance du Conseil est celle de la justesse ou de l'absence d'erreur: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et, plus récemment, *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230.

La norme de la justesse ou de l'absence d'erreur sur laquelle est fondée la compétence de l'arbitre signifie simplement que ce dernier ne doit pas commettre d'erreur en exerçant les pouvoirs conférés par la section XIV ou en vertu de cette section. Il est à supposer que le législateur ne veut pas que les pouvoirs (et limitations) minutieusement prévus soient excédés et que les clauses privatives qu'il a adoptées visent à protéger pareils excès.

L'arbitre a exercé sa compétence; la plainte formulée par la requérante à ce sujet se rapporte essentiellement, en fin de compte, à l'interprétation des dispositions légales. L'arbitre a-t-il agi d'une façon conforme à ces interprétations? La plaignante allègue que l'arbitre n'avait pas compétence, parce que la bande indienne requérante n'était tout simplement pas «une entreprise fédérale» au sens de l'article 167 précité du Code.

À cet égard, l'avocat de la requérante reconnaît ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous ne nions pas que nous sommes l'employeur. La chose n'est pas [contestée]; nous ne disons pas que nous ne sommes pas l'employeur. N'y songeons plus. Nous sommes l'employeur. [Transcription: page 155, lignes 5 à 7]

L'avocat a ajouté ceci:

[TRADUCTION] . . . nous concédons que les activités du conseil de la bande relèvent de la compétence législative du gouvernement fédéral [*sic*] [du Parlement?], de sorte qu'il [l'avocat des intimés] n'a pas à le prouver. Nous convenons de la chose. [Transcription: page 160, lignes 14 à 17]

L'avocat de la requérante a résumé la question comme suit:

[TRADUCTION] Elle [M^{me} Duncan] est l'employée de la bande, et non du Ministre. La bande se livre à ses activités en vertu de la *Loi sur les Indiens*. . . . [La Cour:—La plaignante agissait-elle donc en vertu de la *Loi sur les Indiens*, quelle que soit la tâche que la bande lui délèguait?] C'est exact. Cela ne pose pas de problème. . . . Tout cela, en vertu de la loi, de la compétence du Parlement du Canada. Cela ne pose aucun problème. [Transcription: page 167, lignes 1 à 10]

The question to be answered here now comes to this, in light of the applicant's counsel's admission that the Band, or Band Council has been, at all material times, Ms. Duncan's employer: was her employment "in or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business" as described in paragraphs 167(1)(a) and (b)? If the answer be affirmative, the Adjudicator's statutory jurisdiction is affirmed; if it be negative, his statutory jurisdiction is negated. Courts interpret the law authoritatively. The most authoritative judgments affirm.

In the case of *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (Sask. C.A.), it appears that the provincial board purported to certify the carpenters' union as representing the majority of employees in the carpenters' unit employed by the Band Council, and required it to bargain collectively. The Band Council applied to quash the L.R.B.'s orders on the principal ground that [at page 130] "the regulation of the labour relations in issue falls under federal and not provincial jurisdiction and accordingly is beyond the authority of the provincial Board." The judgment of the Saskatchewan Court of Appeal was written by Mr. Justice Cameron. He assumed that the Band Council was the employer of the carpenters, that which, qualitatively, the applicant's counsel admits herein.

Ordinarily in Canada's distinct division of federal-provincial powers, labour relations, being considered to be a matter of "property and civil rights," are accordingly a matter of provincial jurisdiction. In this instance, the employer is a creature of Parliament, and the employment operates under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] as the applicant's counsel expressed it: all of it is under the competence of the Parliament of Canada. Here is the essence of the *Whitebear* case. It is true that the Court's task was to decide whether the provincial board could exercise jurisdiction, but in the result, the Court found federal jurisdiction, and had so to find, to the exclusion of provincial jurisdiction. The finding of federal jurisdiction over the employment of the Band's member-carpenters was an essential finding, because only that

Voici donc la question à trancher en l'espèce, compte tenu de l'aveu de l'avocat de la requérante, à savoir que la bande, ou le conseil de la bande, était, pendant toute la période pertinente, l'employeur de M^{me} Duncan: cette dernière exerçait-elle son emploi «dans le cadre d'une entreprise fédérale» au sens des alinéas 167(1)a) et b)? Dans l'affirmative, la compétence légale de l'arbitre est confirmée; dans la négative, sa compétence légale est niée. Les tribunaux interprètent la loi d'une façon qui fait autorité. Les jugements qui font le plus autorité le confirment.

Dans l'arrêt *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.), la commission provinciale a, semble-t-il, cherché à accréditer le syndicat des menuisiers comme représentant la majorité des employés membres de l'unité des menuisiers employés par le conseil de la bande, et, l'a obligé à négocier collectivement. Le conseil de la bande a demandé l'annulation des ordonnances de la Commission, principalement pour le motif que [à la page 130] [TRADUCTION] «la réglementation des relations de travail en question relève de la compétence fédérale, et non de la compétence provinciale, et ne relève donc pas de la commission provinciale». Le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan a été rédigé par le juge Cameron. Ce dernier a présumé que le conseil de la bande était l'employeur des menuisiers, ce que l'avocat de la requérante reconnaît en l'espèce.

Habituellement, compte tenu du partage distinct des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux qui existe au Canada, les relations de travail, puisqu'elles sont considérées comme une question de «propriété et [de] droits civils», relèvent de la compétence provinciale. En l'espèce, l'employeur a été créé par le Parlement, et l'emploi est visé par la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], comme l'avocat de la requérante l'a dit: tout cela, en vertu de la compétence du Parlement du Canada. Telle est l'essence de l'arrêt *Whitebear*. Il est vrai que la tâche de la Cour consistait à décider si la commission provinciale pouvait exercer sa compétence, mais la Cour a, en fin de compte, conclu qu'il s'agissait d'une compétence fédérale, ce qu'elle devait conclure, à l'exclusion de la compétence pro-

could displace the authority of the provincial labour relations board.

Cameron J.A. recited the statutory provisions which were then the equivalents of subsections 167(1) and (2), and he turned to a judgment of the Supreme Court of Canada in *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729, in which Mr. Justice Pigeon for the majority is quoted [at page 738]:

In my view, it would not be proper to seek to put a restricted meaning on any of the words "work, undertaking or business" as used in the *Labour Code* so as to exclude from their scope all activities of municipal corporations. Some of these operations, like waterworks and sewage systems, undoubtedly come within any concept of "work". Others, like protection or sanitation services, cannot be excluded from the scope of "undertaking" without doing violence to the language, and "business" has been said to mean "almost anything which is an occupation, as distinguished from a pleasure—anything which is an occupation or duty which requires attention . . ." (per Lindley, L.J. in *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch.D. 71, at p. 88). There is no doubt that the word "business" is often applied to operations carried on without an expectation of profit. In my view, it would be contrary to the whole concept of classifying employes for jurisdictional purposes by reference to the character of the operation, to attempt to make a distinction depending upon whether the employer is a private company or a public authority.

Then Cameron J.A. concluded the *Whitebear* judgment in these terms [at pages 411-412]:

In the light of these observations, I believe that, in the context of the *Canada Labour Code*, the operations of the Whitebear Band Council may be classified as "a federal work, undertaking or business", and accordingly the labour relations in issue are subject to this Act.

Conclusion

For these reasons I am of the opinion the *Trade Union Act* of Saskatchewan is inapplicable in this case, since power to regulate the labour relations in question forms an integral part of primary federal jurisdiction over "Indians" and "Lands Reserved for the Indians" and that such labour relations are subject to the *Canada Labour Code*. It follows that the Saskatchewan Labour Relations Board acted without jurisdiction in purporting to make the orders it did and accordingly I would quash those orders with costs of this application to the appellant.

vinciale. La conclusion selon laquelle l'emploi des membres de la bande en tant que menuisiers relevait de la compétence fédérale était une conclusion essentielle, parce que seule pareille conclusion pouvait exclure le pouvoir de la commission des relations de travail provinciale.

Le juge Cameron, J.C.A., a cité les dispositions légales qui correspondaient alors aux paragraphes 167(1) et (2) actuels, et il a mentionné l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729, de la Cour suprême du Canada, dans lequel le juge Pigeon, au nom de la majorité, a dit ceci [à la page 738]:

À mon avis, il ne faut pas chercher à donner un sens restreint à l'un quelconque des termes «ouvrage, entreprise ou affaire» tels qu'ils sont utilisés dans le *Code du travail*, de façon à exclure de leur domaine toutes les activités des corporations municipales. Certaines d'entre elles, tels les systèmes d'adduction d'eau et d'égouts, relèvent indubitablement du concept d'«ouvrage». D'autres, tels les services de sûreté ou sanitaires, ne peuvent pas être exclus du domaine de l'«entreprise» sans dénaturer l'expression, et le terme «affaire» a été défini comme [TRADUCTION] «presque tout ce qui est une occupation, par opposition à un plaisir—n'importe quel devoir ou occupation qui exige de l'attention . . .» (le lord juge Lindley, dans *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch.D. 71, à la p. 88). Il va sans dire que le terme «affaire» est souvent appliqué à des activités poursuivies sans but lucratif. À mon avis, essayer d'établir une distinction dépendant du fait qu'un employeur est une compagnie privée ou une administration publique, serait contraire à tout le concept de classification des employés, à des fins de compétence, en fonction du caractère de l'entreprise.

Puis, le juge Cameron, J.C.A., a terminé ainsi ses motifs de jugement [aux pages 411 et 412]:

[TRADUCTION] Compte tenu de ces observations, je crois que, dans le contexte du *Code canadien du travail*, les activités du conseil de la bande Whitebear peuvent être considérées comme «une entreprise fédérale», et que les relations de travail en question sont donc assujetties à cette Loi.

Conclusion

Pour ces motifs, j'estime que la *Trade Union Act* de la Saskatchewan ne s'applique pas en l'espèce, étant donné que le pouvoir de réglementer les relations de travail en question fait partie intégrante de la compétence fédérale primordiale sur les «Indiens» et les «terres réservées aux Indiens», et que pareilles relations de travail sont assujetties au *Code canadien du travail*. Il s'ensuit que la Labour Relations Board de la Saskatchewan a outrepassé sa compétence en cherchant à rendre les ordonnances qu'elle a rendues et j'annulerais donc ces ordonnances, les dépens de la demande étant adjugés à l'appelant.

The judgment of the Supreme Court of Canada in *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72, is complex in that it may illustrate that the conclusions of the *Whitebear* decision were in truth asserted by the Federal Court of Appeal in this case [*Francis v. Canada Labour Relations Board*] [1981] 1 F.C. 225. Mr. Justice Martland, writing for the Supreme Court in *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.* (above-cited), is reported, at page 74, thus:

Up to and including the hearing by the Federal Court of Appeal the respondents' main ground of attack upon the Board's orders was that the labour relations in issue were not within federal legislative competence, that the Code did not apply to them and that, in consequence, the Board had no jurisdiction to make the orders which were in dispute. This submission was not accepted by the Court. Heald and Le Dain JJ. held that the Code was applicable in respect of the labour relations in issue.

Adopted apparently by the Supreme Court of Canada, that conclusion is binding on this Court by authority of one or other, or both of those appellate Courts.

In matters of public law, such as this, courts ought really not to proceed on admissions by the parties, as they may do in private law cases, where the litigation "belongs" only to the contending private litigants. So in order to relieve that anxiety about the applicant's admitted status of an employer (but, alas, in no way to shorten these reasons) the Court will recite the passages on the last page (78) of the *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.* decision:

The Band Council is a creature of the *Indian Act*. It is given power to enact by-laws for the enforcement of which it is necessary to employ staff. In fact, the Council does engage employees to do work for it and it pays them. In view of these circumstances, for the purposes of the Code, it is my opinion that the Council could properly be considered to be an employer within the meaning of that Act. I am fortified in that conclusion by the provision contained in s. 27(7) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1979, c. I-23, that words in the singular include the plural. The word "person" in the Code therefore includes "persons". The Council is a designated body of persons which is given a specific role under the provisions of the *Indian Act*.

The respondents argued before this Court that it was the Band and not the Council which should have been certified by the Board. However, as Le Dain J. points out, if the Council cannot be treated as the employer because it lacks corporate status, the same must be said of the Band. If lack of corporate

Le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72, est complexe en ce sens qu'il peut montrer que les conclusions tirées dans l'arrêt *Whitebear* avaient en fait été confirmées par la Cour d'appel fédérale en l'espèce [*Francis c. Le Conseil canadien des relations du travail*] [1981] 1 C.F. 225. Le juge Martland, au nom de la Cour suprême, a dit ceci, à la page 74:

Jusqu'à l'audience en Cour d'appel fédérale, le principal moyen des intimés à l'encontre des ordonnances du Conseil était que les relations de travail en question ne relèvent pas de la compétence législative fédérale, que le Code ne s'y applique pas et que, par conséquent, le Conseil n'a pas compétence pour rendre les ordonnances en litige. La Cour d'appel fédérale n'a pas accepté ce moyen. Les juges Heald et Le Dain ont conclu que le Code s'applique aux relations de travail en question.

Cette conclusion, qui a apparemment été adoptée par la Cour suprême du Canada, lie la Cour puisque l'un ou l'autre arrêt, ou les deux arrêts, de ces cours d'appel font autorité.

Dans les affaires de droit public comme celle-ci, les tribunaux ne devraient réellement pas se fonder sur les aveux des parties, comme ils peuvent le faire dans les affaires de droit privé, où le litige [TRADUCTION] «appartient» uniquement aux particuliers. Par conséquent, afin d'atténuer l'anxiété qui existe au sujet du statut reconnu d'employeur de la requérante (ce qui, hélas, n'abrégera pas ces motifs), la Cour citera les passages figurant à la page 78 de l'arrêt *Alliance de la Fonction publique c. Francis et autres*:

Le conseil de bande a été créé par la *Loi sur les Indiens*. Il a reçu le pouvoir d'établir des statuts et doit employer du personnel pour en assurer l'application. De fait, le conseil embauche des employés qui travaillent pour lui et qu'il paie. Dans ces circonstances, pour les fins du Code, je suis d'avis qu'on peut valablement dire que le conseil est un employeur au sens de cette loi. Ma conclusion trouve appui dans le par. 27(7) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, qui dispose que les mots écrits au singulier comprennent le pluriel. Le mot «personne» dans le Code comprend par conséquent «personnes». Le conseil de bande est un groupe de personnes désigné auquel les dispositions de la *Loi sur les Indiens* attribuent un rôle particulier.

Les intimés ont fait valoir devant cette Cour que le Conseil aurait dû accréditer la bande et non le conseil de bande. Cependant, comme le souligne le juge Le Dain, si le conseil de bande ne peut être considéré comme l'employeur parce qu'il n'a pas la personnalité morale, il en est de même pour la bande. Si

status prevents a body from being an employer under the Code, then there would be a situation in which Indian employees doing work for the Council or the Band would be denied the rights conferred by the Code.

The decision as to whether the Council or the Band should be regarded as the employer was one which is within the jurisdiction of the Board to determine under s. 118(p) of the Code, previously cited. It was for the Board to decide who was the employer, and the Board did so.

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court of Appeal. The appellant should be entitled to its costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

What is set aside is not what was adopted or accepted, on page 74, but rather the Appeal Division's majority decision holding that the St. Regis Band Council was not a "person" and therefore not an "employer." The Supreme Court set that aside and held that the Council and/or Band was a "person" capable of being a statutory "employer."

A similar case was decided by the Alberta Court of Appeal, for whom Mr. Justice Belzil wrote the judgment in *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190. Three relatively brief passages will suffice to encapsulate the *ratio* of that scholarly judgment, at pages 191, 196-197:

The appellant, Paul Band, is a legally constituted Band under the *Indian Act* It was charged under the *Alberta Labour Act* . . . for failing to pay to two employees wages earned by them while employed by the Band as special constables on the Paul Band Wabamun Indian Reserve No. 133.

The Band was convicted in summary conviction proceedings in Provincial Court [reported at [1982] 4 C.N.L.R. 120]: it was fined, and judgments were awarded against it for the wages due. The conviction and judgments were sustained on appeal to the Court of Queen's Bench. The appeal comes before us on points of law.

The principal issue raised in this appeal is whether the *Alberta Labour Act* applies to the labour relations of the "Band" and its special constables. It is on this constitutional issue that the intervenants appeared, and that the main submissions were made before us, and it is therefore on this issue that I propose to determine this appeal.

Band councils are created under the *Indian Act* and derive their authority to operate *qua band councils* exclusively from that *Act*. In the exercise of their powers they are concerned

l'absence de personnalité morale empêche un organisme d'être un employeur au sens du Code, on serait alors dans une situation où des employés indiens travaillant pour le conseil de bande ou la bande ne pourraient bénéficier des droits qu'accorde le Code.

^a Ainsi le Conseil avait compétence pour décider, en vertu de l'al. 118p) du Code, précité, si le conseil de bande ou la bande peut être considéré comme l'employeur. Il appartenait au Conseil de décider qui était l'employeur, et il l'a fait.

^b Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel fédérale.

Ce qui est infirmé n'est pas ce qui a été adopté ou reconnu, à la page 74, mais plutôt la décision rendue par la majorité de la Cour d'appel, à savoir que le conseil de la bande Saint-Regis n'était pas une «personne» et, par conséquent, un «employeur». La Cour suprême a infirmé cette conclusion et a statué que le conseil ou la bande était une «personne» capable d'être un «employeur» reconnu par la loi.

Une affaire similaire a été tranchée par la Cour d'appel de l'Alberta, au nom de laquelle le juge Belzil a rendu jugement dans *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190. Trois passages relativement brefs suffiront pour résumer la *ratio* de ce savant jugement, aux pages 191, 196 et 197:

^f [TRADUCTION] L'appelante, la bande Paul, est une bande légalement constituée en vertu de la *Loi sur les Indiens* . . . Elle a été accusée, en vertu de l'*Alberta Labour Act* . . . d'avoir omis de verser à deux employés les salaires que ceux-ci avaient gagnés pendant qu'ils travaillaient pour elle, à titre d'agents spéciaux, dans la réserve indienne 133 Wabamun.

^g La bande a été reconnue coupable à la suite de procédures sommaires engagées devant la Cour provinciale [publié à [1982] 4 C.N.L.R. 120]: on lui a infligé une amende, et des jugements ont été rendus contre elle à l'égard des salaires qui étaient dus. La déclaration de culpabilité et les jugements ont été confirmés en appel par la Cour du Banc de la Reine. L'appel qui a été porté devant nous soulève des points de droit.

^h La principale question soulevée dans cet appel est de savoir si l'*Alberta Labour Act* s'applique aux relations de travail de la «bande» et à ses agents spéciaux. C'est à l'égard de cette question constitutionnelle que les intervenants ont comparu et que les principaux arguments ont été présentés devant nous, et c'est donc sur ce point que je me propose de trancher l'appel.

ⁱ Les conseils de bandes sont créés en vertu de la *Loi sur les Indiens*, et le pouvoir qu'ils possèdent de se livrer à leurs activités en leur qualité de conseils de bande leur sont exclusive-

with the administration of Band affairs on their respective reserves whether under direct authority of Parliament or as administrative arms of the Minister. They have no other source of power. Band councils are thus within the exclusive legislative jurisdiction and control of the Parliament of Canada over "Indians, and lands reserved for Indians" assigned to it by s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and such Councils are thus immune to provincial legislation. . . .

There can accordingly be no doubt that the normal operations or activities of the Paul Band Council were those which it was carrying on under authority of the *Indian Act* and thus constituted a federal undertaking or business. That the special constables in question may have been enforcing provincial statutes on the reserve is irrelevant.

The court was urged to adopt the reasoning of the Court of Appeal of Saskatchewan in *Whitebear Band Council* (supra). In that case, the operation of the Band Council under review arose under an agreement between the Council and the Department of Indian and Northern Affairs whereby the Council agreed to manage a capital spending program of house construction, etc., on the Reserve funded by the Department. While I do not disagree with that decision, I have not relied on it because different considerations may apply.

If different considerations do apply, they would seemingly arise out of the distinction between the matter of a provincial offence which was the subject of the *Paul Band* case, and the recruitment and union representation and provincial certification issues central to the *Whitebear* case.

What is notable about the two cited appellate decisions is that the exception to the norm of provincial hegemony in labour relations ("Property and Civil Rights in the Province", head 13, section 92, *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]) had to be found not on some ethereal jurisdictional void, for that would have *ipso facto* confirmed the norm, but on a positive finding that the labour relations field in regard to "Indians, and Lands reserved for the Indians" (head 24, section 91, *Constitution Act, 1867*) manifests not only federal competence, but federal paramountcy. So held Mr. Justice Pinarid in *Qu'Appelle Indian Residential*

ment dévolus par cette Loi. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils s'occupent de l'administration des affaires de la bande dans leurs réserves respectives, que ce soit sous l'autorité directe du Parlement ou à titre d'organes administratifs du ministre. Leurs pouvoirs ne proviennent d'aucune autre source. Les conseils de bande relèvent donc de la compétence législative exclusive que possède le Parlement du Canada sur les «Indiens et les terres réservées aux Indiens», en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et pareils conseils ne sont donc pas assujettis à la loi provinciale. . . .

Il ne peut donc y avoir aucun doute que les activités normales du conseil de la bande Paul étaient celles auxquelles ce dernier se livrait en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qu'elles constituaient donc une entreprise fédérale. Le fait que les agents spéciaux en question appliquaient peut-être les lois provinciales dans la réserve n'est pas pertinent.

On a demandé à la Cour d'adopter le raisonnement qui a été fait par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Whitebear Band Council*, précité. Dans cette affaire-là, les activités du conseil de la bande en cause étaient visées par une entente intervenue entre le conseil et le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, selon laquelle le conseil s'engageait à gérer un programme de dépenses d'investissement dans le domaine de la construction d'habitations, etc. dans la réserve, lequel était financé par le Ministère. Je ne suis pas en désaccord avec cette décision, mais je ne me suis pas fondé sur elle parce que des considérations différentes peuvent s'appliquer.

Si des considérations différentes s'appliquent, elles sembleraient découler de la distinction entre la question soulevée dans l'arrêt *Paul Band*, qui se rapportait à une infraction provinciale, et celle qui était soulevée dans l'arrêt *Whitebear*, à savoir le recrutement, la représentation syndicale et l'accréditation provinciale.

Dans les deux arrêts précités des cours d'appel, il faut noter que l'exception à la norme de l'hégémonie provinciale en matière de relations de travail («la propriété et les droits civils dans la province», paragraphe 13 de l'article 92 de la *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° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]), devait être fondée non sur un vide impalpable relativement à la compétence, car cela aurait *ipso facto* confirmé la norme, mais sur une conclusion formelle selon laquelle le champ des relations de travail, en ce qui concerne «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens» (paragraphe 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*),

School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal), [1988] 2 F.C. 226 (T.D.), at page 242. That positive finding of federal legislative jurisdiction was, and is, quite necessary to the exclusion of provincial jurisdiction. Constitutional law, like nature, abhors a vacuum. Further, it was, and is, necessary in order to find federal jurisdiction, further to find that the creation of Indian bands, councils, and their workings do constitute a federal work, undertaking or business.

It is not straining the sense of “business,” to assert that the business of each compartment of governance in this federal state is what it is to do, what powers it may wield pursuant to the Constitution. Business in this sense does not connote commercial business for profit, but the constitutional array of legitimate legislative subjects of Parliament or the legislatures, and the activities generated therefrom.

So, also, a governmental or legislative undertaking is not necessarily a commercial enterprise as that word may be understood in certain legislation regulating business and commerce where it may carry that connotation. The filed affidavit of Margaret Jane Balfour is instructive and persuasive in this regard. The distinction was noted by this Court in *Lount Corporation v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 332, at page 357:

Here surely resides the essence of “undertaking” promulgated in the two [regulatory] statutes. It imports the aspect of justiciability for failure to meet a commercial obligation and is, therefore, to be distinguished from those undertakings mentioned in the Constitution which signal the division of legislative powers.

That question of “undertaking” was considered among other aspects, on appeal. It was not particularly mentioned by the Appeal Division and the appeal was dismissed [1985] 2 F.C. 185, at pages 198-199.

The same jurisdictional conclusion, regarding “business,” was drawn by Madam Justice Desjardins

indiquait non seulement l’existence de la compétence fédérale, mais aussi de la primauté fédérale. C’est ce qu’a jugé le juge Pinard dans l’arrêt *Qu’Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226 (1^{re} inst.), à la page 242. Cette conclusion reconnaissant la compétence législative fédérale était, et est, tout à fait nécessaire aux fins de l’exclusion de la compétence provinciale. Le droit constitutionnel, comme la nature, a horreur du vide. En outre, pour conclure à la compétence fédérale, il était, et il est, en outre nécessaire de conclure que la création des bandes et des conseils indiens et leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.

On ne force pas le sens du mot «entreprise» en affirmant que l’entreprise de chaque palier de gouvernement, dans l’État fédéral, est composée de ce qu’il doit faire, des pouvoirs qu’il peut posséder en vertu de la Constitution. L’entreprise, en ce sens, ne donne pas à entendre une entreprise commerciale à but lucratif, mais toute la gamme constitutionnelle des matières législatives légitimes relevant du Parlement et des assemblées législatives, et les activités qui en découlent.

De même, une entreprise gouvernementale ou législative n’est pas nécessairement une entreprise commerciale au sens où ces mots peuvent être compris dans certaines lois réglementant les entreprises et le commerce, où ils peuvent avoir pareille connotation. L’affidavit que Margaret Jane Balfour a déposé est instructif et convaincant à cet égard. La distinction a été notée par la Cour dans l’arrêt *Lount Corporation c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 332, aux pages 357 et 358:

Telle est certainement l’essence de l’«entreprise» visée par les deux lois [de nature réglementaire]. Elle comporte l’aspect de responsabilité pour défaut de satisfaire une obligation commerciale et doit par conséquent être distinguée des entreprises visées dans la Constitution en matière de répartition des pouvoirs législatifs.

Cette question de l’«entreprise» a, entre autres choses, été examinée en appel. La Cour d’appel ne l’a pas expressément mentionnée et l’appel a été rejeté, [1985] 2 C.F. 185, aux pages 198 et 199.

La même conclusion relative à la compétence, en ce qui concerne l’«entreprise», a été tirée par

for herself and Mr. Justice Mahoney in *Tobique Band Council v. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170 (F.C.A.), at pages 177-178:

Having reached a conclusion in favour of federal legislative competence, I am also of the view that the *Canada Labour Code* occupies the field.

In the case of *Yellowknife v. L.R.B. (Can.)*, [1977] 2 S.C.R. 729, at 738, 14 N.R. 72 . . . Pigeon J., for the Court, accepted the following definition of "business" given by Lindley L.J., in *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch. D. 71 at 88 (C.A.), as meaning "almost anything which is an occupation, as distinguished from a pleasure—anything which is an occupation or duty which requires attention" Pigeon J. added that the word "business" is often applied to operations carried on without an expectation of profit. The agency, in my view, qualifies under the word "federal business." The band is an employer under the Code (*Public Service Alliance of Canada v. Francis*, [1982] 2 S.C.R. 72 (S.C.C.)). I therefore conclude that the adjudicator had jurisdiction under the *Canada Labour Code*.

So, this Court also finds that the creation, activities and operations of the applicant, and the work for which the applicant employed Ms. Duncan, all constitute a "federal work, undertaking or business" within the meaning of paragraph 2(i) of the *Canada Labour Code*. In light of the logic and in regard to the jurisprudence, to hold otherwise would be perverse. The applicant's objection to Mr. Bass' jurisdiction as an adjudicator is dismissed.

It does not appear that notification of a constitutional question to be litigated was given to the provincial attorneys-general. That omission must be remedied by the appellant, if an appeal be taken on this matter. In her order granting intervener status Madam Justice McGillis did not accord the intervener any right of appeal, because, no doubt, the then would-be intervener did not invoke Rule 1611(3) [as enacted by SOR/92-43, s. 19], even although its notice of application refers to Rule 1611(1) [as enacted *idem*]. The intervener should obtain counsel's advice on this matter: it might not even now be too late to apply, if so advised, upon demonstrating proper grounds. The Supreme Court's decision in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Educa-*

Madame le juge Desjardins en son nom personnel ainsi qu'au nom du juge Mahoney dans l'arrêt *Conseil de la bande Tobique c. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170 (C.A.F.), aux pages 177 et 178:

Après avoir conclu qu'il s'agit en l'espèce d'un cas de compétence législative fédérale, j'estime également que le *Code canadien du travail* occupe ce champ.

Dans l'arrêt *Yellowknife c. C.R.T. (Can.)*, [1977] 2 R.C.S. 729, à la p. 738, 14 N.R. 72 . . . le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la Cour, a accepté la définition suivante du terme «affaire» donnée par le lord juge Lindley dans *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch. D. 71, à la p. 88 (C.A.), comme [TRADUCTION] «presque tout ce qui est une occupation, par opposition à un plaisir—n'importe quel devoir ou occupation qui exige de l'attention». Le juge Pigeon a ajouté que le terme «affaire» est souvent appliqué à des activités poursuivies sans but lucratif. À mon avis, l'organisme correspond à la réalité décrite par l'expression «affaire de compétence fédérale». La bande est un employeur en vertu du Code (*L'Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis*, [1982] 2 R.C.S. 72 (C.S.C.)). Je conclus donc que l'arbitre était compétent en vertu du *Code canadien du travail*.

Par conséquent, la Cour conclut également que la création et les activités de la requérante, et le travail pour lequel cette dernière a employé M^{me} Duncan, constituent toutes une «entreprise fédérale» au sens de l'alinéa 2i) du *Code canadien du travail*. Conformément à la logique et compte tenu de la jurisprudence, juger autrement serait abusif. L'objection que l'appelante a formulée à la compétence de M. Bass en sa qualité d'arbitre est rejetée.

Il ne semble pas que les procureurs généraux provinciaux aient été avisés qu'une question constitutionnelle serait débattue. L'appelante doit remédier à cette omission, si un appel est interjeté sur ce point. Dans l'ordonnance par laquelle elle a accordé le statut d'intervenante, Madame le juge McGillis n'a pas conféré le droit d'appel à l'intervenante, parce que, sans doute, la future intervenante n'avait pas invoqué la Règle 1611(3) [éditée par DORS/92-43, art. 19], et ce, bien que, dans son avis de demande, la Règle 1611(1) [éditée, *idem*] soit mentionnée. L'intervenante devrait obtenir l'opinion d'un avocat sur ce point: il ne serait peut-être même pas trop tard pour présenter une demande, si l'avocat lui conseille de le faire, dans la mesure où elle démontre l'existence de motifs valables. L'arrêt *Société des Acadiens du Nou-*

tion et al., [1986] 1 S.C.R. 549, deals with interveners' rights of appeal.

Notification of a constitutional question, to be given to the federal and provincial attorneys-general, is provided and governed by section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)], and by Rules 301.1 [as enacted by SOR/92-43, s. 2] and 1101.

ISSUE OF LOSS OF JURISDICTION FOR ALLEGEDLY PATENT UNREASONABLENESS

The Court's power to undertake judicial review of the Adjudicator's manner of coming to his decision has been oft affirmed by authoritative jurisprudence, despite the provisions of section 243 of the *Canada Labour Code*. As may be gleaned from the statement by La Forest J. in the *Dayco* case (page 250), above cited: if review of the Adjudicator's interpretation of all the admitted evidence before him be sought, the scope would be a narrow one. The Court must embark, in such a case, "on a patent unreasonability enquiry." So be it. This is what the applicant seeks. If the enquiry be positive, the Adjudicator's decision must obviously be set aside, or quashed, given the criterion of the enquiry: a patently unreasonable decision ought not to stand. It could never have been Parliament's purpose to immunize such a decision from review, if that is what it turns out to be, after review.

If, on the other hand, the Adjudicator's conduct of the enquiry, including the result, be not "patently unreasonable," then the Court must dismiss the application for judicial review. In the Adjudicator's reasoning and decision in the instant case, there are several inconsistencies and incongruencies as to what evidence to believe and what to reject, and inferences to be drawn therefrom. Such flaws are clearly protected by the operation of the Code's section 243, even although the applicant's counsel made reference to them in his presentation.

veau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres, [1986] 1 R.C.S. 549, de la Cour suprême, se rapporte aux droits d'appel des intervenants.

La notification d'une question constitutionnelle qui doit être donnée aux procureurs généraux fédéral et provinciaux est prévue à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)], ainsi qu'aux Règles 301.1 [éditée par DORS/92-43, art. 2] et 1101.

QUESTION DE LA PERTE DE COMPÉTENCE FONDÉE SUR LE CARACTÈRE APPAREMMENT MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE

Le pouvoir que possède la Cour d'effectuer un contrôle judiciaire de la façon dont l'arbitre est arrivé à sa décision a souvent été confirmé par des arrêts qui font autorité, et ce, malgré les dispositions de l'article 243 du *Code canadien du travail*. Comme la déclaration que le juge La Forest a faite dans l'arrêt *Dayco* (page 250), précité, permet de le constater, si l'examen de l'interprétation que l'arbitre a donnée à tous les éléments de preuve qui ont été admis devant lui était sollicitée, sa portée serait limitée. En pareil cas, la Cour doit se lancer dans «un examen fondé sur le caractère manifestement déraisonnable». Qu'il en soit ainsi. C'est ce que la requérante sollicite. Si l'enquête s'avère positive, la décision de l'arbitre doit de toute évidence être infirmée, ou annulée, compte tenu du critère qui s'applique à l'enquête: on ne saurait maintenir une décision manifestement déraisonnable. Le Parlement ne voulait certainement pas exempter pareille décision du contrôle, si l'examen montre qu'elle est manifestement déraisonnable.

Si, d'autre part, la conduite de l'enquête par l'arbitre, y compris le résultat, n'est pas «manifestement déraisonnable», la Cour doit rejeter la demande de contrôle judiciaire. Dans le raisonnement que l'arbitre a fait et dans la décision qu'il a rendue en l'espece, il existe plusieurs incohérences et inconséquences au sujet des éléments de preuve qu'il faut retenir et de ceux qu'il faut rejeter, ainsi que des déductions qui peuvent être faites à ce sujet. Pareils vices sont clairement protégés par l'application de l'article 243 du Code, bien que l'avocat de la requérante en ait fait mention dans son exposé.

The major flaw among those to which applicant's counsel directed his criticism had to do with the Adjudicator's apparent equanimity about the complainant's failure to testify on matters on which the Adjudicator drew inferences and made findings against the employer, giving at bottom an appearance of bias on the Adjudicator's part. The employer, by counsel, therefore had no opportunity to cross-examine the complainant, and it is alleged, the resulting decision and the process were unfair because of that lack of opportunity to cross-examine the complainant; and because the Adjudicator did not even consider drawing negative inferences against the complainant, when he ought to have done that in view of her failure to give evidence personally.

THE ADJUDICATOR'S REASONS AND ORDER

The respondent Duncan, who was the complainant in the proceedings taken before the Adjudicator, was employed in the job of [welfare] program supervisor: she was a welfare administrator. The Adjudicator determined that she was not employed as a manager and so, her complaint remained within his jurisdiction on that score. The complainant had been suspended from her job in February, 1990, a year earlier than the material times. The Band Council later disagreed with that suspension and reinstated her.

The complainant was also suspended, and without pay, on February 13, 1991, effective immediately and for an indefinite period. The Council's letter to her announcing that measure was exhibit 8 at that hearing and it recited the following alleged misconduct by the complainant, in the Adjudicator's words:

1. Participating in certain activities to undermine and discredit the actions of the Chief and Council of the Norway House Indian Band.
2. Failing to keep the trust and loyalty that was a prerequisite of her position of responsibility and authority within the administration of the Norway House Indian Band.

Le principal vice, parmi ceux qui étaient visés par les critiques de l'avocat de la requérante, se rapportait à la tranquillité d'esprit apparente de l'arbitre en ce qui concerne le fait que la plaignante n'avait pas témoigné au sujet de questions sur lesquelles celui-ci s'était fondé pour faire des déductions et tirer des conclusions défavorables à l'employeur, de sorte que, au fond, il semblait partial. L'employeur, par l'entremise de l'avocat, n'avait donc pas eu la possibilité de contre-interroger la plaignante et, est-il allégué, la décision en résultant et la procédure étaient inéquitable parce que l'employeur n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger la plaignante et parce que l'arbitre n'avait même pas envisagé de faire des déductions défavorables à la plaignante, comme il aurait dû le faire, puisqu'elle avait omis de présenter personnellement une preuve.

LES MOTIFS ET L'ORDONNANCE DE L'ARBITRE

L'intimée Duncan, qui était la plaignante dans les procédures engagées devant l'arbitre, travaillait comme superviseuse d'un programme [de bien-être]: elle était administratrice en matière de bien-être. L'arbitre a conclu qu'elle n'occupait pas un poste de direction et que la plainte qu'elle avait présentée relevait donc de sa compétence. La plaignante avait été suspendue en février 1990, un an avant la période qui nous intéresse. Le conseil de la bande avait par la suite été en désaccord avec cette suspension et avait réintégré M^{me} Duncan.

La plaignante a également été suspendue, sans rémunération, le 13 février 1991, la suspension devant prendre effet immédiatement et pendant une période indéterminée. La lettre par laquelle le conseil avait informé la plaignante de la mesure qui avait été prise a été versée à titre de pièce 8 à l'audience qui a eu lieu devant l'arbitre; il y était fait mention des fautes de conduite que la plaignante avait apparemment commises, et dont l'arbitre a parlé comme suit:

- [TRADUCTION] 1. Le fait d'avoir participé à certaines activités visant à saper et à discréditer l'autorité du chef et du conseil de la bande indienne de Norway House.
2. Le fait de ne pas avoir continué à mériter la confiance et d'avoir manqué de loyauté, ce qui constituait une condition nécessaire relativement au poste de responsabilité et de direction qu'elle occupait au sein de l'administration de la bande indienne de Norway House.

3. Not being satisfied with the ongoing administration of the programs of the Norway House Indian Band.

The letter also said in referring to a section of the Policies and Procedural Guidelines Manual:

“Under Section 3.21, Terminations, sub-section 3.21.1 states ‘All employees may be terminated without notice for just cause’ as defined c) Insubordination.” [Record page 21, reasons page 7]

Then, further along, the Adjudicator wrote:

In the early evening of February 13, 1991, Mr. Hart [who earlier that day had written the letter, (ex. 8), to the complainant] accompanied Chief Ross and some councillors to the radio station. Chief Ross had intended to make an address concerning certain financial information which had been distributed to the community, other than by the Chief and Council. There were a number of people, including the Complainant, at the radio station. There was some evidence of pushing and shouting at the radio station by the group which was there when the Chief and his group arrived. This incident lasted approximately 30 minutes. The Complainant was one of the people who Mr. Hart saw blocking the doorway when some of the members of Chief Ross’ party were trying to leave the building. Mr. Hart saw the Complainant talking to all of the councillors. She was not yelling.

Mr. Hart [the applicant’s director of operations] was not aware of any problem with the Complainant from February 12, 1991, to March 21, 1991. On March 22, 1991, Mr. Hart wrote the Complainant (Exhibit 13) indicating that Chief Ross and Council had dealt with her request for an appeal of her suspension of February 13, 1991, and that Chief Ross and Council believed that a review of her suspension was not warranted. Mr. Hart’s evidence was that up to then the Complainant had not been fired and no decision had been made to terminate her employment. The Employer’s position is that based on the letter of March 22, 1991, the Complainant’s employment was terminated. On March 21, 1991, Mr. Hart had been instructed to write that letter to deny the Complainant’s appeal and to dismiss her. Chief and Council had made that decision based on her conduct on February 13, 1991. That conduct was subsequent to Exhibit 8 being sent to her. Mr. Hart was not aware of any other incidents that Chief and Council considered. [Record pages 21-22, reasons pages 7-8]

When pressed on cross-examination Mr. Hart indicated that the Complainant was suspended February 13, 1991, because the Chief and Council said she was to be suspended on their allegations against her that she was discrediting Chief and Council.

3. Le fait de ne pas être satisfaite de l’administration courante des programmes de la bande indienne de Norway House.

La lettre disait également ceci, en ce qui concerne une section du Manuel sur les politiques et lignes directrices procédurales:

«Sous la rubrique Cessation d’emploi, le paragraphe 3.21.1 dit ceci: “Il peut être mis fin à l’emploi d’un employé sans préavis pour juste cause” tel que cela est défini en c) Insubordination.» [page 21 du dossier, page 7 des motifs]

Plus loin, l’arbitre a dit ceci:

[TRADUCTION] Au début de la soirée, le 13 février 1991, M. Hart [qui, plus tôt ce jour-là, avait rédigé la lettre (pièce 8) à l’intention de la plaignante] a accompagné le chef Ross et certains conseillers aux locaux de la station radiophonique. Le chef Ross voulait faire une annonce au sujet de certains renseignements financiers qui avaient été diffusés au sein de la collectivité, par d’autres personnes que le conseil ou lui-même. Il y avait un certain nombre de personnes, dont la plaignante, dans les locaux de la station radiophonique. Selon certains éléments de preuve, le groupe qui était dans les locaux de la station radiophonique se bousculait et criait lorsque le chef et son groupe sont arrivés. Cet incident a duré une trentaine de minutes. La plaignante était l’une des personnes que M. Hart avait vue bloquer la porte lorsque certains membres du groupe du chef Ross ont essayé de quitter l’immeuble. M. Hart a vu la plaignante parler à tous les conseillers. Elle ne criait pas.

M. Hart [directeur de l’exploitation de la requérante] n’était pas au courant de l’existence d’un problème qu’on aurait eu avec la plaignante du 12 février 1991 au 21 mars 1991. Le 22 mars 1991, M. Hart a écrit à la plaignante (pièce 13) pour lui faire savoir que le chef Ross et le conseil avaient examiné la demande qu’elle avait présentée en vue d’en appeler de la suspension du 13 février 1991, et qu’ils croyaient qu’un examen de la suspension n’était pas justifié. Selon la preuve présentée par M. Hart, la plaignante n’avait pas encore été congédiée et il n’avait pas été décidé de mettre fin à son emploi. La position de l’employeur est que, compte tenu de la lettre du 22 mars 1991, il avait été mis fin à l’emploi de la plaignante. Le 21 mars 1991, M. Hart avait été chargé de rédiger cette lettre afin d’informer la plaignante que son appel était refusé et qu’elle était congédiée. Le chef et son conseil avaient pris cette décision en se fondant sur la conduite de la plaignante le 13 février 1991, ce qui s’était produit après que la lettre versée au dossier à titre de pièce 8 eut été envoyée à celle-ci. M. Hart ne connaissait pas l’existence d’autres événements dont le chef et le conseil auraient tenu compte. [pages 21 et 22 du dossier, pages 7 et 8 des motifs]

Lorsqu’on a insisté sur ce point pendant le contre-interrogatoire, M. Hart a fait savoir que la plaignante avait été suspendue, le 13 février 1991, parce que le chef et le conseil avaient dit qu’elle devait l’être, en alléguant qu’elle les discréditait.

Neither he nor Mr. Folster investigated them nor obtained the Complainant's side of the story.

Mr. [Sandy] Cromarty [a councillor for 20 years] confirmed that on February 13, 1991, there were a number of people already at the [radio] station when he arrived with Chief Ross and others. He saw the Complainant there and indicated that she was talking, pretty loudly. There was a lot of loud talking and shoving. [Record page 23, reasons page 9; emphasis not in original text.]

Next the Adjudicator wrote of the testimony of Peter Albert, who had been a member of the Norway House Band Council only since November, 1990:

Mr. P. Albert was part of the group with Chief Ross who attended at the radio station in the early evening of February 13, 1991. He confirmed that there were a number of people standing inside the station, including the Complainant. There was some shouting and shoving. He saw the Complainant in the exit doorway preventing some people from leaving. He was of the opinion that the Complainant was irate. She was verbally abusive, although none of the abuse he felt was directed at him. He felt that the Complainant was playing the part that everyone else in the station was playing and that was to resist Chief Ross and Council.

Prior to the incident at the radio station Mr. P. Albert had been informed at Council about the Complainant's conduct and had been part of the decision to suspend her indefinitely until further investigation. After the incident at the radio station he was part of the Council decision which was made to terminate her employment.

He felt the Complainant was not being respectful of elected leaders by undermining the elected leadership, putting them down wherever possible and trying to get them out of power. [Record pages 24 and 25, reasons pages 10 and 11; emphasis not in original text.]

His [P. Albert's] decision on the indefinite suspension of the Complainant was based on her insubordination. The basis of his knowledge was information given to him by others. He had no direct evidence of her involvement in any dissident group. He had not sought her explanation of it. He acknowledged that it was normal for band members to discuss how the Chief and Council were working. The concept of freedom of speech as set forth in the Charter of Rights is consistent with Band custom. He had believed that the Complainant was involved in the dissident political group but acknowledged that he might have been mistaken in that belief.

Ni M. Folster ni lui n'ont fait enquête ou n'ont demandé à la plaignante de donner sa version des faits.

a M. [Sandy] Cromarty [qui était conseiller depuis 20 ans] a confirmé que, le 13 février 1991, un certain nombre de personnes étaient déjà dans les locaux de la station [radiophonique] lorsqu'il est arrivé avec le chef Ross et d'autres personnes. Il a vu la plaignante et il a dit qu'elle parlait passablement fort. On élevait beaucoup la voix et on se bousculait beaucoup. [page 23 du dossier, page 9 des motifs; non souligné dans le texte original.]

c Puis, l'arbitre a parlé du témoignage de Peter Albert, qui était conseiller de la bande de Norway House depuis le mois de novembre 1990 seulement:

[TRANSDUCTION] M. P. Albert faisait partie du groupe qui, avec le chef Ross, s'était présenté dans les locaux de la station radiophonique au début de la soirée, le 13 février 1991. Il a confirmé qu'il y avait un certain nombre de personnes à l'intérieur des locaux de la station, dont la plaignante. On criait et on se bousculait. Il a vu la plaignante à la sortie, empêchant certaines personnes de partir. Selon lui, la plaignante était en colère. Elle proférait des injures, mais à son avis, aucune des injures ne s'adressait à lui. Selon lui, la plaignante faisait la même chose que toutes les autres personnes qui étaient dans les locaux de la station, c.-à-d. qu'elle manifestait son opposition au chef Ross et au conseil.

f Avant les événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique, M. P. Albert avait été informé de la conduite de la plaignante lors d'une séance du conseil, et avait participé à la décision de suspendre celle-ci pour une période indéfinie jusqu'à ce qu'on fasse enquête. Par la suite, il a participé à la décision du conseil de mettre fin à l'emploi de la plaignante.

g Il estimait que la plaignante manquait de respect envers les chefs élus en nuisant aux membres élus de la direction, en les critiquant le plus souvent possible et en essayant de leur faire perdre leur pouvoir. [pages 24 et 25 du dossier, pages 10 et 11 des motifs; non souligné dans le texte original.]

h Sa décision [soit celle de P. Albert] au sujet de la suspension indéfinie de la plaignante était fondée sur l'insubordination de cette dernière. Il fondait sa conviction sur des renseignements que d'autres personnes lui avaient donnés. Il ne disposait d'aucune preuve directe de la participation de la plaignante à quelque groupe dissident. Il n'avait pas cherché à obtenir d'explications de la part de cette dernière. Il reconnaissait qu'il était normal que les membres de la bande discutent de la façon dont le chef et le conseil travaillaient. La notion de liberté de parole garantie par la Charte des droits est conforme à la coutume de la bande. Il avait cru que la plaignante participait aux activités du groupe politique dissident, mais il reconnaissait qu'il avait pu se tromper.

The foundation for Mr. P. Albert's conclusions as to the Complainant not being respectful of elected leaders and trying to get them out of power is all hearsay and accordingly I do not put much weight on it. [Record page 26, reasons page 12; emphasis not in original text.]

One must realize that in the last above passage the Adjudicator was concerned with Peter Albert's testimony about the suspension imposed by the Council, of which the complainant had notice before the evening incident at the radio station on February 13, 1991. Mr. Albert's testimony about that chaotic incident was first-hand, eye-witness evidence and not hearsay. The complainant's version of that incident was not given in testimony, thus denying the employer's counsel the opportunity of cross-examination.

Here is a passage from the Adjudicator's reasons concerning the testimony of Ms. Maggie (a.k.a. Myrna) Gamblin:

She testified of the existence of a definable group of individuals who were politically opposed to Chief Ross and Council. Evidence was given of some of the activities of the group including at some public band meetings. It is the theory of the Employer that the Complainant was a member of this group and participated in these activities. Ms. Gamblin provided no evidence that the Complainant was a member of the group and participated in these activities.

Ms. Gamblin was present at the radio station during the incident in the early evening of February 13, 1991. There were a number of people in the station including Ms. Gamblin, when the Chief and some of the councillors arrived. The Complainant was also present but Ms. Gamblin did not know why the Complainant was there. There was some shouting and confusion. Ms. Gamblin gave no evidence as to any radio broadcast on February 13, after this incident.

There was some evidence that the Complainant did accompany Ms. Gamblin when Ms. Gamblin travelled around to get signatures herself to a petition. There was no evidence as to the wording of the petition but its purpose was to remove Chief Ross and Council. This petition was started prior to February 13, 1991. Ms. Gamblin indicated that the Complainant did not go with Mr. Gamblin to deal with that petition until after February 13, 1991. [Record pages 26 and 27, reasons pages 12 and 13; emphasis not in original text.]

The testimony of Mr. J. J. Muswagon implicated the complainant in the dissident group at Norway House

Le fondement des conclusions que M. P. Albert a tirées en ce qui concerne le fait que la plaignante manquait de respect envers les chefs élus et essayait de leur faire perdre leur pouvoir constitue du oui-dire et je n'y accorde donc pas beaucoup d'importance. [pages 26 du dossier, page 12 des motifs; non souligné dans le texte original.]

Il faut se rendre compte que, dans le dernier passage cité, l'arbitre parlait du témoignage de Peter Albert au sujet de la suspension imposée par le conseil, dont la plaignante avait été avisée avant le soir où se sont produits les événements dans les locaux de la station radiophonique, le 13 février 1991. Le témoignage de M. Albert au sujet de l'agitation qui régnait constituait une preuve de première main, présentée par un témoin oculaire, et non du oui-dire. La version que la plaignante a donnée au sujet des événements n'a pas été présentée dans le cadre d'un témoignage, de sorte que l'avocat de l'employeur n'a pas eu la possibilité de contre-interroger cette dernière.

Voici un passage des motifs de l'arbitre concernant le témoignage de M^{me} Maggie (alias Myrna) Gamblin:

[TRADUCTION] Elle a témoigné au sujet de l'existence d'un groupe précis de personnes qui s'opposait sur le plan politique au chef Ross et au conseil. Elle a témoigné au sujet de certaines activités du groupe, notamment pendant certaines assemblées publiques de la bande. Selon l'employeur, la plaignante était membre de ce groupe et participait à ces activités. M^{me} Gamblin n'a présenté aucune preuve selon laquelle la plaignante était membre du groupe et participait à ces activités.

M^{me} Gamblin était dans les locaux de la station radiophonique lors des événements qui se sont produits au début de la soirée, le 13 février 1991. Il y avait un certain nombre de personnes dans les locaux de la station, dont M^{me} Gamblin, lorsque le chef et certains conseillers sont arrivés. La plaignante était également là, mais M^{me} Gamblin ne savait pas pourquoi. Il y avait des cris et de la confusion. M^{me} Gamblin n'a pas témoigné au sujet d'une annonce qui aurait été diffusée à la radio le 13 février, après cet événement.

Selon certains éléments de preuve, la plaignante a accompagné M^{me} Gamblin lorsque cette dernière se déplaçait pour faire elle-même signer une pétition. Aucune preuve n'a été présentée au sujet du libellé de la pétition, mais celle-ci visait à faire destituer le chef Ross et le conseil. On avait commencé à faire signer cette pétition avant le 13 février 1991. M^{me} Gamblin a fait savoir que la plaignante n'a accompagné M. Gamblin pour faire signer la pétition qu'après le 13 février 1991. [Pages 26 et 27 du dossier, pages 12 et 13 des motifs; non souligné dans le texte original.]

Le témoignage de M. J. J. Muswagon impliquait la plaignante dans les activités du groupe dissident,

reserve. Members together of the Communications Board, he testified that the complainant had spoken unfavourably of Chief Ross' conduct of his office.

Mr. Alpius Wilson's testimony was reviewed by the Adjudicator, in part, thus:

He felt that the Complainant was part of it [the dissident group] because she was always asking him [the executive assistant to the chief and council] questions about what Chief Ross was up to. He also felt uncomfortable by her asking a number of questions about what was happening in Council. Mr. Wilson sensed that the Complainant was trying to keep track of Chief Ross. Her questioning was done through daily contact. On cross-examination he admitted that he could be exaggerating when he indicated that the Complainant called him every day. This was during the time that she was employed as Welfare Administrator by the Employer. Mr. Wilson felt that the Complainant was part of this concerned citizens group because she "hangs around" with the members of the group. He felt that if you hang around with a group that long the only conclusion is that you believe in that group. What he saw was that the group wanted to undermine the Chief and Council. I am not prepared to accept that one is a member of a group simply because of such association as Mr. Wilson has described.

Several other witnesses' testimony was summarized by the Adjudicator, including that of Chief Ross which was reported at length in the reasons. Chief Ross, by testifying, accorded the complainant's counsel the opportunity of cross-examination. (Emphasized passages, above, indicate where complainant should have been available for cross-examination.) The key importance of that opportunity is demonstrated within the Adjudicator's lengthy summary of Chief Ross' testimony:

In the minutes of the Band Council meeting on February 12, 1991, it is stated that Mr. Hubert Folster was also heavily involved in the activities and group which was working to remove the Chief and Council from office. It is reported in the minutes that his "action/statement" is recorded on tape of the January 9, 1991, Band meeting. Chief Ross stated that despite this Mr. Folster was not disciplined, suspended or his employment terminated. In his testimony Mr. Folster said that this allegation in the minutes was untrue. [Record page 46, reasons page 32; emphasis not in original text.]

dans la réserve Norway House. Ils étaient tous deux membres du comité des communications, et il a témoigné que la plaignante avait parlé d'une façon défavorable de la façon dont le chef Ross exerçait ses fonctions.

L'arbitre a en partie examiné le témoignage de M. Alpius Wilson comme suit:

[TRADUCTION] Il croyait que la plaignante en faisait partie [du groupe dissident] parce qu'elle lui [l'adjoint exécutif du chef et du conseil] posait toujours des questions au sujet de ce que faisait le chef Ross. Le fait qu'elle posait un certain nombre de questions au sujet de ce qui arrivait au sein du conseil le mettait également mal à l'aise. M. Wilson pensait que la plaignante essayait de se tenir au courant des activités du chef Ross. Elle posait des questions en communiquant avec lui tous les jours. Pendant le contre-interrogatoire, le témoin a reconnu qu'il exagérerait peut-être lorsqu'il disait que la plaignante l'appelait tous les jours. C'était à l'époque où M^{me} Duncan travaillait comme administratrice du programme de bien-être auprès de l'employeur. M. Wilson croyait que la plaignante faisait partie de ce groupe de citoyens intéressés parce qu'elle «se tenait» avec les membres du groupe. Il croyait que si une personne se tient avec un groupe aussi longtemps, la seule conclusion possible est qu'elle est partisane de celui-ci. Il croyait que le groupe voulait nuire au chef et au conseil. Je ne suis pas prêt à reconnaître qu'une personne est membre d'un groupe simplement par suite d'une association comme celle que M. Wilson a décrite.

L'arbitre a résumé la déposition de plusieurs autres témoins, dont celle du chef Ross, qu'il a citée au complet dans ses motifs. En témoignant, le chef Ross a donné à l'avocat de la plaignante la possibilité de le contre-interroger. (Les passages que j'ai soulignés, ci-dessus, montrent les points sur lesquels la plaignante aurait pu être contre-interrogée.) L'importance cruciale de cette possibilité est démontrée dans le long résumé du témoignage du chef Ross que l'arbitre a fait:

[TRADUCTION] Dans le procès-verbal de l'assemblée du conseil de la bande qui a eu lieu le 12 février 1991, il est déclaré que M. Hubert Folster participait également fortement aux activités du groupe qui essayait de destituer le chef et le conseil. Dans le procès-verbal, il est mentionné que son «action» ou sa «déclaration» a été enregistrée sur bande lors de l'assemblée de la bande, le 9 janvier 1991. Le chef Ross a déclaré que, malgré tout, M. Folster n'avait pas été assujéti à des mesures disciplinaires, qu'il n'avait pas été suspendu ou qu'il n'avait pas été mis fin à son emploi. Dans son témoignage, M. Folster a dit que l'allégation qui figurait dans le procès-verbal n'était pas exacte. [Page 46 du dossier, page 32 des motifs; non souligné dans le texte original.]

The emphasized words show how important it is to give testimony about personal conduct which is alleged against one, so that the tribunal can have the benefit of both sides of the dispute. Needless to say, the adjudication under review was wholly concerned about the personal conduct of the complainant and that of the Chief and Council. But the Adjudicator never heard the complainant's testimony nor was counsel for the employer ever accorded the opportunity to cross-examine her. Perhaps that was her counsel's decision, but if so, that decision is far from the end of the matter.

ANALYSIS

Note how the Adjudicator makes no adverse comment on the credibility of the witness Ron Evans, even while blandly accepting that witness' apparently unfounded allegation of malice on Chief Ross' part for finding the February 12 [*sic*] 1991 incident reason enough to discharge the complainant, while the witness himself found it reason enough to discharge her.

Mr. Evans was present at the incident at the radio station on February 13, 1991. He confirmed that there was a lot of people there including the Complainant. He was the first one to leave and was able to walk out the door around the Complainant. He did not have to "shove past her". At the time, and on the day after, he was upset by the incident at the radio station, that is to say being prevented [Who? Chief Ross] from going on the air. He was still upset the next day and at that time he was in favour of letting the Complainant go. There was no decision to let her go immediately. As of February 14, 1991, she was not fired. [Record pages 52-53, reasons pages 38-39.]

The Adjudicator appears to accept this testimony. So, was Mr. Evans harbouring malice, too, or was there a truly objective cause for dismissing the complainant? In picking at the employer's witnesses' credibility, but remaining silent on this sort of inconsistency, the Adjudicator gives the reader a reasonable apprehension of bias. Other such occasions in the Adjudicator's reasons were mentioned by the employer's counsel at the hearing of this case.

Les mots que j'ai soulignés montrent jusqu'à quel point il est important de témoigner au sujet de la conduite personnelle reprochée, de sorte que le tribunal puisse avoir à sa disposition les versions des deux parties au litige. Il va sans dire que la décision à l'étude se rapportait entièrement à la conduite personnelle de la plaignante ainsi qu'à celle du chef et du conseil. Cependant, l'arbitre n'a jamais entendu le témoignage de la plaignante et l'avocat de l'employeur n'a jamais eu l'occasion de contre-interroger celle-ci. L'avocat de la plaignante avait peut-être décidé d'agir ainsi, mais si c'est le cas, cette décision est loin de mettre un terme à l'affaire.

ANALYSE

Il est à noter que l'arbitre ne fait aucune remarque défavorable au sujet de la crédibilité du témoin Ron Evans, même s'il retient aveuglément l'allégation apparemment non fondée que celui-ci a faite, à savoir que le chef Ross avait agi avec malveillance en jugeant que les événements du 12 [*sic*] février 1991 justifiaient le congédiement de la plaignante, alors que le témoin estimait lui-même que c'était une bonne raison de la congédier.

[TRADUCTION] M. Evans était présent lors des événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique le 13 février 1991. Il a confirmé qu'il y avait beaucoup de gens, dont la plaignante. Il a été le premier à partir et a pu sortir en passant à côté de la plaignante. Il n'a pas eu à «la pousser». À ce moment-là, et le lendemain, les événements qui s'étaient produits dans les locaux de la station radiophonique, c'est-à-dire le fait qu'il [Qui? Le chef Ross] n'avait pas pu passer sur les ondes, l'avaient bouleversé. Il était encore bouleversé le lendemain et, à ce moment-là, il était d'accord pour qu'on congédie la plaignante. Il n'a pas été décidé de la congédier immédiatement. Le 14 février 1991, on ne l'avait pas encore congédiée. [Pages 52 et 53 du dossier, pages 38 et 39 des motifs.]

L'arbitre semble retenir ce témoignage. Par conséquent, M. Evans faisait-il lui aussi preuve de malveillance, ou existait-il une véritable cause objective permettant de congédier la plaignante? Le fait que l'arbitre s'attaque à la crédibilité des témoins de l'employeur, sans rien dire au sujet de ce genre d'inconséquence, justifie une appréhension raisonnable de partialité de la part du lecteur. D'autres exemples de ce genre, dans les motifs de l'arbitre, ont été mentionnés par l'avocat de l'employeur, lors de l'audition de la demande.

At page 45 of his reasons (record page 59) the Adjudicator reports: "The Complainant did not testify, other than on the initial jurisdictional point."

There are matters recounted in the Adjudicator's reasons which cry out for the complainant's testimony, and the employer's opportunity to cross-examine her. In the passages earlier above-recited herein with the Court's own emphasis added, there are allegations upon which the complainant's testimony was needed. Now, here is another, reported by the Adjudicator in his reasons, being the first of three circumstances which, the Adjudicator reports, were relied upon by the employer to justify termination of the complainant's employment:

a) The Complainant's signing of the letter Exhibit 15. Exhibit 15 is a letter signed by a number of people directed to Vic Savino, a lawyer for the Employer, requesting that any funds to be advanced under the Northern Flood Agreement be held in abeyance until consent is given by Band members. Chief Ross testified that this letter had the effect of hampering the ability of Chief and Council in their negotiations concerning the Northern Flood Agreement. There is a signature on this letter which purports to be that of the Complainant. The Employer's position is that the Complainant should not have signed this letter. There was however no probative evidence presented that the Complainant had in fact signed this letter. I ACCORDINGLY find that this circumstance was not valid justification for any employee discipline (which I take herein to include dismissal). [Record page 72, reasons page 58; emphasis not in original text.]

There is a major finding of the Adjudicator.

Without the complainant's testimony in chief, and tested by cross-examination, the Adjudicator was misled into making a wrong finding, a 180° wrong finding. He rejected one of the employer's main contentions without hearing the complainant's testimony as to whether it was her signature or not. The balance of probabilities, in the absence of her cogent sworn denial, steeply inclines to a finding that it was her signature. But the Adjudicator, finding no probative evidence that a signature which appeared to be the complainant's signature, and without her testimony to deny it, accordingly found "that this circumstance was not a valid justification for . . . discipline." (Record page 72, reasons page 58.) The implication

À la page 45 de ses motifs (page 59 du dossier), l'arbitre dit ceci: [TRADUCTION] «La plaignante n'a pas témoigné, sauf sur le point initial concernant la compétence.»

a Dans ses motifs, l'arbitre a cité des questions sur lesquelles la plaignante aurait dû témoigner, et l'employeur avait la possibilité de contre-interroger celle-ci. Dans les extraits précités, où la Cour a souligné certains passages, figurent des allégations au sujet desquelles la plaignante aurait dû témoigner. En voici une autre, dont l'arbitre a fait mention dans ses motifs, soit la première de trois circonstances sur lesquelles, selon l'arbitre, l'employeur s'est fondé pour justifier le fait qu'il avait mis fin à l'emploi de la plaignante:

[TRADUCTION] a) Le fait que la plaignante a signé la lettre versée au dossier à titre de pièce 15. La pièce 15 est une lettre adressée à Vic Savino, avocat de l'employeur, qu'un certain nombre de gens ont signée et dans laquelle on demandait que le paiement de toute somme devant être avancée en vertu de l'accord Northern Flood soit suspendu tant que les membres de la bande n'auraient pas donné leur consentement. Le chef Ross a témoigné que cette lettre avait pour effet de lui nuire ainsi qu'au conseil dans les négociations relatives à l'accord Northern Flood. Sur cette lettre figure une signature qui serait apparemment celle de la plaignante. La position de l'employeur est que la plaignante n'aurait pas dû signer la lettre. Toutefois, on n'a présenté aucune preuve probante montrant que la plaignante avait de fait signé cette lettre. Par conséquent, je conclus que cette circonstance ne constituait pas une justification valable permettant d'assujettir l'employée à des mesures disciplinaires (ce que j'interprète en l'espèce comme comprenant le congédiement). [Page 72 du dossier, page 58 des motifs]; non souligné dans le texte original.]

b L'arbitre a tiré une conclusion importante.

En l'absence du témoignage en chef de la plaignante, qu'un contre-interrogatoire aurait permis d'apprécier, l'arbitre a été amené à tirer une conclusion tout à fait erronée. Il a rejeté l'une des principales prétentions de l'employeur, sans entendre le témoignage de la plaignante au sujet de la question de savoir s'il s'agissait de sa signature. En l'absence d'une dénégation convaincante faite sous serment, la prépondérance des probabilités donne fortement à penser qu'il s'agissait de fait de la signature de la plaignante. Cependant, l'arbitre, qui a conclu à l'inexistence d'une preuve probante selon laquelle la signature en question était celle de la plaignante, et en l'absence du témoignage de cette dernière réfutant

is that it would have been a valid justification if the complainant had signed the protest letter. However, the evidence on a balance of probability—without her sworn denial—indicated that it was her signature. This disposition of the Adjudicator constitutes an egregious error of fact, and is patently unreasonable.

The Adjudicator's reasoning about the employer's points b) and c), and particularly c), is shaky. In c) he makes the order of events a key factor. How the complainant accepted her employer's decision (obscenities and accusation of theft) is surely pertinent in assessing her behaviour. The decision conveyed to her was about removing her from the communications committee, not about her dismissal, which came later.

On page 60 of his reasons (record page 74) the Adjudicator evinces such a lack of objectivity as to criticize the employer's failure to call evidence, without ever criticizing the complainant's failure to testify on many crucial, as well as peripheral issues. On page 61 (record page 75) the Adjudicator notes "that no witnesses were called by the Employer to rebut this evidence given by Mr. Evans." Mr. Evans was the one who accused the Chief of malice with nothing to support that allegation; he even testified that the letter from Chief and Council of February 13, 1991, before the incident at the radio station, really meant dismissal although stating "indefinite suspension." This the Adjudicator accepted. The complainant regarded herself not as fired, but as a suspended employee even after February 13, 1991 as the Adjudicator notes in considering exhibit 9.

NON-PRODUCTION OF TESTIMONY

The Adjudicator conducted the hearing as if it were the trial of an accused, at which he, the judge, is

la chose, a donc conclu [TRADUCTION] «que cette circonstance ne constituait pas une justification valable permettant de . . . prendre une mesure disciplinaire». (Page 72 du dossier, page 58 des motifs.) Cela laisse entendre qu'il y aurait eu une justification valable si la plaignante avait signé la lettre de protestation. Toutefois, selon la prépondérance des probabilités—en l'absence d'une dénégation faite sous serment—la preuve montrait qu'il s'agissait de sa signature. Cette décision de l'arbitre constitue une énorme erreur de fait, et est manifestement déraisonnable.

Le raisonnement que l'arbitre a fait au sujet des points b) et c) soulevés par l'employeur, et en particulier du point c), est faible. En ce qui concerne le point c), l'arbitre fait de la suite des événements un facteur crucial. La façon dont la plaignante a accepté la décision de l'employeur (grossièretés et accusation de vol) est certes pertinente aux fins de l'évaluation de son comportement. La décision qui lui a été transmise était de la retirer du comité des communications, et non de la congédier, ce qui a eu lieu plus tard.

À la page 60 de ses motifs (page 74 du dossier), l'arbitre démontre son manque d'objectivité à un point tel qu'il critique l'omission de l'employeur de présenter une preuve, sans jamais critiquer l'omission de la plaignante de témoigner sur de nombreuses questions primordiales ou secondaires. À la page 61 (page 75 du dossier), l'arbitre fait remarquer qu'[TRADUCTION] «aucun témoin n'a été cité par l'employeur en vue de réfuter la preuve présentée par M. Evans». M. Evans était celui qui avait accusé le chef d'avoir fait preuve de malveillance sans que cette allégation soit étayée; il a même témoigné que la lettre du chef et du conseil, datée du 13 février 1991, avant les événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique, visait réellement à congédier la plaignante, bien qu'il y ait été fait mention d'une [TRADUCTION] «suspension indéfinie». L'arbitre l'a reconnu. La plaignante estimait non qu'elle avait été congédiée, mais qu'elle avait été suspendue, même après le 13 février 1991, comme l'arbitre le fait remarquer lorsqu'il examine la pièce 9.

OMISSION DE TÉMOIGNER

L'arbitre a conduit l'audience comme s'il s'agissait du procès d'une accusée, auquel lui, le juge, ne

forbidden by law to admonish the “accused” that she ought to testify. Alternatively the Adjudicator erred in apparently finding no evidence which required her to respond by testifying. The Adjudicator thereby acquiesced in denying the employer the opportunity to cross-examine the complainant.

Now, unless summoned to testify on subpoena, there is nothing in law to compel the complainant to testify, but she must thereby face the consequences. They are adverse inferences by the Adjudicator. He drew no adverse inferences regarding the complainant, only regarding the employer who (Chief and Councillors) did testify. The Adjudicator, himself, recited evidence which required her to respond, on pain of adverse inference. This was hardly a kind of “non-suit.” Whether the complainant failed to give evidence as required, in order to avoid adverse inferences, was upon advice of counsel or not, the Adjudicator ought to have admonished her about such a plight and encouraged her to testify. He thereby acquiesced in denying the employer the opportunity of cross-examination. Since she declined to testify on the substantive issues, the Adjudicator ought to have drawn all those adverse inferences open to him, and that might well have produced the dismissal of her complaint. The Adjudicator’s failure in that regard gives the appearance of bias.

There is much jurisprudence on the matter of non-production of evidence, and error of law and error of fact leading to a probably—or at least possibly—different decision. As to the failure to produce cogent evidence, there are the following judgments:

Barnes v. Union SS. Ltd., [1954] 4 D.L.R. 267, wherein Mr. Justice Wilson of the Supreme Court of British Columbia, in a personal injury case of negligence stated, at page 270:

I am reinforced in this conclusion by the mysterious absence from my Court room of any of the ship’s crew, except the steward. The steward says he went to get the chief steward.

pouvait pas, en vertu de la loi, informer l’«accusée» qu’elle devait témoigner. Subsidiairement, l’arbitre a commis une erreur en concluant apparemment qu’il n’existait aucune preuve obligeant la plaignante à répondre en témoignant. L’arbitre a ainsi consenti à refuser à l’employeur la possibilité de contre-interroger la plaignante.

À moins qu’elle ne soit citée comme témoin au moyen d’un subpoena, rien en droit ne contraint la plaignante à témoigner, mais elle doit alors faire face aux conséquences. Il s’agit des déductions défavorables que l’arbitre fait. Or, l’arbitre n’a fait aucune déduction défavorable au sujet de la plaignante, mais uniquement au sujet de l’employeur (le chef et les conseillers), qui a en fait témoigné. L’arbitre lui-même a mentionné les éléments de preuve auxquels la plaignante devait répondre, sous peine de faire l’objet de déductions défavorables. Il s’agissait difficilement d’un genre de [TRADUCTION] «défaut de poursuite». Que la plaignante ait omis de présenter une preuve, comme elle était tenue de le faire, afin d’éviter de faire l’objet de déductions défavorables, par suite des conseils de son avocat ou non, l’arbitre aurait dû l’informer de la situation et l’encourager à témoigner. Il a ainsi consenti à refuser à l’employeur la possibilité de contre-interroger la plaignante. Étant donné que cette dernière a refusé de témoigner sur des questions de fond, l’arbitre aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu’il pouvait faire, et cela aurait bien pu entraîner le rejet de la plainte. L’omission de l’arbitre à cet égard donne l’apparence de partialité.

Il existe de nombreux arrêts se rapportant à la question de la non-production d’un élément de preuve, ainsi que d’une erreur de droit ou de fait entraînant une décision probablement—ou du moins peut-être—différente. En ce qui concerne l’omission de présenter une preuve convaincante, il y a les arrêts suivants:

Barnes v. Union SS. Ltd., [1954] 4 D.L.R. 267, dans lequel le juge Wilson, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans une affaire de lésions corporelles résultant d’une négligence, a dit ceci, à la page 270:

[TRADUCTION] L’absence mystérieuse de la salle d’audience de tout membre d’équipage du navire, sauf le steward me renforce dans cette conclusion. Le steward dit qu’il est allé cher-

Where is the chief steward? The steward says three people helped Barnes up the ladder. None of them were witnesses, although at least one of them is known to be in the Air Force and hence readily traceable. None of the men who had last worked this hold, none of the officers in charge of those men were before me to tell me about the position of the hatch doors. None of the officers who must surely have investigated this very serious accident have been called as witnesses. Out of a large crew the defendant produces one man.

Martin C.J.S. deals with this sort of situation in *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 and at p. 506 cites with approval this passage from Wigmore on Evidence, 3rd ed., Vol. II, p. 162: "The failure to bring before the tribunal some circumstance, document, or witness, when either the party himself or his opponent claims that the facts would thereby be elucidated, serves to indicate, as the most natural inference, that the party fears to do so, and this fear is some evidence that the circumstance or document or witness, if brought, would have exposed facts unfavourable to the party. These inferences, to be sure, cannot fairly be made except upon certain conditions; and they are also open always to explanation by circumstances which make some other hypothesis a more natural one than the party's fear of exposure. But the propriety of such an inference in general is not doubted."

The inferences which I draw from the absence of witnesses who ought to be available to help me are unfavourable to the defendant.

An appeal and cross-appeal from this decision were taken to the Court of Appeal and "thrice" dismissed by all of the appellate judges, writing individually, [1955] 2 D.L.R. 564.

Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. v. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. and Thomson (1989), 100 N.B.R. (2d) 136, is a judgment of the New Brunswick Queen's Bench, wherein it is shown that the alleged signatory did testify (unlike the case at bar). Mr. Justice Creaghan is reported thus, at page 143:

The fact is that the guarantee tendered in evidence purports to be signed by Mr. Thomson. By his own admission it resembles his signature. His testimony is unequivocal that he did not sign a personal guarantee. However he takes pains in his testimony to explain that he is sure it is not his signature because of the nature of the document, that is because he would not have signed a personal guarantee. His testimony is that he does not sign personal guarantees with anyone but the bank.

The question must also be asked why the defendant, who certainly was in the better if not the only position to do so, did not

cher le premier maître d'hôtel. Où est le premier maître d'hôtel? Le steward dit que trois personnes ont aidé Barnes à monter sur l'échelle. Aucune d'elles n'a témoigné, bien qu'on sache qu'au moins une d'entre elles est membre des forces aériennes et peut donc facilement être trouvée. Aucun des hommes qui avaient été les derniers à travailler dans la cale, aucun des officiers responsables de ces hommes, n'a comparu pour me dire quelle était la position des panneaux d'écoutes. Aucun des officiers qui ont sans doute dû enquêter sur cet incident très grave n'a été cité comme témoin. Parmi les nombreux membres d'équipage, la défenderesse ne cite qu'un homme.

Le juge en chef Martin examine ce genre de situation dans l'arrêt *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 et à la p. 506, il cite en l'approuvant ce passage de Wigmore on Evidence, 3^e éd., vol. II, p. 162: «L'omission de présenter au tribunal une circonstance, un document, ou un témoin, alors que la partie elle-même ou son adversaire allègue que les faits seraient ainsi éclaircis, sert à montrer, ce qui est la déduction la plus naturelle, que la partie craint de le faire, et cette crainte prouve d'une certaine façon que la circonstance, le document ou le témoin, s'ils avaient été présentés, auraient exposé des faits défavorables à la partie. De toute évidence, ces déductions ne peuvent être à juste titre faites qu'à certaines conditions; de plus, elles peuvent toujours s'expliquer par des circonstances qui rendent plus naturelle une hypothèse autre que le fait que la partie craignait la divulgation. Cependant, le bien-fondé de pareille déduction en général n'est pas remis en question».

Compte tenu de l'absence des témoins qui auraient dû être disponibles pour m'aider, je fais des déductions défavorables à la défenderesse.

Un appel et un appel incident de cette décision ont été interjetés devant la Cour d'appel, et ils ont été rejetés [TRADUCTION] «à trois reprises» par tous les juges d'appel, qui ont chacun rédigé leurs propres motifs, [1955] 2 D.L.R. 564.

Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. c. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. et Thomson (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 136 est un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans lequel il est démontré que le signataire allégué a témoigné (contrairement à ce qui s'est produit en l'espèce). Le juge Creaghan a dit ceci, à la page 143:

Il reste que la garantie produite en preuve est censée avoir été signée par M. Thomson. Il a lui-même admis que cela ressemble à sa signature. Il a catégoriquement affirmé qu'il n'avait pas signé de garantie personnelle. Toutefois, il a pris soin d'expliquer, dans son témoignage, qu'il était certain que ce n'était pas sa signature en raison de la nature du document, c'est-à-dire parce qu'il n'aurait pas signé une garantie personnelle. Il soutient qu'il n'accorde de garantie personnelle qu'aux banques.

Il faut également se demander pourquoi le défendeur n'a pas cité un expert pour se prononcer sur l'authenticité de sa signa-

call an expert who might testify as to the authenticity of his signature on the guarantee document. Further the matter of the defendant's presence in Saint John on March 17, 1987 begs the question of why the defendant did not call some witness who might corroborate that fact by direct testimony. Surely if he was in Saint John on that date rather than in Richmond Hill, some person would be available to testify to that fact rather than rely on receipted utility bills which might have been paid by anyone.

Creaghan J. then recited [at pages 143-144] the following passages from Sopinka & Lederman [*The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974]:

"It is well recognized that the failure of a party or a witness to give evidence, which it was in the power of the party or witness to give and by which the facts might have been elucidated, justifies the court in drawing the inference that the evidence of the party or witness would have been unfavourable to the party to whom the failure was attributed.

"The rule is not restricted in its application to the plaintiff or other party who has the ultimate burden of proof. Failure on the part of a defendant to testify or to call a witness, once a prima facie case has been made out against the defendant, may be the subject of an adverse inference. While such failure will not, in itself, fill a gap in the case of the party who has the burden of proof, when sufficient evidence has been produced by the latter, so as to create a secondary burden on the opposite party, failure by such party to testify or to call on a witness strengthens the case against him." [Sopinka and Lederman, *supra*, pp. 535, 536, 537]

In the case at bar a letter was tendered which, the employer testified bore the claimant's signature. She did not even testify, but the Adjudicator rejected the evidence because he was not sure that it was her signature, and "I accordingly find that this circumstance was not a valid justification." (Record page 72, reasons page 58.) Does that not point to the probability of a vastly different result? Why did the Adjudicator not accept the evidence, since the complainant was not heard to deny it? It was, or it was not her signature. It was a simple issue to determine. Without her testimony in repudiation—if it would have survived cross-examination—the Adjudicator gives the impression of bias to have made the finding which he made on this crucial issue.

ture sur la garantie, alors qu'il était certainement mieux placé pour pouvoir le faire. Par ailleurs, en ce qui concerne la question de la présence du défendeur à Saint John le 17 mars 1987, on peut se demander pourquoi il n'a pas fait corroborer ce fait par un témoin. Il est certain que, si, à la date en question, il se trouvait à Saint John plutôt qu'à Richmond Hill, il aurait pu trouver quelqu'un pour en témoigner, plutôt que de se fonder sur des reçus de factures de services publics qui peuvent avoir été payées par n'importe qui.

Le juge Creaghan a ensuite cité les passages suivants [aux pages 143 et 144] de Sopinka et Lederman [*The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974]:

«Il est bien connu que le défaut d'une partie ou d'un témoin de présenter une preuve, qu'il est en son pouvoir de produire et qui aurait pu élucider les faits, justifie le tribunal d'en déduire que cette preuve aurait été défavorable à la partie ou au témoin à qui l'on peut reprocher cette omission.

«L'application de cette règle ne se limite pas au demandeur ni à la partie qui a le fardeau de persuasion. Un défendeur qui ne témoigne pas ou qui ne cite pas de témoin après que le demandeur a présenté une preuve suffisante à première vue contre lui, risque de faire l'objet d'une conclusion défavorable. Bien que cette absence de témoignage ne puisse, en elle-même, combler les lacunes de la preuve de la partie à laquelle le fardeau incombe, lorsque cette partie a présenté une preuve suffisante pour créer un fardeau de présentation pour la partie adverse, cette dernière consolide la preuve produite contre elle si elle ne témoigne pas ou si elle n'appelle pas de témoins.» [Sopinka et Lederman, précité, p. 535, 536, 537]

En l'espèce, on a produit une lettre qui, selon le témoignage de l'employeur, portait la signature de la plaignante. Cette dernière n'a même pas témoigné, mais l'arbitre a rejeté la preuve parce qu'il n'était pas certain que c'était sa signature, et que [TRADUCTION] «par conséquent, [il] conclu[ait] que cette circonstance ne constituait pas une justification valable». (Page 72 du dossier, page 58 des motifs.) Cela ne montre-t-il pas la probabilité d'un résultat tout à fait différent? Pourquoi l'arbitre n'a-t-il pas retenu la preuve, étant donné qu'on n'a pas entendu la plaignante la réfuter? C'était, ou ce n'était pas, sa signature. La question à trancher était simple. En l'absence du témoignage de la plaignante, qui aurait permis de réfuter la preuve—s'il avait survécu au contre-interrogatoire—l'arbitre donne l'impression de partialité en tirant la conclusion qu'il a tirée sur ce point crucial.

The judgment of Chief Justice Tritschler in *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466 (Man. Q.B.), bears on this issue and bolsters the Court's opinion. At pages 481-482 Tritschler, C.J.Q.B. is reported as having written:

... Platt must have known quite well that these men knew no more about the machines than he did. It is probable that Traders was hoodwinked out of its money just as Keelan, Mooney, Ritchie and Langdon were tricked out of their \$6,000. Platt's association and connection with the transaction is a vital factor. He alone knew why Traders' money was put out. He might have elucidated the facts. In the circumstances I think he should have been called and the failure to do so leaves an unfavourable impression.

The Chief Justice then quoted the passage from *Murray v. Saskatoon* [[1952] 2 D.L.R. 499 (Sask. C.A.)] written by Martin C.J.S. set out above. The absence of cogent evidence upon which the tribunal could base its decision is discussed in *Bond v. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 N.B.R. (2d) 351 (Q.B.), cited for the applicant and is helpful to this Court in this regard.

The matter of failure to give evidence is described at greater length in the Sopinka & Lederman text on *The Law of Evidence in Civil Cases* mentioned above, and in the *Canadian Abridgment* (2nd edition) vol. R15, Evidence, at pages 50-51, as well as in *Cross on Evidence* (7th edition) Butterworths, London, 1990, Chap. 1, Section 3, "Failure to Give Evidence or Call a Witness: civil cases," especially at page 37. In this regard, one is moved to ask about the fact that the complainant never denied—never heard to deny—that she herself went on the air waves the evening of February 13, 1991.

Would it have been appropriate to issue a subpoena to compel the complainant's testimony? Probably not. It was after all her case, and the risks were undertaken by her while represented by counsel. The Adjudicator went very wrong in not warning her of the risks of an unfavourable decision, and in not applying those risks to and in the formulation of his decision, whereby they would probably have resulted in a finding of just cause for dismissal and the dismissal of her complaint.

Le jugement que le juge en chef Tritschler a rendu dans *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466 (B.R. Man.), se rapporte à cette question et étaye l'opinion de la Cour. Aux pages 481 et 482, le juge en chef Tritschler, de la Cour du Banc de la Reine, a dit ceci:

[TRADUCTION] ... Platt devait fort bien savoir que ces hommes ne connaissaient pas plus les machines que lui. Il est probable que Traders ait été dessaisi de son argent tout comme Keelan, Mooney, Ritchie et Langdon avaient été amenés à se dessaisir de leurs 6 000 \$. Le fait que Platt participait à l'opération constitue un facteur crucial. Lui seul savait pourquoi l'argent de Traders avait été avancé. Il aurait pu éclaircir les faits. Dans ces conditions, je crois qu'il aurait dû être cité et que l'omission de le faire laisse planer une impression défavorable.

Le juge en chef a ensuite cité le passage précité des motifs écrits du juge en chef Martin figurant dans l'arrêt *Murray v. Saskatoon* [[1952] 2 D.L.R. 499 (C.A. Sask.)]. L'absence de preuve convaincante sur laquelle le tribunal pouvait fonder sa décision est examinée dans l'arrêt *Bond c. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 R.N.-B. (2^e) 351 (B.R.), cité au nom de l'appelante, et est utile à la Cour à cet égard.

La question de l'omission de présenter une preuve est décrite plus à fond dans l'ouvrage de Sopinka et Lederman intitulé *The Law of Evidence in Civil Cases*, précité, et dans le *Canadian Abridgment* (2^e édition), vol. R15, Evidence, aux pages 50 et 51, ainsi que dans *Cross on Evidence* (7^e édition), Butterworths, London, 1990, ch. 1, section 3, «Failure to Give Evidence or Call a Witness: civil cases», en particulier à la page 37. À cet égard, on est porté à se demander pourquoi la plaignante n'a jamais nié—qu'on ne l'a jamais entendue nier—qu'elle était elle-même passée sur les ondes le 13 février 1991 au soir.

Aurait-il été approprié de délivrer un subpoena visant à contraindre la plaignante à témoigner? Probablement pas. Somme toute, il s'agissait de la preuve de la plaignante, et cette dernière a pris ce risque lorsqu'elle était représentée par un avocat. L'arbitre a commis une grave erreur en n'avertissant pas la plaignante du risque d'une décision défavorable, et en ne tenant pas compte de ce risque dans sa décision et dans le libellé de sa décision, ce qui aurait probablement entraîné une conclusion selon laquelle il existait une juste cause de congédiement ainsi que le rejet de la plainte.

LOSS OF OPPORTUNITY TO CROSS-EXAMINE

The loss of the opportunity to cross-examine is typically considered in criminal law cases, where a transcript of testimony taken at a preliminary inquiry is sought to be introduced at trial. The modern *locus classicus* of judicial treatment of this matter in conjunction with the then section 643, now section 715, of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 76)] is acknowledged to be the judgment of the Ontario Court of Appeal, written by Mr. Justice G. Arthur Martin in *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289. The opportunity to cross-examine is the paramount aspect of the right to confront one's adversary, and is of the essence to fair proceedings. That much is made of that opportunity in criminal law cases, is no reason to dilute its importance in the case at bar.

Without having warned the complainant about her failure to testify, without having applied the consequence of the risks to her case, the Adjudicator apparently accepted the employer's loss of opportunity to cross-examine. The Adjudicator's failure to admonish, his failure to give any heed whatsoever to the legal concept of adverse inferences in regard to the complainant's case, his indifference to the employer's loss of opportunity to cross-examine the complainant, his failure to relate that loss to the signature about which he came to the dubious and wrong conclusion without any testimony of the complainant on that matter and accordingly found no justification for employment discipline thereby, his apparent bias in drawing all, or almost all, adverse inferences against the employer, evince patently unreasonable conduct of the inquiry. All the above create a lively probability that if the Adjudicator had not failed in the above-recited respects, the result would have favoured the employer. Paragraph 2b) of the originating notice is affirmed.

PERTE DE POSSIBILITÉ DE CONTRE-INTERROGER

La perte de possibilité de contre-interroger est habituellement prise en considération dans les affaires pénales, où l'on cherche à présenter au procès la transcription des témoignages qui a été faite à l'enquête préliminaire. Le *locus classicus* contemporain du traitement judiciaire de cette question, en liaison avec l'article 643 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 76)] qui était alors en vigueur, maintenant l'article 715, et qui l'est encore, est reconnu comme étant le jugement rendu par le juge G. Arthur Martin au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289. La possibilité de contre-interroger constitue l'aspect primordial du droit de confronter son adversaire, et est essentiel pour des procédures équitables. Le fait qu'on accorde beaucoup d'importance à cette possibilité dans les affaires pénales ne permet pas pour autant de lui enlever de son importance en l'espèce.

Sans avoir donné d'avertissement à la plaignante au sujet de son omission de témoigner, sans avoir appliqué la conséquence découlant du risque qu'elle prenait, l'arbitre a apparemment accepté le fait que l'employeur n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger celle-ci. L'omission de l'arbitre d'avertir la plaignante, son omission de tenir compte de la notion juridique des déductions défavorables dans le cas de la plaignante, son indifférence en ce qui concerne la perte de possibilité de l'employeur de contre-interroger la plaignante, son omission d'établir un rapport entre cette perte et la signature au sujet de laquelle il est arrivé à une conclusion douteuse et erronée sans que la plaignante ne témoigne sur ce point, de sorte, qu'il a conclu qu'il n'existait aucune justification permettant la prise de mesures disciplinaires, sa partialité apparente lorsqu'il a fait toutes, ou presque toutes, les déductions défavorables à l'employeur, montrent d'une façon manifeste qu'il a conduit l'enquête d'une façon déraisonnable. Tout cela crée une probabilité réelle que le résultat aurait favorisé l'employeur, si l'arbitre ne s'était pas trompé en ce qui concerne les questions susmentionnées. L'alinéa 2b) de l'avis introductif d'instance est confirmé.

ERRORS OF LAW

The Adjudicator's conclusions on unjust—as distinct from unlawful or illegal—dismissal were a self-misdirection and error in law. The error was compounded by his attempt to meld into the secular law, the Band's customs. In common with most of the world's great religions and benign philosophies, the Band customs were described as exacting peace, siblinghood harmony, co-operation with and caring for one's neighbours, respecting all and defaming none, in effect, peace on earth and goodwill toward all. From the evidence in this case, it clearly appears that Norway House Band members are just as good, but no better, at adhering to and practising their Band custom virtues as are millions of Jews, Christians, Muslims, Hindus, Buddhists, *et al.* at adhering to and practising their respective, but virtually identical virtues. It is a good proof of common humanity, but it is an error of law to take account of those customs, as the Adjudicator said he did, in formulating conclusions of law. Those Band customs are as irrelevant in these circumstances as are the religious persuasions, if any, of the complainant, the lawyers, the Adjudicator, and this Judge. In the secular state which is Canada (and everyone's protection) the Adjudicator, appointed by secular authority must apply only secular law. To assert otherwise is to assert an error of law. Freedom of religion, a prized value in Canada does not convert a secular state into anybody's wished-for theocracy.

FURTHER ERRORS

In Division XIV of Part III of the Code the title is "Unjust Dismissal" and the expression of Parliament throughout that Division, for example paragraph 242(3)(a) and subsections 240(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] and 242(4), speaks of dismissal being unjust, or a person being unjustly dismissed. One could certainly understand that a wrongful, or even unlawful dismissal would be, indeed are, also unjust. Certainly the notion that a dismissal may be unjust, even if not wrongful (record pages 62 and

ERREURS DE DROIT

Les conclusions que l'arbitre a tirées au sujet du congédiement injuste—par opposition au congédiement illégal—constituaient une directive erronée qu'il s'était imposée et une erreur de droit. L'erreur a été aggravée par le fait que l'arbitre a tenté de mêler les coutumes de la bande au droit séculier. Comme la plupart des grandes religions du monde et des philosophies bénignes, les coutumes de la bande ont été décrites comme prônant la paix, l'harmonie, l'entraide et l'amour du prochain, le respect de tous et l'absence de calomnie, en fait, la paix sur la terre et la bonne volonté envers tous. Il ressort clairement de la preuve présentée en l'espèce que les membres de la bande de Norway House sont aussi bons, mais non meilleurs, lorsqu'il s'agit d'adhérer aux vertus des coutumes de la bande et de les mettre en pratique, que les millions de Juifs, de Chrétiens, de Musulmans, d'Hindous, de Bouddhistes, etc. qui adhèrent aux vertus respectives, mais presque identiques, de leur religion et qui les mettent en pratique. Cela montre bien l'humanité commune, mais on commet une erreur de droit lorsqu'on tient compte de ces coutumes, comme l'arbitre dit l'avoir fait, en formulant des conclusions de droit. Ces coutumes de la bande ne sont pas plus pertinentes dans ce cas-ci que ne le sont les convictions religieuses, le cas échéant, de la plaignante, des avocats, de l'arbitre et du présent juge. Dans l'État laïque qu'est le Canada (qui protège tout le monde), l'arbitre, qui est désigné par les autorités laïques, doit appliquer uniquement le droit séculier. On commet une erreur de droit en affirmant le contraire. La liberté de religion, une valeur fort estimée au Canada, ne fait pas de l'État laïque la théocratie souhaitée par quiconque.

AUTRES ERREURS

La section XIV de la partie III du Code est intitulée «Congédiement injuste» et, dans toute cette section, par exemple à l'alinéa 242(3)a ainsi qu'aux paragraphes 240(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] et 242(4), le législateur parle du fait que le congédiement est injuste, ou qu'une personne a injustement été congédiée. Il est certes facile de comprendre qu'un congédiement injustifié, ou même illégal, serait et, de fait, est également injuste. De toute évidence, l'idée selon laquelle un

63, reasons pages 48 and 49), could have some narrow application which may be imagined, but for the Adjudicator to proceed upon his own announcement that he has “put little weight on the cases referred to me which deal solely with wrongful dismissal” is the clearest self-misdirection in law, and a reviewable, egregious error. The Adjudicator’s interpretation of the Code as developing the common law by being legislation dealing with unfair or unjust dismissal, and having in mind a broader range of problems than would be addressed if one were to read “unjust dismissal” as incorporating the substantive test of cause as propounded by the courts in wrongful dismissal cases (record page 64, reasons page 50), carries him away from the Code and into Band custom. The Band custom is a civilized code of ethical niceness like other ethical and religious codes, but Parliament does not include such references in this legislation in this most decent of secular states. The applicant has made out its complaint in paragraph 2a) of its notice of motion.

According to his affidavit, Chief Alan Ross had been elected and re-elected by the voting public of Norway House Band in 1986, 1988, 1990 and 1992. The latter re-election occurred after the petitions, sourness exhibited by some (perhaps including the complainant, according to the evidence), against the Chief and/or Council, and many months after the incident at the radio station which caused the Band Council (including the Chief) to dismiss the complainant. There was ample evidence placed before the Adjudicator to prove the existence of a small group who were determined not to accept the will of the people. The question of the complainant’s membership in that group would have been more helpfully determined if she had presented her own sworn testimony exposed to cross-examination. Chief Ross who had the moral fortitude to testify and face cross-examination, swore in his affidavit of July 6, 1992, paragraph 5 that “Florence J. Duncan has, as is confirmed by the award, been actively engaged in this political activity.” The findings made by the Adjudicator are pretty inconsistent about a calm process at the radio station, but the complainant being present, blocking the doorway, and talking “to the Chief and

congédiement peut être injuste, même s’il n’est pas injustifié (pages 62 et 63 du dossier, pages 48 et 49 des motifs) pourrait donner lieu à l’application stricte qu’on peut imaginer, mais le fait que l’arbitre a lui-même annoncé qu’il avait [TRADUCTION] «accordé peu d’importance aux arrêts cités se rapportant uniquement au congédiement injustifié» constitue clairement une directive erronée en droit, et une grave erreur susceptible de contrôle. Le fait que l’arbitre a interprété le Code comme développant la common law en tant que loi concernant le congédiement injuste, et comme visant une gamme plus étendue de problèmes que ceux qui seraient visés si l’on interprétait le «congédiement injuste» comme incorporant le critère de fond relatif à la cause, comme l’ont proposé les tribunaux dans les affaires de congédiement injustifié (page 64 du dossier, page 50 des motifs), l’éloigne du Code et le rapproche de la coutume de la bande. La coutume de la bande est un code savant de subtilités éthiques comme les autres codes éthiques et religieux, mais le législateur n’incorpore pas pareils renvois dans cette loi, dans l’État laïque particulièrement convenable qu’est le nôtre. La requérante a établi sa plainte à l’alinéa 2a) de son avis de requête.

Selon l’affidavit qu’il a produit, le chef Alan Ross avait été élu et réélu par les électeurs de la bande de Norway House en 1986, en 1988, en 1990 et en 1992. La dernière fois, il a été réélu après qu’on eut fait circuler les pétitions, que certaines personnes (dont peut-être la plaignante, selon la preuve) eurent manifesté de l’amertume envers le chef ou le conseil, et plusieurs mois après les événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique, lesquels ont amené le conseil de la bande (dont le chef) à congédier la plaignante. De nombreux éléments de preuve ont été présentés devant l’arbitre en vue d’établir l’existence d’un petit groupe qui était bien décidé à ne pas accepter la volonté des gens. La question de l’appartenance de la plaignante à ce groupe aurait été tranchée d’une façon plus utile si cette dernière avait elle-même témoigné sous serment et avait pu être assujettie à un contre-interrogatoire. Le chef Ross, qui a eu la fortitude morale de témoigner et de se soumettre à un contre-interrogatoire, a déclaré, au paragraphe 5 de son affidavit du 6 juillet 1992, que [TRADUCTION] «Florence J. Duncan a[vait] personnellement participé à cette activité politique, comme le confirme la décision». Les conclusions tirées par l’ar-

Councillors pretty loudly, but not yelling.” Not calmly, either. The applicant has made out the allegations expressed in paragraphs 2e), k) and l).

In summation, after careful and oft repeated perusals of the Adjudicator’s reasons and decision, the Court finds that the other allegations of paragraphs 2c), d), f), g), h), i) and j) are all made out. Thus the Court affirms all of paragraphs 2a) through l). Indeed, those perusals of the Adjudicator’s reasons and decision fully support affirmation of paragraphs 3 and 4 of the applicant’s originating notice of motion, remarkable as that may seem, except for one matter. The Court cannot with certitude proclaim that the Adjudicator was certainly biased. His reasons and decision do import an impressive appearance of bias, but the appearance, serious as it is, is not a certainty. It may be that the Adjudicator did his best to be, and remain, indifferent as between the parties. In any event, the Adjudicator’s order—which he calls an “award”—must accordingly be set aside or quashed, because it is the result of patently unreasonable proceedings, considerations and conclusions as set out herein.

DISPOSITION

The applicant asked nothing more than that the Adjudicator’s “award” be set aside. In the respondent’s application record there is no plea or suggestion as to what the Court should do in the event that the applicant were successful. It is clear, for all the above-stated reasons that the Adjudicator’s order is to be quashed.

Is that all there is? What the applicant has requested the Court to do, in these judicial review proceedings, is to grant it relief in the nature of *certiorari*, as is contemplated in paragraph 18(1)(b) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act*. Such remedy, according to subsection 18(3) [as am. *idem*] of that Act, can be obtained only on an application for judicial review made under section

bitre sont passablement incompatibles avec le fait que les événements s’étaient déroulés dans le calme, dans les locaux de la station radiophonique, la plaignante étant présente, bloquant l’entrée et parlant [TRADUCTION] «au chef et aux conseillers passablement fort, mais sans crier». M^{me} Duncan ne parlait pas calmement non plus. La requérante a prouvé les allégations qui sont faites aux alinéas 2e), k) et l).

Bref, après avoir minutieusement examiné et souvent cité les motifs et la décision de l’arbitre, la Cour conclut que les autres allégations figurant aux alinéas 2c), d), f), g), h), i) et j) ont toutes été établies. La Cour confirme donc les alinéas 2a) à l) au complet. De fait, cet examen des motifs et de la décision de l’arbitre étaye pleinement la confirmation des paragraphes 3 et 4 de l’avis de requête introductive d’instance de la requérante, aussi remarquable que cela semble être, sauf sur un point. La Cour ne saurait proclamer avec certitude que l’arbitre était certainement partial. Les motifs et la décision de ce dernier indiquent de fait l’existence d’une apparence impressionnante de partialité, mais l’apparence, aussi sérieuse soit-elle, ne constitue pas une certitude. Il se peut que l’arbitre ait fait son possible pour être, et demeurer, indifférent à l’égard des parties. Quoiqu’il en soit, l’ordonnance de l’arbitre—qu’il appelle une «décision»—doit donc être infirmée ou annulée, parce que c’est le résultat de procédures, de considérations et de conclusions manifestement déraisonnables, comme il en est ici fait mention.

DISPOSITIF

La requérante a simplement demandé que la «décision» de l’arbitre soit infirmée. Dans le dossier de demande de l’intimée, il n’y a pas de conclusions ou de suggestions au sujet de ce que la Cour devrait faire si la requérante avait gain de cause. Pour les motifs susmentionnés, il est clair que l’ordonnance de l’arbitre doit être annulée.

Est-ce tout? Dans ces procédures de contrôle judiciaire, la requérante a demandé à la Cour de lui accorder une réparation de la nature d’un *certiorari*, comme le prévoit l’alinéa 18(1)b) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Selon le paragraphe 18(3) [mod., *idem*] de cette Loi, pareil recours est exercé par présentation d’une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’ar-

18.1 [as enacted *idem*, s. 5]. These provisions are not specifically mentioned in the applicant's originating notice, but that is far from fatal, although preferable, for the Court knows its own jurisdiction and recognizes when such jurisdiction is invoked. Subsection 18.1(3) runs as follows:

18.1 ...

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

It will be noticed that the Court here, as is proper on judicial review, has not substituted this Judge's view of what the outcome of the adjudication should have been, had it been conducted in accordance with proper application of the law and proper appreciation of the facts. In these particular circumstances that would be presumptuous, if not arrogant of this Court. This is not an appeal on the record, and no provision is made for such. The only conclusion one can draw from Division XIV, Part III of the Code is that with the pronouncement of the reasons and the order, the Adjudicator is *functus officio*. In any event, the complainant's complaint should hardly be referred back to the same Adjudicator in view of this Court's finding of the appearance of bias tainting the Adjudicator's proceedings and conclusions. Referring back, although mentioned in subsection 18.1(3) of this Court's constituent statute, evinces other problems which will be hereinafter mentioned.

Now it is true that the Supreme Court of Canada which has led the judiciary into reviewing statutorily protected adjudications, and with good reason (but more importantly, unanswerable reason, unless Parliament bestirs itself), has called upon the judiciary to be flexible. In the Supreme Court case of *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, Mr. Justice Sopinka, writing for the majority is reported thus [at pages 860-862]:

ticle 18.1 [édicte, *idem*, art. 5]. Ces dispositions ne sont pas expressément mentionnées dans l'avis introductif d'instance de la requérante, mais cela est loin d'être fatal, bien qu'il eût été préférable de les mentionner, car la Cour connaît l'étendue de sa compétence et la reconnaît lorsqu'elle est invoquée. Le paragraphe 18.1(3) est ainsi libellé:

18.1 ...

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Il est à noter qu'en l'espèce, la Cour, comme il convient de le faire dans le cadre d'un contrôle judiciaire, n'a pas substitué l'avis du présent juge au sujet de ce qu'aurait dû être l'issue de la décision, si l'arbitre avait conduit l'enquête en se fondant sur une application régulière de la loi et sur une appréciation juste des faits. Dans ces conditions, il serait présomptueux, sinon arrogant, de le faire. Il ne s'agit pas ici d'un appel sur dossier, et aucune disposition n'est prise à cette fin. La seule conclusion que permet de tirer la section XIV de la partie III du Code est qu'une fois que les motifs ont été prononcés et l'ordonnance rendue, l'arbitre est *functus officio*. Quoi qu'il en soit, la plainte présentée par la plaignante peut difficilement être renvoyée au même arbitre étant donné que la Cour a conclu à l'apparence de partialité, qui entache de nullité les procédures et conclusions de l'arbitre. Le renvoi de l'affaire, bien qu'il soit mentionné au paragraphe 18.1(3) de la loi constitutive de la Cour, pose d'autres problèmes qui seront ci-après mentionnés.

Il est vrai que la Cour suprême du Canada, qui a amené la magistrature à réviser des décisions protégées par la loi, et ce, pour un motif valable (mais, ce qui est encore plus important, un motif irréfutable, à moins que le législateur ne se remue) a demandé à la magistrature de faire preuve de souplesse. Dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, le juge Sopinka, qui parlait au nom de la majorité, a dit ceci [aux pages 860 à 862]:

In *Grillas v. Minister of Manpower & Immigration*, [1972] S.C.R. 577, Martland J., [in dissent] speaking for himself and Laskin J., opined that the same reasoning [as in *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.* [1934] S.C.R. 186] did not apply to the Immigration Appeal Board from which there is no appeal except on a question of law. Although this was a dissenting judgment, only Pigeon J. of the five judges who heard the case disagreed with this view.

I do not understand Martland J. to go so far as to hold that *functus officio* has no application to administrative tribunals. Apart from the English practice which is based on a reluctance to amend or reopen formal judgments, there is a sound policy reason for recognizing the finality of proceedings before administrative tribunals. As a general rule, once such a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error within the exceptions enunciated in *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, *supra*.

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal. For this reason I am of the opinion that its application must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal.

Accordingly, the principle should not be strictly applied where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation. This was the situation in *Grillas*, *supra*.

Furthermore, if the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task. If, however, the administrative entity is empowered to dispose of a matter by one or more specified remedies or by alternative remedies, the fact that one is selected does not entitle it to reopen proceedings to make another or further selection. Nor will reserving the right to do so preserve the continuing jurisdiction of the tribunal unless a power to make provisional or interim orders has been conferred on it by statute. See *Huneault v. Central Mortgage and Housing Corp.* (1981), 41 N.R. 214 (F.C.A.)

Dans *Grillas c. Ministre de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, le juge Martland [qui était dissident] s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Laskin, s'est dit d'avis que le même raisonnement [que dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.* [1934] R.C.S. 186] ne s'appliquait pas à la Commission d'appel de l'immigration dont les décisions ne pouvaient faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Même s'il s'agissait d'une opinion dissidente, seul le juge Pigeon, parmi les cinq juges ayant entendu l'affaire, n'y a pas souscrit.

Je ne crois pas que le juge Martland ait voulu affirmer que le principe *functus officio* ne s'applique aucunement aux tribunaux administratifs. Si l'on fait abstraction de la pratique suivie en Angleterre, selon laquelle on doit hésiter à modifier ou à rouvrir des jugements officiels, la reconnaissance du caractère définitif des procédures devant les tribunaux administratifs se justifie par une bonne raison de principe. En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur au sens des exceptions énoncées dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, précité.

Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel.

Par conséquent, il ne faudrait pas appliquer le principe de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante. C'était le cas dans l'affaire *Grillas*, précitée.

De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi. Cependant, si l'entité administrative est habilitée à trancher une question d'une ou de plusieurs façons précises ou par des modes subsidiaires de redressement, le fait d'avoir choisi une méthode particulière ne lui permet pas de rouvrir les procédures pour faire un autre choix. Le tribunal ne peut se réserver le droit de le faire afin de maintenir sa compétence pour l'avenir, à moins que la loi ne lui confère le pouvoir de rendre des décisions provisoires ou temporaires. Voir *Huneault c. Société*

At pages 862-863 Sopinka J. quotes Madam Justice McLachlin, then of the Supreme Court of British Columbia in *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, (Re)* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637. That *dictum* would make it appear that the principle of *functus officio* is dead and buried, and that the notion of finality is abolished, even although that is not really what Sopinka J., himself, seems to be going so far as to adopt. In any event, the majority in *Chandler* found that the board had not exhausted its statutory jurisdiction and, institution as it was, it could be recalled to discharge all of its statutory duties.

Here, the Adjudicator is not a full-time, career, institutional board, commission or other tribunal, but an individual selected *ad hoc* and uniquely in order to perform a single, one-time adjudication, without any institutional expertise or collegiality. He is not a member of a collegial board, commission or other tribunal to one of whose colleagues the adjudication can be referred to start all over again. In fact the emphatic privative provisions of subsections 243(1) and (2) make one believe that Parliament did in fact contemplate such a reference back to an adjudicator, and rejected that possibility entirely and deliberately. In any event anything short of voluminous directions, more voluminous than these reasons, would not suffice for a new determination, and who would perform that new determination?

In terms of subsection 242(1) of the Code, the Minister has long ago received from a quite apparently *functus* inspector the latter's report pursuant to subsection 241(3). Is the Court to assume that such report enjoys eternal life and can be resurrected any time in order to permit the appointment of a successive adjudicator, successive adjudicators, when a previous one goes "off the rails," as it were? The emphasis of Parliament's privative clause, which, the Supreme Court ordains, may be overridden in instances of "patent unreasonability" may be appreciated by contrast with section 18, in Division II—Canada Labour Relations Board, Part I of the Code.

centrale d'hypothèques et de logement (1981), 41 N.R. 214 (C.A.F.).

À la page 863, le juge Sopinka cite Madame le juge McLachlin, qui était alors juge à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, Re* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637. Cette remarque incidente semblerait montrer que le principe du *functus officio* n'existe plus, et que la notion du caractère définitif est abolie, même si cela ne semble réellement pas être ce que le juge Sopinka lui-même est allé jusqu'à dire. Quoi qu'il en soit, dans l'arrêt *Chandler*, la majorité a conclu que la commission n'avait pas épuisé sa compétence légale et, qu'étant donné qu'il s'agissait d'une institution, il était possible de lui rappeler de s'acquitter de toutes ses obligations légales.

En l'espèce, l'arbitre n'est pas un office professionnel à plein temps, mais une personne spécialement choisie uniquement afin de rendre une seule décision, sans avoir d'expertise ou de collégialité institutionnelle. Il n'est pas membre d'un office collégial auquel la décision peut être renvoyée pour réexamen par un autre membre. En fait, les dispositions privatives fermes des paragraphes 243(1) et (2) nous font croire que le législateur a de fait envisagé pareil renvoi à un arbitre, et a rejeté cette possibilité entièrement et délibérément. Quoi qu'il en soit, seules de longues directives, encore plus longues que ces motifs, suffiraient aux fins d'une nouvelle décision, et qui rendrait cette nouvelle décision?

En ce qui concerne le paragraphe 242(1) du Code, le ministre a depuis longtemps reçu le rapport prévu au paragraphe 241(3) d'un inspecteur qui est, selon toute apparence, *functus*. La Cour doit-elle supposer que pareil rapport est éternel et qu'il est possible de le ranimer n'importe quand afin de permettre la nomination d'un nouvel arbitre, de nouveaux arbitres, lorsque l'ancien arbitre «a perdu la boule» pour ainsi dire? La force de la clause privative adoptée par le législateur, à laquelle, comme la Cour suprême l'a statué, il est possible de passer outre dans les cas où la décision est «manifestement déraisonnable» peut être apprécié comparativement à l'article 18 figurant

It, by extreme contrast with any provision of Division XIV, Part III, empowers the Board, thus:

18. The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application. [Emphasis not in original text.]

That is a far cry from any of the provisions of Division XIV, Part III.

So, in these circumstances should the Court pretend that the inspector's report lives *ad vitam aeternam*, and that the Minister has now received its late or latest resurrection? Should the Court therefore purport to order the Minister to appoint a new adjudicator to hear and adjudicate on the complaint? Could the Court lawfully do so? The Court thinks not.

This Court, on judicial review, is not empowered to give the decision or order which the Adjudicator ought to have given. Should the Court then purport to invoke paragraph 18.1(3)(a) of the *Federal Court Act* to order the Adjudicator to dismiss the complaint because he unlawfully failed to do so? It is not certain that he ought to have dismissed it; what is certain is that he approached his task and performed it in a patently unreasonable manner and accordingly came to a highly tainted conclusion which may likewise be characterized as patently unreasonable. If the Court were to order the Adjudicator to dismiss the complaint, how would that differ from the Court's setting aside or quashing his order? The complaint, however, upon the quashing of the Adjudicator's order, in these circumstances, remains unadjudicated.

Perhaps this state of affairs is just the natural and inevitable consequence of the *mélange* of statute law (no judicial review at all) and jurisprudence (judicial intervention in instances of patent unreasonability), which, rather than possessing a well-thought-out internal consistence, purpose and integrity, is riven by inconsistency, cross-purpose and contradiction. Courts, led by the Supreme Court of Canada, may override existing statutory privative provisions, but not even the Supreme Court can so usurp Parliament's function as to enact new concordant statutory provisions. Judicial power can destroy legislation's

dans la section II (Conseil canadien des relations du travail) de la partie I du Code. Contrairement à toute disposition de la section XIV de la partie III, cet article confère les pouvoirs suivants au Conseil:

18. Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réinstruire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet. [Non souligné dans le texte original.]

Cet article ne ressemble absolument pas aux dispositions de la section XIV de la partie III.

Par conséquent, en l'espèce, la Cour devrait-elle prétendre que le rapport de l'inspecteur s'applique *ad vitam aeternam*, et que le ministre a maintenant reçu sa dernière version? La Cour devrait-elle chercher à enjoindre au ministre de désigner un nouvel arbitre pour entendre et trancher la plainte? La Cour pourrait-elle légalement le faire? Nous ne le croyons pas.

Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour n'est pas autorisée à rendre la décision ou l'ordonnance que l'arbitre aurait dû rendre. La Cour devrait-elle donc chercher à invoquer l'alinéa 18.1(3)(a) de la *Loi sur la Cour fédérale* pour ordonner à l'arbitre de rejeter la plainte parce qu'il a illicitement omis de le faire? Il n'est pas certain qu'il aurait dû la rejeter, mais il est certain qu'il a abordé sa tâche et qu'il s'en est acquitté d'une façon manifestement déraisonnable et qu'il a donc tiré une conclusion fortement entaché de vice, qui peut également être considérée comme manifestement déraisonnable. Si la Cour ordonnait à l'arbitre de rejeter la plainte, en quoi cela différerait-il de l'annulation de l'ordonnance par la Cour? Cependant, une fois que l'ordonnance de l'arbitre a été annulée, la plainte demeure, dans ces conditions, non réglée.

Cet état de choses est peut-être simplement la conséquence naturelle et inévitable du mélange de droit statutaire (absence de contrôle judiciaire) et de jurisprudence (intervention judiciaire dans les cas où la décision est manifestement déraisonnable), lequel, au lieu d'avoir une consistance, un but et une intégrité internes réfléchis, est plein d'inconséquences, de buts opposés et de contradictions. Les tribunaux, menés par la Cour suprême du Canada, peuvent supplanter les dispositions légales privatives existantes, mais la Cour suprême elle-même ne peut pas ainsi usurper la fonction du Parlement de façon à édicter de nouvelles

purpose, but it cannot create a new purpose to replace that set aside.

For all of the foregoing reasons the Adjudicator's decision and order are set aside, or quashed—period—full stop. Money paid into Court on a garnishing order (T-1127-92) shall not be paid out pending expiry of the time for appeal herefrom, and if an appeal be taken, the matter of payment out of the money and to whom, shall be governed by order or direction of the Appeal Division to abide the result of such appeal.

As noted earlier herein, no costs are awarded to either party or the intervenor.

dispositions légales concordantes. Le pouvoir judiciaire peut anéantir le but de la loi, mais il ne peut pas créer un nouveau but pour remplacer celui qui a été annulé.

^a Pour les motifs susmentionnés, la décision et l'ordonnance de l'arbitre sont infirmées, ou annulées, un point c'est tout. Les sommes consignées à la Cour conformément à l'ordonnance de saisie-arrêt (T-1127-92) ne seront versées qu'à l'expiration du délai d'appel et, si un appel est interjeté, la question du paiement des sommes et la question de savoir à qui celles-ci doivent être versées seront réglées par une ordonnance ou une instruction de la Cour d'appel, conformément à l'issue de l'appel.

Comme il en a ci-dessus été fait mention, ni les parties ni l'intervenante n'auront droit aux dépens.

T-375-94

T-375-94

CIBA-Geigy Canada Ltd. (Applicant)**CIBA-Geigy Canada Ltée (requérante)**

v.

c.

Patented Medicine Prices Review Board
(Respondent)^a **Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (intimé)***INDEXED AS: CIBA-GEIGY CANADA LTD. v. CANADA (PATENTED MEDICINE PRICES REVIEW BOARD) (T.D.)*^b *RÉPERTORIÉ: CIBA-GEIGY CANADA LTÉE c. CANADA (CONSEIL D'EXAMEN DU PRIX DES MÉDICAMENTS BREVETÉS) (1^{re} INST.)*

Trial Division, McKeown J.—Toronto, April 18; Ottawa, May 3, 1994.

Section de première instance, juge McKeown—Toronto, 18 avril; Ottawa, 3 mai 1994.

^c *Judicial review — Patented Medicine Prices Review Board — Order denying request for disclosure of fruits of investigation — Applicant relying on S.C.C. decision in criminal case — Statutory scheme creating Board examined — Ontario Divisional Court decision involving human rights legislation distinguished — Board's primary mandate economic regulation — Tribunals regulating economic activity not subject to same high standards as those dealing with individual rights — Disclosure denial given curial deference unless fairness, natural justice requiring otherwise — Board to proceed efficiently, protect public interest — Hearing not to be unduly prolonged — Applicant entitled to know case against it but not all evidence in Board's possession — Board having properly balanced duty to applicant with duty to public — Useless for legislature to create tribunal if treated as criminal court — Law and policy requiring leeway given administrative tribunal having economic regulatory functions if must receive confidential information — Proceedings before these tribunals less adversarial than those in court — Full disclosure requirement unduly impeding Board in fulfilling regulatory obligations — Fairness requires balancing diverse interests — No adverse effect, prejudice in applicant not receiving all documents in Board's possession.*

^d *Contrôle judiciaire — Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Ordonnance rejetant la demande de divulgation des fruits de l'enquête — La requérante se fondait sur un arrêt rendu par la C.S.C. dans une cause criminelle — Examen du régime légal en vertu duquel le Conseil a été créé — Distinction établie avec une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario concernant la législation sur les droits de la personne — Le principal mandat du Conseil est la réglementation économique — Les tribunaux administratifs chargés de régler l'activité économique ne sont pas assujettis à des normes aussi élevées que celles des tribunaux administratifs qui statuent sur les droits des individus — Le refus de divulguer des documents doit être respecté, en vertu du principe de la déférence judiciaire, à moins que l'équité ou la justice naturelle s'y oppose — Le Conseil est censé agir efficacement et protéger les intérêts du public — Il faut éviter de prolonger indûment les audiences — La requérante avait le droit de connaître les arguments présentés contre elle, mais non toute la preuve que le Conseil avait obtenue — Le Conseil a trouvé un juste milieu entre son obligation envers la requérante et ses responsabilités envers le public — Il serait inutile que le législateur crée un office si celui-ci devait être traité comme une cour criminelle — Le droit et des questions de principe exigent qu'une certaine latitude soit accordée à un tribunal administratif exerçant des fonctions de réglementation économique s'il est obligé de recevoir des renseignements confidentiels — La procédure devant ces tribunaux ne revêt pas un caractère aussi contradictoire que la procédure devant un tribunal judiciaire*

^e

^f

^g

^h *— L'obligation de divulguer tous les renseignements entraverait indûment le Conseil dans l'exercice de ses fonctions de réglementation — L'équité est une question d'équilibre entre divers intérêts — La requérante n'a subi aucun préjudice ou effet défavorable du fait qu'elle n'a pas reçu tous les documents en la possession du Conseil.*

ⁱ *Patents — Practice — Application for judicial review of Patented Medicine Prices Review Board's order dismissing applicant's request for disclosure, production of all documents relating to matters in issue in hearing to determine whether "Habitrol" sold at excessive price — Board undertaking to provide applicant with comprehensive disclosure of factual allegations, opinion evidence, documents used to cross-examine applicant's witnesses — Providing detailed particu-*

ⁱ *Brevets — Pratique — Demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance par laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a rejeté la demande de la requérante visant à obtenir la divulgation et la production de tous les documents relatifs aux questions en litige devant faire l'objet d'une audience visant à déterminer si le médicament «Habitrol» était vendu à un prix excessif — Le Conseil s'est engagé à faire la divulgation préalable complète, à la requérante, des*

lars of its understanding of allegations — Proposed rules requiring Board to file affidavits of all expert witnesses on whose evidence will rely; parties to pre-file outline of evidence of non-expert witnesses intending to call; Board to pre-file copies of all documents to be relied upon — Application dismissed — Board's mandate economic regulation — Information supplied pursuant to statutory authority for purposes of economic regulation prima facie confidential — Patent Act, s. 97 requiring hearing not be unduly prolonged — Applicant entitled to know case against it, but not to obtain all evidence in Board's possession.

This was an application for judicial review of the Patented Medicine Prices Review Board's order dismissing the applicant's request for disclosure and production of all documents relating to matters in issue in an upcoming hearing to determine whether the drug "Habitrol," marketed in Canada by CIBA, was being sold at an excessive price.

The Board has undertaken to provide CIBA with comprehensive prior disclosure of the factual allegations and opinion evidence it will have to meet. It also undertook to provide all documents which will be used to cross-examine witnesses for the applicant. In refusing the request for exhaustive disclosure, the Board held that it had to balance its duty to give every opportunity to a respondent to be heard against its responsibility to ensure that its orders did not have the effect of limiting its ability to discharge its responsibilities. Under the *Patent Act*, the Board is responsible for obtaining information with respect to the prices being charged in Canada for patented medicines and ensuring that such prices are not excessive. The Board's staff monitors the price of patented medicines, relying upon information filed by the patentee and the recommendation of the Human Drug Advisory Panel (HDAP), an independent panel of scientific experts which recommends the category in which each medicine should be included for price comparison purposes. It also communicates with other experts in the field to obtain their opinions on the patented drug in issue and to obtain other relevant information. This information is provided on a confidential basis and may eventually be discarded by Board staff. The confidential relationships which Board staff maintain with third parties are very important to the Board's discharge of its statutory responsibilities. Upon completing an investigation, Board staff prepares a confidential report for review by the Chairperson who decides whether or not there is sufficient evidence to issue a notice of hearing. Subsection 83(6) requires the Board to provide the patentee with a reasonable opportunity to respond to the notice of hearing before making an order under subsection 83(2).

allégations de faits, de la preuve sous forme d'opinion et à de tous les documents qui seront utilisés pour contre-interroger les témoins de la requérante — Le conseil a fourni des détails sur les allégations, telles qu'il les comprenait — Les règles proposées obligent le Conseil à déposer des affidavits de tous les témoins experts sur lesquels il s'appuiera; les parties doivent déposer au préalable un sommaire du témoignage que donnera chaque témoin (autre qu'un expert) qu'elles entendent citer; Conseil doit déposer au préalable des copies de tous les documents sur lesquels il s'appuiera — La demande est rejetée — Le mandat du Conseil est la réglementation économique — Les renseignements fournis conformément à la Loi à des fins de réglementation économique sont, de prime abord, confidentiels — L'art. 97 de la Loi sur les brevets exige qu'on évite de prolonger indûment les audiences — La requérante a le droit de connaître les arguments présentés contre elle, mais non toute la preuve que le Conseil a obtenue.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance par laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a rejeté la demande de la requérante visant à obtenir la divulgation et la production de tous les documents relatifs aux questions en litige devant prochainement faire l'objet d'une audience dans le but de déterminer si le médicament «Habitrol», commercialisé au Canada par CIBA, était vendu à un prix excessif.

Le Conseil s'est engagé à faire la divulgation préalable complète, à CIBA, des allégations de faits et de la preuve sous forme d'opinion qu'elle devra réfuter. Il s'est aussi engagé à fournir tous les documents qui seront utilisés pour contre-interroger les témoins de la requérante. En refusant la demande de divulgation complète, le Conseil a statué qu'il devait maintenir l'équilibre entre l'obligation qui lui est faite de donner à l'intimé la possibilité de présenter des observations et celle qu'il a de veiller à ce que ses ordonnances n'aient pas pour effet de limiter sa capacité de s'acquitter de façon constante de ses responsabilités. En vertu de la *Loi sur les brevets*, le Conseil est chargé d'obtenir des renseignements sur le prix demandé, au Canada, pour des médicaments brevetés et de veiller à ce que ces prix ne soient pas excessifs. Le personnel du Conseil surveille le prix des médicaments brevetés, en se fondant sur les renseignements fournis par le breveté et sur les recommandations du «Groupe consultatif sur les médicaments pour usage humain» (GCMUH), un groupe indépendant d'experts scientifiques qui recommande la catégorie dans laquelle un médicament doit être classé à des fins de comparaison des prix. Il communique en outre avec d'autres experts dans le domaine pour obtenir leurs avis sur le médicament breveté en cause et pour obtenir d'autres renseignements pertinents. Ces renseignements sont fournis à titre confidentiel et peuvent éventuellement être mis de côté par le personnel du Conseil. Les rapports confidentiels que le personnel du Conseil entretient avec les tiers sont très importants pour qu'il puisse s'acquitter de ses responsabilités légales. Lorsque le personnel a terminé son enquête, il rédige un rapport confidentiel à l'intention du président du Conseil qui décide s'il y a ou non une preuve suffisante pour émettre un avis d'audience. Le paragraphe 83(6) de la Loi oblige le Conseil à donner au breveté la possibilité de

After submissions and discussions as to how Habitrol should be categorized, which medicines should be used as comparators to determine an appropriate price range for Habitrol, why the pricing of Habitrol was not excessive, whether Habitrol was a patent pertaining to medicine and thus within the Board's jurisdiction, Board staff prepared a confidential analysis with respect to the price of Habitrol. The Chairperson considered the report and decided to issue the notice of hearing setting out the material facts in support of the issuance and stating that Habitrol was too expensive. It also indicated the proposed orders: a price reduction and penalty payable to the Crown. Board staff gave CIBA detailed particulars of its understanding of the allegations, and set out its position on all the substantive issues that will be raised at the hearing. Pursuant to the proposed rules respecting practice before the Board, Board staff must file affidavits of all of the expert witnesses on whose evidence it will rely. The parties will also pre-file an outline of the evidence of each non-expert witness they intend to call. Board staff will also pre-file copies of all documents that they will rely upon at the hearing. Board staff also suggested that a process of written interrogatories should be initiated to clarify each party's evidence through requests for further information prior to the commencement of the hearing.

In support of the assertion that it was entitled to all the fruits of the investigation, the applicant relied upon *R. v. Stinchcombe*, wherein it was held that all relevant information must be disclosed to the defence, subject to the reviewable discretion of the Crown. The material must include not only that which the Crown intends to introduce into evidence, but also that which it does not.

The issues were whether CIBA was only entitled to the documents upon which the Board intended to rely at the hearing, or whether it was entitled to all of "the fruits of the investigation" of Board staff. If not entitled to the fruits of the investigation, was CIBA entitled to all of the documents in the possession of the Chairperson or Board members?

Held, the application should be dismissed.

The *Stinchcombe* case was distinguished as it involved indictable offences. The Patented Medicine Prices Review Board is a regulatory board or tribunal. There is no point in the legislature creating a regulatory tribunal if it is to be treated as a criminal court. Law and policy require that some leeway be given an administrative tribunal with economic regulatory functions, if, in pursuing its mandate, the tribunal is required by necessity to receive confidential information. It is not intended that proceedings before these tribunals be as adversarial as those before a court. To require the Board to disclose

répondre à l'avis d'audience avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe 83(2).

Après la présentation d'arguments et la tenue de débats sur les questions de savoir comment Habitrol devait être classé, quels médicaments devaient servir de critère pour établir une fourchette de prix appropriée pour Habitrol, pourquoi le prix du Habitrol n'était pas excessif et sur celle de savoir si Habitrol était une invention relative à un médicament, si bien qu'il relevait de la compétence du Conseil, le personnel du Conseil a préparé une analyse confidentielle sur le prix du médicament Habitrol. Le président a examiné ce rapport, puis il a décidé de signifier un avis d'audience énonçant les faits importants sur lesquels il s'appuyait et déclarant que le prix du Habitrol était excessif. L'avis faisait aussi état des ordonnances proposées: une réduction du prix et l'imposition d'une amende payable à la Couronne. Le personnel du Conseil a fourni à CIBA des détails sur les allégations, telles qu'il les comprenait, et a exposé son point de vue sur toutes les questions de fond devant être soulevées à l'audience. Conformément aux règles proposées sur la procédure devant le Conseil, le personnel du Conseil doit déposer des affidavits de tous les témoins experts sur lesquels il s'appuiera. Les parties déposeront aussi préalablement un sommaire du témoignage que donnera chaque témoin (autre qu'un expert) qu'elles entendent citer. De plus, le personnel du Conseil déposera préalablement des copies de tous les documents sur lesquels il s'appuiera à l'audience. Le personnel du Conseil a également suggéré que les parties commencent à faire des interrogatoires écrits afin de clarifier la preuve de chaque partie par des demandes de renseignements supplémentaires, avant le début de l'audience.

À l'appui de sa prétention portant qu'elle a droit à tous «les fruits de l'enquête», la requérante a invoqué l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, dans lequel il a été décidé que tous les renseignements pertinents doivent être divulgués à la défense, sous réserve du pouvoir discrétionnaire, susceptible de contrôle, de la Couronne. Doivent être divulgués non seulement les renseignements que le ministère public entend produire en preuve, mais aussi ceux qu'il n'a pas l'intention de produire.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si CIBA n'avait droit qu'aux documents sur lesquels le Conseil avait l'intention de s'appuyer à l'audience, ou si CIBA avait droit à tous «les fruits de l'enquête» du personnel du Conseil. Si CIBA n'avait pas droit aux «fruits de l'enquête», il s'agissait alors de savoir si CIBA avait droit à tous les documents en la possession du président ou des membres du Conseil.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Distinction établie avec l'arrêt *Stinchcombe* qui concernait des actes criminels. Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés est un office de réglementation. Il serait inutile que le législateur crée un tel office si celui-ci devait être traité comme une cour criminelle. Le droit et des questions de principe exigent qu'une certaine latitude soit accordée à un tribunal administratif exerçant des fonctions de réglementation économique si, dans l'exercice de son mandat, le tribunal est obligé de recevoir des renseignements confidentiels. La procédure devant ces tribunaux n'est pas censée revêtir un caractère aussi

all possibly relevant information gathered while fulfilling its regulatory obligations would unduly impede its work from an administrative viewpoint.

The applicant was entitled to know the case against it, but not to obtain all the fruits of the investigation. That the Board's primary mandate was economic regulation was supported by a review of the historical development of patent legislation. The Board and its staff receive a constant supply of information on prices of medicines. Information supplied pursuant to statutory authority for purposes of economic regulation is *prima facie* confidential. *Patent Act*, subsection 97(1) provides that all proceedings before the Board shall be dealt with as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit. In other words, the Board is supposed to proceed efficiently and to protect the interest of the public. This requires, *inter alia*, that a hearing shall not be unduly prolonged. The Board's decision refusing disclosure of the documents requested should be given curial deference unless fairness or natural justice requires otherwise. Fairness is a matter of balancing diverse interests. The obligations concerning disclosure imposed by the doctrine of fairness and natural justice are met if the subject of the inquiry is advised of the case it has to meet and is provided with all the documents that will be relied on. CIBA has been provided with much more than the minimum disclosure required to enable it to meet the case.

As to whether the applicant was entitled to all documents placed before the Chairperson or other members of the Board, the test was whether the Board acted on evidence which was prejudicial or had an adverse effect on the applicant. The Board's report was prepared for the Chairperson and was only used to decide if a notice of hearing should issue. It was no different than any other document put before the Board. The documents become relevant only if the Board is going to use them. There was no prejudice or adverse effect to the applicant if it did not receive all the documents in the Board's possession.

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. 7.

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39.18 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 15), 79 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7), 80 (as enacted *idem*), 81 (as enacted *idem*), 82 (as enacted *idem*), 83 (as enacted *idem*), 84 (as enacted *idem*), 85 (as enacted *idem*), 86 (as enacted *idem*), 87 (as enacted *idem*), 88 (as enacted

contradictoire que la procédure suivie devant un tribunal judiciaire. Le fait d'exiger du Conseil qu'il divulgue tous les renseignements susceptibles d'être pertinents, parmi ceux qu'il recueille dans l'exercice de ses fonctions de réglementation, entraverait indûment son travail d'un point de vue administratif.

a

La requérante a le droit de connaître les arguments présentés contre elle, mais non celui d'obtenir tous les fruits de l'enquête. L'opinion selon laquelle le principal mandat du Conseil est la réglementation économique est corroborée par un examen de l'évolution historique des lois en matière de brevets. Le Conseil et son personnel reçoivent constamment des renseignements sur les prix des médicaments. Les renseignements fournis conformément à la Loi à des fins de réglementation économique sont, de prime abord, confidentiels. Le paragraphe 97(1) de la *Loi sur les brevets* prévoit que, dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, le Conseil agit sans formalisme, en procédure expéditive. En d'autres termes, le Conseil est censé agir efficacement et protéger les intérêts du public. Il faut donc, entre autres, éviter de prolonger indûment les audiences. En vertu du principe de la déférence judiciaire, il faut respecter la décision du Conseil de refuser la divulgation des documents demandés à moins que l'équité ou la justice naturelle s'y oppose. L'équité est une question d'équilibre entre divers intérêts. Les obligations de divulgation imposées par le principe de l'équité et de la justice naturelle sont remplies si le sujet de l'enquête est informé des arguments qu'il doit réfuter et si on lui fournit tous les documents sur lesquels on s'appuiera. CIBA a eu beaucoup plus que le minimum de renseignements qui devait lui être divulgué pour lui permettre de réfuter les arguments avancés contre elle.

b

c

d

e

Quant à la question de savoir si la requérante a le droit d'obtenir tous les documents présentés au président ou aux autres membres du Conseil, le critère consiste à se demander si le Conseil a agi à partir d'une preuve qui a été préjudiciable à la requérante ou qui a eu un effet défavorable sur elle. Le rapport du Conseil a été rédigé pour le président, et il n'a été utilisé que pour décider s'il y avait lieu de signifier un avis d'audience. Il ne se distinguait en rien des autres documents présentés au Conseil. Les documents ne deviennent pertinents que si le Conseil s'appuie à les invoquer. La requérante n'a subi aucun préjudice ou effet défavorable du fait qu'elle n'a pas reçu tous les documents en la possession du Conseil.

f

h LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19.

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39.18 (édicte par L.R.C. (1985), (3^e suppl.), ch. 33, art. 15), 79 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), 80 (édicte, *idem*), 81 (édicte, *idem*), 82 (édicte, *idem*), 83 (édicte, *idem*), 84 (édicte, *idem*), 85 (édicte, *idem*), 86 (édicte, *idem*), 87 (édicte, *idem*), 88 (édicte, *idem*), 89 (édicte,

i

j

idem), 89 (as enacted *idem*), 90 (as enacted *idem*), 91 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*), 93 (as enacted *idem*), 94 (as enacted *idem*), 95 (as enacted *idem*), 96 (as enacted *idem*), 97 (as enacted *idem*), 98 (as enacted *idem*), 99 (as enacted *idem*), 100 (as enacted *idem*), 101 (as enacted *idem*), 102 (as enacted *idem*).

a

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc., [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296 (C.A.); *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485; 70 Man. R. (2d) 141; 35 C.P.R. (3d) 66 (Q.B.).

b

DISTINGUISHED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Human Rights Commission (Ont.) v. House et al.* (1993), 67 O.A.C. 72 (Div. Ct.).

c

d

APPLICATION for judicial review of the Patented Medicine Prices Review Board's order dismissing the applicant's request for disclosure and production of all documents relating to matters in issue in an upcoming hearing to determine whether the drug "Habitrol" was being sold at an excessive price. Application dismissed.

e

COUNSEL:

Daniel V. Macdonald and *David W. Kent* for applicant.

Guy J. Pratte and *P. Andrée Wylie* for respondent.

g

SOLICITORS:

McMillan, Binch, Toronto, for applicant.

Scott & Ayles, Ottawa, and *Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, for respondent.

h

The following are the reasons for order rendered in English by

McKEOWN J.: CIBA-Geigy Canada Limited (CIBA) is seeking judicial review of the order of the Patented Medicine Prices Review Board (the Board) dated February 1, 1994, dismissing CIBA's request for disclosure and production of all documents relating to the matters in issue in an upcoming hearing to

j

idem), 90 (édicte, *idem*), 91 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*), 93 (édicte, *idem*), 94 (édicte, *idem*), 95 (édicte, *idem*), 96 (édicte, *idem*), 97 (édicte, *idem*), 98 (édicte, *idem*), 99 (édicte, *idem*), 100 (édicte, *idem*), 101 (édicte, *idem*), 102 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada Inc., [1991] 3 C.F. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296 (C.A.); *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485; 70 Man. R. (2d) 141; 35 C.P.R. (3d) 66 (B.R.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Human Rights Commission (Ont.) v. House et al.* (1993), 67 O.A.C. 72 (C. div.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de l'ordonnance par laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a rejeté la demande de la requérante visant la divulgation et la production de tous les documents relatifs aux questions en litige devant prochainement faire l'objet d'une audience dans le but de déterminer si le médicament «Habitrol» était vendu à un prix excessif. Demande rejetée.

f

AVOCATS:

Daniel V. Macdonald et *David W. Kent* pour la requérante.

Guy J. Pratte et *P. Andrée Wylie* pour l'intimé.

PROCUREURS:

McMillan, Binch, Toronto, pour la requérante.

Scott & Ayles, Ottawa, et *Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, pour l'intimé.

i

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

LE JUGE McKEOWN: CIBA-Geigy Canada Limitée (CIBA) demande le contrôle judiciaire de l'ordonnance du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil), datée du 1^{er} février 1994. Dans son ordonnance, le Conseil a rejeté la demande de CIBA visant à obtenir la divulgation et la production

be held by the Board. The upcoming hearing is to determine whether the drug Habitrol, marketed in Canada by CIBA, is being sold at an excessive price. The applicant is seeking an order:

1. setting aside the decision of the Board dated February 1, 1994 and identified as PMPRB-94-1/HABITROL.PHC in file No. PMPRB-94-D1/HABITROL; and

2. requiring the Board and Board staff to disclose and produce all documents in their power, possession or control which relate to matters at issue in the proceeding commenced by the Board against CIBA by notice of hearing dated November 24, 1993.

Both parties agree that the doctrines of fairness and natural justice apply here. The question is whether, in the circumstances of this case, CIBA is only entitled to the documents which the Board intends to rely on at the hearing, or whether CIBA is entitled to all "the fruits of the investigation" of Board staff, as provided in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 (*Stinchcombe*). If CIBA is not entitled to the "fruits of the investigation," the issue then becomes whether CIBA is entitled to all of the documents in the possession of the Chairperson or members of the Board. Pursuant to the notice of hearing issued on November 24, 1993, and the Board's pre-hearing decision at issue here, the respondent has undertaken to provide the applicant with comprehensive prior disclosure of the factual allegations and opinion evidence it will have to meet. In addition, the respondent has undertaken to provide CIBA with all documents which will be used to cross-examine witnesses for the applicant.

The Board refused CIBA's request for exhaustive disclosure *inter alia* on the following grounds:

In the Board's view, in a hearing before it, the party to whom the hearing relates must be provided with a level of disclosure and production which ensures that the party is fully informed of the case to be made against it. Further, the procedure followed must provide the party to whom the hearing relates a reasonable opportunity to meet that case by bringing forward its own position and by correcting or contradicting any state-

de tous les documents relatifs aux questions en litige qui vont prochainement faire l'objet d'une audience devant le Conseil. Cette audience a pour objet de savoir si le médicament Habitrol, commercialisé au Canada par CIBA, est vendu à un prix excessif. La requérante demande une ordonnance pour:

1. annuler la décision du Conseil, datée du 1^{er} février 1994, portant la désignation PMPRB-94-1/HABITROL/CPA, dans le n^o de dossier PMPRB-94-D1/HABITROL;

2. obliger le Conseil et son personnel à divulguer et à produire tous les documents qu'ils ont en leur possession, ou qui relèvent de leur pouvoir ou contrôle, et qui se rapportent aux questions en litige dans l'instance intentée par le Conseil contre CIBA par avis d'audience daté du 24 novembre 1993.

Il est avéré que les principes de l'équité et de la justice naturelle s'appliquent en l'espèce. Il s'agit de savoir si, compte tenu des circonstances de l'affaire, CIBA n'a droit qu'aux documents sur lesquels le Conseil a l'intention de s'appuyer à l'audience, ou si CIBA a droit à tous «les fruits de l'enquête» du personnel du Conseil, comme il a été jugé dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 (l'arrêt *Stinchcombe*). Si CIBA n'a pas droit aux «fruits de l'enquête», il s'agit alors de savoir si CIBA a droit à tous les documents en la possession du président ou des membres du Conseil. Conformément à l'avis d'audience signifié le 24 novembre 1993 et à la décision préliminaire du Conseil, c'est-à-dire celle qui fait l'objet du présent litige, l'intimé s'est engagé à faire la divulgation préalable complète, à la requérante, des allégations de faits et de la preuve sous forme d'opinion qu'elle devra réfuter. En outre, l'intimé s'est engagé à fournir à CIBA tous les documents qui seront utilisés pour contre-interroger les témoins de la requérante.

Le Conseil a refusé la demande de CIBA, visant à obtenir la divulgation complète, pour les motifs suivants, entre autres:

Le Conseil est d'avis que, dans le cadre des audiences qu'il tient, il faut divulguer et produire, selon le cas, suffisamment de renseignements et de documents à la partie visée pour qu'elle soit parfaitement au fait des arguments qui seront avancés contre elle. De plus, dans le cadre de la procédure appliquée par le Conseil, la partie visée par l'Audience doit avoir la possibilité et de présenter ses propres arguments à

ment or evidence related to the case which is prejudicial to its position.

It is the Board's view that, in matters of the disclosure and production of information and documents in the context of a public hearing, the Board must balance its duty to give every opportunity to a Respondent to be heard against its responsibility to ensure that its orders do not have the effect of limiting its ability to discharge its responsibilities in the public interest on an ongoing basis. In order to discharge such responsibilities, the Board must be confident that it is getting candid, complete and objective advice from its staff. This is particularly the case in respect of the preliminary views it receives as to whether there is sufficient evidence to justify calling a hearing into a matter. This balancing need not in any way affect the Board's duty in law to make its decisions on the basis of the evidence placed and tested before it during a hearing.

The Patented Medicine Prices Review Board

The Board was created in 1987 pursuant to R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 15, which amended the *Patent Act*, R.S.C., 1985 c. P-4, s. 39 (the Act). Under the Act the Board is responsible, *inter alia*, for obtaining information with respect to the price being charged in Canada for patented medicines and ensuring that such prices are not, in the opinion of the Board, excessive. In order to carry out its statutory mandate the Board has access to Board staff whose role is to monitor the price of patented medicines. This monitoring function by Board staff begins when a patented medicine is first sold. It is based in part upon information filed with the Board by the patentee. The information filed includes background information and the identity of the medicine as well as the price and dosage of the medicine when it is first sold and at six-month intervals thereafter. Board staff report directly to the Chairperson of the Board who is the Board's chief executive officer pursuant to subsection 93(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] of the Act. He has the ultimate responsibility for supervising and directing the work of Board staff. Accordingly, under the Act, the Chairperson is responsible for the investigation as well as the adjudication of the question of whether a patented medicine is being sold at an excessive price.

l'encontre de ceux invoqués contre elle, et de corriger et contredire les déclarations ou autres éléments de preuve se rapportant à l'affaire et qui lui sont préjudiciables.

a Le Conseil est d'avis que, en ce qui concerne la divulgation et la production de renseignements et de documents dans le cadre d'une audience publique, il doit maintenir l'équilibre entre l'obligation qui lui est faite de donner à l'intimé la possibilité de présenter des observations et celle qu'il a de veiller à ce que ses ordonnances n'aient pas pour effet de limiter sa capacité de s'acquitter de façon constante de ses responsabilités dans l'intérêt du public. Pour être en mesure de s'acquitter de ces responsabilités, le Conseil doit être convaincu que son personnel lui donne des avis francs, objectifs et complets. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne les avis préliminaires qui lui sont donnés sur la question de savoir s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la convocation d'une audience sur la question en jeu. Le maintien de cet équilibre ne devrait pas avoir quelque incidence que ce soit sur l'obligation qu'a, en droit, le Conseil de prendre ses décisions à la lumière des éléments de preuve qui sont présentés et débattus à l'Audience.

d

Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés

e Le Conseil a été créé en 1987, conformément à L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 15, qui a modifié la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39 (la Loi). En vertu de la Loi, le Conseil est chargé, entre autres, d'obtenir des renseignements sur le prix demandé, au Canada, pour des médicaments brevetés et de veiller à ce que ces prix ne soient pas excessifs, à son avis. Pour remplir son mandat légal, le Conseil fait appel à son personnel, dont le rôle est de surveiller le prix des médicaments brevetés. Cette fonction de surveillance, exercée par le personnel du Conseil, commence lorsqu'un médicament breveté est vendu pour la première fois. Elle est fondée en partie sur les renseignements que le breveté dépose auprès du Conseil. Les renseignements déposés comprennent des renseignements sur le contexte, l'identité du médicament, ainsi que son prix et sa posologie, lorsqu'il est vendu pour la première fois, et à des intervalles de six mois, par la suite. Le personnel du Conseil relève directement du président du Conseil, qui est le premier dirigeant de celui-ci, conformément au paragraphe 93(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] de la Loi. C'est au président qu'incombe la responsabilité absolue de surveiller et de diriger le travail du personnel du Conseil. Par conséquent, en vertu de la Loi, le président est chargé d'enquêter et de rendre une

Subsection 85(1) [as enacted *idem*] of the Act provides that in determining whether a medicine is being or has been sold at an excessive price, the Board must consider:

85. (1) . . .

(a) the prices at which the medicine has been sold in the relevant market;

(b) the prices at which other medicines in the same therapeutic class have been sold in the relevant market;

(c) the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada;

(d) changes in the Consumer Price Index. . .

The Board has also adopted certain guidelines in order to encourage and facilitate compliance by patentees. These guidelines, *inter alia*, establish three categories of medicines. Each new patented medicine is slotted into one of these categories, according to the recommendation of a group of independent scientific experts called the Human Drug Advisory Panel (HDAP). The category the medicine is assigned to determines which other medicines are used in the price comparison tests performed by Board staff. The extent of the Board's work can be gauged by the fact that as of December 31, 1992, the Board monitored the prices of 738 different patented drugs on the market in Canada, with total sales of \$2.1 billion.

In carrying out its investigations, Board staff relies in large measure upon the recommendation of HDAP and the information provided by the patentee. In addition, however, Board staff will communicate with other experts in the field to obtain their opinions on the patented drug in issue and to obtain other relevant information which may be of assistance in the investigation. Typically, this information is provided on a confidential basis and may eventually be discarded by Board staff. The confidential relationships which Board staff entertain with third parties are very important to their ability to discharge their statutory responsibilities. The Board staff will communicate to the patentee the substance of the evidence upon which any excessive pricing determination is made. If the investigation suggests that the price exceeds the

décision sur la question de savoir si un médicament breveté est vendu à un prix excessif.

En vertu du paragraphe 85(1) [édicte, *idem*] de la Loi, pour décider si le prix d'un médicament vendu est excessif, le Conseil doit tenir compte des facteurs suivants:

85. (1) . . .

a) le prix de vente du médicament sur un tel marché;

b) le prix de vente de médicaments de la même catégorie thérapeutique sur un tel marché;

c) le prix de vente du médicament et d'autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l'étranger;

d) les variations de l'indice des prix à la consommation.

Le Conseil a également adopté des directives pour amener les brevetés à se conformer à la Loi. Entre autres choses, ces directives établissent trois catégories de médicaments. Chaque nouveau médicament breveté est classé dans l'une de ces catégories, d'après la recommandation d'un groupe d'experts scientifiques appelé Groupe consultatif sur les médicaments pour usage humain (GCMUH). La catégorie dans laquelle un médicament est classé détermine quels autres médicaments sont employés dans les comparaisons de prix faites par le personnel du Conseil. Pour donner une idée de l'ampleur du travail du Conseil, signalons qu'au 31 décembre 1992, celui-ci avait surveillé les prix de 738 médicaments brevetés différents sur le marché canadien, ce qui représentait un chiffre d'affaires total de 2,1 milliards de dollars.

Dans ses enquêtes, le personnel du Conseil s'appuie en grande partie sur la recommandation du GCMUH et les renseignements fournis par le breveté. Cependant, le personnel du Conseil communiquera en outre avec d'autres experts dans le domaine pour obtenir leurs avis sur le médicament breveté en cause et pour obtenir d'autres renseignements pertinents qui pourraient être utiles à l'enquête. Généralement, ces renseignements sont fournis à titre confidentiel et peuvent éventuellement être mis de côté par le personnel du Conseil. Les rapports confidentiels que le personnel du Conseil entretient avec les tiers sont très importants pour qu'il puisse s'acquitter de ses responsabilités légales. Le personnel du Conseil communique au breveté l'essentiel de la preuve sur laquelle il s'est appuyé pour statuer sur le caractère

guidelines, the patentee is provided with the basis for the Board staff's conclusion and is requested to enter into a voluntary compliance undertaking (VCU) to adjust its price. Regardless of the patentee's response to Board staff's request, upon completing its investigation, Board staff prepares a confidential report which is forwarded to the Chairperson of the Board. It is upon review of this report that the Chairperson decides whether or not there is sufficient evidence to issue a notice of hearing. The notice of hearing sets out the grounds upon which the Chairperson believes a remedial order may be issued; i.e. that a *prima facie* case exists, and the material facts which led the Chairperson to this conclusion.

Subsection 83(6) [as enacted *idem*] of the Act requires the Board to provide the patentee with a reasonable opportunity to respond to the notice of hearing. If, after this, the Board concludes that the medicine has been sold at an excessive price, the Board may make an order under subsection 83(2) [as enacted *idem*]:

- a) directing the patentee to reduce the price at which it sells the medicine or some other patented medicine in Canada to a level which would off-set the excess revenues estimated to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price;
- b) directing the patentee to pay to Her Majesty an amount in the order; or
- c) in circumstances where the Board finds that the patentee has engaged in a policy of selling the medicine at an excessive price, directing the patentee to do one or more of the things referred to in paragraphs a) and b) above, so as to off-set, by not more than twice the amount, the excess revenues estimated by the Board to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price.

The Facts

CIBA sells numerous medicinal products in Canada, approximately 19 of which fell within the jurisdiction of the Board as of December 31, 1992. CIBA has been continually filing with the Board the requisite information concerning these products. Board staff continues to have regular, frequent contact with CIBA personnel concerning the statutory requirements relating to the CIBA patented medicines. On July 8, 1992, CIBA advised Board

excessif d'un prix. Si l'enquête indique que le prix excède ce qui est prévu par les directives, le breveté est informé du fondement de la conclusion du personnel du Conseil, et il est prié de conclure un engagement de conformité volontaire (ECV) pour rajuster son prix. Indépendamment de la réponse du breveté à la requête du personnel du Conseil, lorsque le personnel a terminé son enquête, il rédige un rapport confidentiel qui est transmis au président du Conseil. C'est après avoir examiné ce rapport que le président décide s'il y a ou non une preuve suffisante pour émettre un avis d'audience. L'avis d'audience énonce les motifs pour lesquels le président croit qu'une ordonnance remédiate peut être rendue—c'est-à-dire qu'il y a apparence de droit—et les faits importants qui ont amené le président à tirer cette conclusion.

Le paragraphe 83(6) [édicte, *idem*] de la Loi oblige le Conseil à donner au breveté la possibilité de répondre à l'avis d'audience. Si le Conseil conclut, par la suite, que le médicament a été vendu à un prix excessif, il peut rendre une ordonnance, en application du paragraphe 83(2) [édicte, *idem*], pour:

- [TRADUCTION] a) enjoindre au breveté de baisser, au Canada, le prix de vente du médicament ou d'un autre médicament breveté à un niveau qui compenserait l'excédent qu'aurait procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif;
- b) enjoindre au breveté de payer à Sa Majesté le montant précisé dans l'ordonnance;
- c) dans les cas où il estime que le breveté s'est livré à une politique de vente du médicament à un prix excessif, enjoindre au breveté de prendre l'une ou plusieurs des mesures visées par les alinéas a) et b) ci-dessus, de façon à réduire suffisamment les recettes pour compenser, selon lui, au plus le double de l'excédent procuré par la vente au prix excessif.

Les faits

CIBA vend de nombreux produits médicamenteux au Canada, dont environ dix-neuf relevaient de la compétence du Conseil au 31 décembre 1992. CIBA dépose régulièrement auprès du Conseil les renseignements requis sur ces produits. Le personnel du Conseil continue à avoir des rapports réguliers et fréquents avec le personnel de CIBA relativement aux exigences légales ayant trait aux médicaments brevetés de CIBA. Le 8 juillet 1992, CIBA a informé le

staff that it intended to market Habitrol, a nicotine patch used in smoking cessation therapy, and filed information with the Board in order to justify the price being charged for the new product. There have been numerous and extensive discussions and documentary exchanges between Board staff and CIBA throughout the Habitrol investigation. Board staff has also had discussions with and received advice from HDAP and obtained and considered important information from third party sources. CIBA takes the position that notwithstanding its filing of information pursuant to the Act, the Board does not have jurisdiction over the pricing of Habitrol as CIBA, with respect to Habitrol, is not a patentee within the meaning of the Act.

The issue of how Habitrol would be categorized by the Board was first raised by CIBA in a letter dated November 13, 1992. CIBA made additional submissions which were provided to HDAP, and was given a summary of the discussion held by HDAP regarding the categorization of Habitrol. Finally, the recommendation of HDAP, that Habitrol be considered a category III new medicine, and the reasons therefor, were the focus of a meeting held on January 11, 1993 between Board staff and CIBA. This meeting lasted over two hours.

The issue of which medicines, if any, and in which dosages, should be used as comparators for the purpose of determining an appropriate price range for Habitrol, was also the subject of extensive discussions between Board staff and CIBA. Meetings were held to deal with this issue on November 30, 1992 and January 11, 1993. Following both these meetings, CIBA sent to Board staff, letters, dated December 18, 1992 and January 12, 1993, containing information the company deemed relevant to the concerns raised by Board staff at the meetings. In response, by letter dated June 17, 1993, Board staff provided CIBA with the reasons why CIBA's contentions were not accepted and the basis for the calculations which led Board staff to believe that Habitrol was excessively priced. Board staff advised that if CIBA did not elect to provide a VCU for consideration by the

personnel du Conseil de son intention de commercialiser Habitrol, un timbre transdermique à la nicotine employé dans les thérapies anti-tabagiques et a déposé des renseignements auprès du Conseil pour justifier le prix demandé pour le nouveau produit. Il y a eu de longs et nombreux entretiens et échanges de documents entre le personnel du Conseil et CIBA tout au long de l'enquête sur Habitrol. Le personnel du Conseil a également eu des entretiens avec le GCMUH, de qui il a reçu des avis; il a, en outre, obtenu et examiné d'importants renseignements provenant de tiers. CIBA soutient que, même si elle dépose des renseignements conformément à la Loi, le Conseil n'a pas compétence sur l'établissement des prix de Habitrol puisque CIBA, en ce qui a trait à Habitrol, n'est pas un breveté au sens de la Loi.

La question de savoir comment Habitrol serait classé par le Conseil a été soulevée pour la première fois par CIBA dans une lettre datée du 13 novembre 1992. CIBA a présenté des arguments supplémentaires qui ont été fournis au GCMUH, et elle s'est vue remettre un résumé de la discussion tenue par le GCMUH concernant la catégorisation de Habitrol. Enfin, la recommandation du GCMUH, selon laquelle Habitrol devait être considéré comme un nouveau médicament de la catégorie III, et les motifs de cette recommandation, ont fait l'objet d'une réunion tenue le 11 janvier 1993 entre le personnel du Conseil et CIBA. Cette réunion a duré plus de deux heures.

Le personnel du Conseil et CIBA ont également eu de longs entretiens sur la question de savoir quels médicaments, s'il en est, et selon quelles posologies, devaient servir de critère pour établir une fourchette de prix appropriée pour Habitrol. Des réunions ont été tenues pour traiter cette question le 30 novembre 1992 et le 11 janvier 1993. À la suite de ces deux réunions, CIBA a envoyé au personnel du Conseil des lettres, en date du 18 décembre 1992 et du 12 janvier 1993, contenant des renseignements que la compagnie jugeait pertinents relativement aux préoccupations exprimées par le personnel du Conseil aux réunions. En réponse, dans une lettre datée du 17 juin 1993, le personnel du Conseil a donné à CIBA les motifs pour lesquels il n'acceptait pas les allégations de CIBA et la base des calculs qui ont amené le personnel du Conseil à croire que le prix du Habitrol

Chairperson of the Board, Board staff would report the matter to the Chairperson, who might issue a notice of hearing. On June 24, 1993, CIBA advised Board staff that it would not provide a VCU of the kind requested by Board staff and set forth once again its submissions as to why the pricing of Habitrol was not excessive.

The issue of whether Habitrol was a patent pertaining to medicine and thus within the jurisdiction of the Board was first raised by Board staff on July 8, 1992 (before Habitrol was even on the market), and was also discussed in face-to-face meetings between Board staff and CIBA on November 30, 1992, January 22, 1993, May 20, 1993 and September 20, 1993. In addition, clarification of the status of the patent was requested by Board staff in a letter to CIBA dated January 26, 1993, to which CIBA responded on February 3, 1993.

The Board staff analysis with respect to the price of Habitrol was forwarded to the Chairperson in a confidential report. The Chairperson, after considering the confidential report, decided to issue the notice of hearing on November 23, 1993, wherein the material facts relied on by the Chairperson in support of the issuance of the notice of hearing were clearly set out. The notice of hearing states that the price of Habitrol exceeded the Board's guidelines and proposed orders, *inter alia*, reducing the price at which CIBA sells Habitrol and directing CIBA to pay Her Majesty in right of Canada a specified amount of money. CIBA's counsel requested further particulars concerning the allegations contained in the notice of hearing. On December 2, 1993, Board staff provided CIBA with detailed particulars of its understanding of the allegations. This was done in order to enable CIBA to respond to the notice by December 13, 1993, as was required under the Board's rules of practice. CIBA also advised the Board and Board staff that it intends to challenge the constitutionality of the Act as it relates to the Board's power to regulate prices.

était excessif. Le personnel du Conseil a informé CIBA que si elle ne choisissait pas de soumettre un ECV au président du Conseil pour qu'il l'examine, le personnel du Conseil signifierait le cas au président qui allait peut-être signifier un avis d'audience. Le 24 juin 1993, CIBA a informé le personnel du Conseil qu'elle ne fournirait pas de ECV comme celui que le personnel du Conseil lui avait demandé et a présenté encore une fois des arguments visant à démontrer pourquoi le prix du Habitrol n'était pas excessif.

La question de savoir si Habitrol était une invention relative à un médicament, si bien qu'il relevait de la compétence du Conseil, a été soulevée pour la première fois par le personnel du Conseil le 8 juillet 1992 (avant même que le Habitrol soit sur le marché) et a également fait l'objet de discussions au cours de réunions entre le personnel du Conseil et CIBA tenues le 30 novembre 1992, le 22 janvier 1993, le 20 mai 1993 et le 20 septembre 1993. En outre, dans une lettre à CIBA en date du 26 janvier 1993, le personnel du Conseil a demandé des éclaircissements sur l'état du brevet. CIBA a répondu à cette lettre le 3 février 1993.

L'analyse qu'a faite le personnel du Conseil relativement au prix du Habitrol a été transmise au président dans un rapport confidentiel. Après avoir examiné ce rapport, le président a décidé de signifier l'avis d'audience le 23 novembre 1993. Les faits importants sur lesquels le président s'est appuyé pour signifier l'avis d'audience étaient clairement énoncés dans l'avis. Dans cet avis, il est affirmé que le prix du Habitrol excédait ce qui était prévu dans les directives du Conseil; l'avis proposait également des ordonnances visant, entre autres, à baisser le prix auquel CIBA vend le Habitrol et à enjoindre à CIBA de payer à Sa Majesté du chef du Canada un montant donné d'argent. Les avocats de CIBA ont demandé des détails supplémentaires sur les allégations énoncées dans l'avis d'audience. Le 2 décembre 1993, le personnel du Conseil a fourni à CIBA des détails sur les allégations, telles qu'il les comprenait. Ces détails ont été fournis pour permettre à CIBA de répondre à l'avis au plus tard le 13 décembre 1993, comme l'exigeaient les règles de pratique du Conseil. CIBA a également informé le Conseil et son personnel de son intention de contester la validité constitutionnelle de

la Loi en ce qui a trait au pouvoir du Conseil de réglementer les prix.

In a memorandum dated January 10, 1994, Board staff set out its position on all the substantive issues that will be raised in the forthcoming hearing. Pursuant to the proposed rules respecting practice before the Board, Board staff will have to file the affidavits of all of the expert witnesses on whose evidence it will rely by May 13, 1994. Moreover, at the suggestion of Board staff, on the same date, the parties will also pre-file an outline of the evidence of each non-expert witness they intend to call. Board staff will also pre-file copies of all documents that they will rely upon at the hearing.

In its January 10, 1994 memorandum, Board staff also suggested that, after delivery of the expert evidence and the outlines of the non-expert witnesses' evidence, a process of written interrogatories should be initiated. The object of this process would be to clarify each party's evidence through requests for further information, prior to the commencement of the hearing. Counsel for CIBA objected to this suggestion.

At the pre-hearing conference held on January 18, 1994, CIBA requested that the Board issue an order requiring both the Board and Board staff to produce copies of all documents relating to any matter at issue in the proceedings that were or had been in the power, possession or control of the Board or Board staff. This request was for all relevant documents, whether favourable or prejudicial to CIBA's position and whether or not Board staff planned to rely on the relevant document as part of its case. There is no evidence to indicate whether Board staff has any documents which are not in the possession of the Board. The chairperson of the Board indicated that the Board did not have any documentation which was not in the possession of Board staff.

a Dans un mémoire daté du 10 janvier 1994, le personnel du Conseil a exposé son point de vue sur toutes les questions de fond qui seront soulevées à l'audience à venir. Conformément aux règles proposées sur la procédure devant le Conseil, le personnel du Conseil aura à déposer, au plus tard le 13 mai 1994, des affidavits de tous les témoins experts sur lesquels il s'appuiera. En outre, comme l'a suggéré le personnel du Conseil, les parties déposeront préalablement, à la même date, un sommaire du témoignage que donnera chaque témoin (autre qu'un expert) qu'elles entendent citer à l'audience. De plus, le personnel du Conseil déposera préalablement des copies de tous les documents sur lesquels il s'appuiera à l'audience.

e Dans son mémoire du 10 janvier 1994, le personnel du Conseil a également suggéré que les parties commencent à faire des interrogatoires écrits, après la production de la preuve d'expert et des sommaires des témoignages autres que ceux des experts. Ces interrogatoires auraient pour objet de clarifier la preuve de chaque partie par des demandes de renseignements supplémentaires, avant le début de l'audience. Les avocats de CIBA se sont opposés à cette suggestion.

g À la conférence préparatoire à l'audience, tenue le 18 janvier 1994, CIBA a demandé au Conseil de rendre une ordonnance enjoignant au Conseil et à son personnel de produire des copies de tous les documents qui se rapportaient aux questions en litige et qui avaient déjà été en la possession du Conseil ou de son personnel, ou qui avaient déjà relevé de leur pouvoir ou de leur contrôle. Cette requête visait tous les documents pertinents—favorables ou non à la thèse de CIBA—que le personnel du Conseil prévoyait ou non s'appuyer sur le document pertinent pour faire valoir sa cause. Rien dans la preuve ne dit si le personnel du Conseil a des documents qui ne sont pas en la possession du Conseil. Le président du Conseil a fait savoir que le Conseil n'avait aucun document qui n'était pas en la possession de son personnel.

Analysis

The central issue in this case is whether, in light of the statutory mandate of the Board, fairness entitles the applicant to more disclosure than that which it has and will have been afforded prior to the commencement of the hearing scheduled for May 24, 1994. If I decide that CIBA is not entitled to the fruits of the investigation, i.e. documents that are favourable to it as well as unfavourable to it, the issue is whether the applicant is entitled to any documents which have been provided to the chairperson or any members of the Board who will be sitting at the hearing. In this case all five members of the Board, including the chairman, will be sitting at the hearing.

The first issue arises out of the *Stinchcombe* decision, *supra*. In that case, the accused was charged with breach of trust, theft and fraud. During the investigation by the RCMP, a witness was interviewed by a police officer and a written statement was taken. Defence counsel was informed of the existence, but not of the content, of the statement. His request for disclosure was refused. The Crown decided not to call the witness. Defence counsel sought an order that the witness be called or that the Crown disclose the contents of the statement. The trial judge dismissed the application. The trial proceeded and the accused was convicted of a breach of trust and fraud. The Court of Appeal affirmed the convictions without giving reasons, but the Supreme Court of Canada allowed the appeal and ordered a new trial. The Supreme Court found that the Crown had a legal duty to disclose all relevant information to the defence. Sopinka J. delivered the unanimous judgment of the Court. He states at page 332 of the decision:

Production and discovery were foreign to the adversary process of adjudication in its earlier history when the element of surprise was one of the accepted weapons in the arsenal of the adversaries. This applied to both criminal and civil proceedings. Significantly, in civil proceedings this aspect of the adversary process has long since disappeared, and full discovery of documents and oral examination of parties and even witnesses are familiar features of the practice. This change resulted from acceptance of the principle that justice was better served when the element of surprise was eliminated from the trial and the parties were prepared to address issues on the basis of complete information of the case to be met.

Analyse

La question fondamentale en l'espèce est de savoir si, à la lumière du mandat légal du Conseil, le principe de l'équité donne à la requérante droit à une divulgation plus importante que celle qui lui aura été autorisée avant le début de l'audience prévue pour le 24 mai 1994. Si je décide que CIBA n'a pas droit aux fruits de l'enquête, c'est-à-dire à des documents qui lui sont favorables et à d'autres qui lui sont défavorables, il s'agit alors de se demander si la requérante a le droit d'obtenir des documents qui ont été fournis au président ou à des membres du Conseil qui siègeront à l'audience. En l'espèce, les cinq membres du Conseil, y compris le président, siègeront à l'audience.

La première question découle de l'arrêt *Stinchcombe*, précité. Dans cette affaire, le prévenu avait été accusé d'abus de confiance, de vol et de fraude. Pendant l'enquête de la GRC, un témoin a été interrogé par un agent de police et une déclaration écrite a été prise. L'avocat de la défense a été informé de l'existence, mais non du contenu de la déclaration. Sa demande de divulgation a été refusée. Le ministère public a décidé de ne pas citer le témoin. L'avocat de la défense a demandé une ordonnance pour que le témoin soit cité ou que le ministère public divulgue le contenu de la déclaration. Le juge du procès a rejeté la demande. Le procès a eu lieu et le prévenu a été déclaré coupable d'abus de confiance et de fraude. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité sans fournir de motifs, mais la Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi et a ordonné un nouveau procès. La Cour suprême a conclu que le ministère public a, en droit, l'obligation de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Le juge Sopinka a rédigé l'arrêt unanime de la Cour. Il affirme ce qui suit à la page 332 des motifs:

À l'époque où le système accusatoire en était encore à ses débuts, la production et la communication de la preuve lui étaient étrangères et la surprise constituait alors une arme acceptée dans l'arsenal des parties au litige. C'était le cas en matière tant criminelle que civile. Fait révélateur, dans les instances civiles, cet aspect du système accusatoire est depuis longtemps disparu, si bien que la communication intégrale des documents et l'interrogatoire oral des parties, et même des témoins, sont des éléments familiers de la pratique. Ce changement a résulté de l'acceptation du principe selon lequel il vaut mieux, dans l'intérêt de la justice, que l'élément de surprise soit éliminé du procès et que les parties soient prêtes à débattre

He then reviews the arguments for and against disclosure of the fruits of an investigation, at page 333, stating:

It is difficult to justify the position which clings to the notion that the Crown has no legal duty to disclose all relevant information. The arguments against the existence of such a duty are groundless while those in favour, are, in my view, overwhelming. The suggestion that the duty should be reciprocal may deserve consideration by this Court in the future but is not a valid reason for absolving the Crown of its duty. The contrary contention fails to take account of the fundamental difference in the respective roles of the prosecution and the defence. In *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, Rand J. states, at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented; it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

I would add that the fruits of the investigation which are in the possession of counsel for the Crown are not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role.

In my view, in the case at bar, I must examine the statutory scheme pursuant to which the Patented Medicine Prices Review Board was created, and construe it as a whole to determine the degree to which Parliament intended the principle of fairness to apply. Before reviewing the relevant provisions of the Act further, I will continue with Justice Sopinka's comments in *Stinchcombe* which are relevant to the issues before me. Justice Sopinka deals with the suggestion that the disclosure may put at risk persons who pro-

les questions litigieuses sur le fondement de renseignements complets concernant la preuve à réfuter.

Il examine ensuite les arguments pour et contre la divulgation des fruits d'une enquête, à la page 333, où il affirme:

Il est difficile de justifier le point de vue de ceux qui s'accrochent à l'idée que le ministère public n'a en droit aucune obligation de divulguer tous les renseignements pertinents. Les arguments avancés pour nier l'existence d'une telle obligation sont sans fondement tandis que ceux militant en sa faveur s'avèrent, à mon sens, accablants. L'assertion que cette obligation devrait être réciproque peut mériter que notre Cour s'y arrête à une autre occasion, mais ne constitue pas un motif valable de libérer le ministère public de son obligation. L'argument contraire ne tient pas compte de la différence fondamentale entre les rôles respectifs de la poursuite et de la défense. Dans l'arrêt *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, le juge Rand affirme, aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés; ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquiesce d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquiescer de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle.

À mon avis, en l'espèce, je dois examiner le régime légal en vertu duquel le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a été créé, et l'interpréter dans son ensemble pour déterminer à quel point le législateur fédéral voulait que le principe d'équité s'applique. Avant d'examiner davantage les dispositions pertinentes de la Loi, je vais continuer à citer les commentaires du juge Sopinka, tirés de l'arrêt *Stinchcombe*, qui se rapportent aux questions dont je suis saisi. Le juge Sopinka traite l'allégation selon

vide the prosecution with information. At page 335, he states:

No doubt measures must occasionally be taken to protect the identity of witnesses and informers. Protection of the identity of informers is covered by the rules relating to informer privilege and exceptions thereto . . .

In the case before me I must deal with the common law in respect of the provision of confidential information. Justice Sopinka goes on to say at pages 335-336:

It will, therefore, be a matter of the timing of the disclosure rather than whether disclosure should be made at all. The prosecutor must retain a degree of discretion in respect of these matters. The discretion, which will be subject to review, should extend to such matters as excluding what is clearly irrelevant, withholding the identity of persons to protect them from harassment or injury, or to enforce the privilege relating to informers. The discretion would also extend to the timing of disclosure in order to complete an investigation. I shall return to this subject later in these reasons.

He then states at page 339:

As indicated earlier, however, this obligation to disclose is not absolute. It is subject to the discretion of counsel for the Crown. This discretion extends both to the withholding of information and to the timing of disclosure. For example, counsel for the Crown has a duty to respect the rules of privilege. In the case of informers the Crown has a duty to protect their identity. In some cases serious prejudice or even harm may result to a person who has supplied evidence or information to the investigation. While it is a harsh reality of justice that ultimately any person with relevant evidence must appear to testify, the discretion extends to the timing and manner of disclosure in such circumstances. A discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant.

He then summarizes the general principles with respect to disclosure when he states at page 343:

. . . the general principle to which I have referred is that all relevant information must be disclosed subject to the reviewable discretion of the Crown. The material must include not only that which the Crown intends to introduce into evidence but also that which it does not. No distinction should be made between inculpatory and exculpatory evidence.

laquelle la divulgation peut compromettre la sécurité des personnes qui fournissent des renseignements à la poursuite. À la page 335, il affirme:

Sans doute des mesures doivent-elles être prises à l'occasion pour protéger l'identité de témoins et d'indicateurs. La protection de l'identité des indicateurs est régie par les règles concernant le privilège relatif aux indicateurs et par les exceptions à ces règles . . .

En l'espèce, je dois examiner la common law relative à la communication de renseignements confidentiels. Le juge Sopinka affirme ensuite, aux pages 335 et 336:

La question est donc de savoir quand, plutôt que si, il devrait y avoir divulgation. Il faut que le poursuivant conserve un certain pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est d'ailleurs susceptible de contrôle, devrait s'étendre notamment à l'exclusion des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents, à la non-divulgation de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs. Le pouvoir discrétionnaire s'exercerait en outre pour décider du moment de la divulgation afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin. C'est là un sujet sur lequel je reviendrai plus loin dans ces motifs.

Il affirme ensuite ce qui suit, à la page 339:

Comme je l'ai déjà indiqué, toutefois, cette obligation de divulguer n'est pas absolue. Elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général, lequel pouvoir s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment de cette divulgation. Par exemple, il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret. En ce qui concerne les indicateurs, le ministère public a l'obligation de taire leur identité. Dans certains cas, la personne qui a fourni des éléments de preuve ou des renseignements dans le cadre de l'enquête peut subir, en conséquence, un préjudice grave et même des lésions corporelles. La dure réalité de la justice veut que toute personne disposant d'éléments de preuve pertinents finisse par comparaître pour témoigner, mais le pouvoir discrétionnaire s'exerce en pareil cas pour déterminer le moment et la forme de la divulgation. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence de renseignements. Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence.

Il résume ensuite les principes généraux ayant trait à la divulgation lorsqu'il affirme, à la page 343:

. . . le principe général précédemment évoqué exige la divulgation de tous les renseignements pertinents, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, lequel pouvoir est susceptible de contrôle judiciaire. Doivent être divulgués non seulement les renseignements que le ministère public entend produire en preuve, mais aussi ceux qu'il n'a

He then applies that principle to the case before him and states at page 345:

I am of the opinion that, subject to the discretion to which I have referred above, all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that they are not proposed as Crown witnesses. Where statements are not in existence, other information such as notes should be produced, and, if there are no notes, then in addition to the name, address and occupation of the witness, all information in the possession of the prosecution relating to any relevant evidence that the person could give should be supplied. I do not find the comments of the Commission in its 1984 Report persuasive. If the information is of no use then presumably it is irrelevant and will be excluded in the exercise of the discretion of the Crown. If the information is of some use then it is relevant and the determination as to whether it is sufficiently useful to put into evidence should be made by the defence and not the prosecutor.

However, Justice Sopinka notes that this same general principle of disclosure may not apply in all criminal cases. He states at page 342:

The general principles referred to herein arise in the context of indictable offences. While it may be argued that the duty of disclosure extends to all offences, many of the factors which I have canvassed may not apply at all or may apply with less impact in summary conviction offences. Moreover, the content of the right to make full answer and defence entrenched in s. 7 of the *Charter* may be of a more limited nature. A decision as to the extent to which the general principles of disclosure extend to summary conviction offences should be left to a case in which the issue arises in such proceedings.

There is no discussion of disclosure principles and matters before administrative tribunals in the *Stinchcombe* case. However, in *Human Rights Commission (Ont.) v. House et al.* (1993), 67 O.A.C. 72 (Div. Ct.), leave to appeal denied January 31, 1994 (Ont. C.A.) (*House*), the Divisional Court did apply *Stinchcombe*. In the *House* case, the Board of Inquiry under the Ontario *Human Rights Code* [R.S.O. 1990, c. H.19] had ordered production of witness statements and other documents related to the investigation of certain complaints made pursuant to the provisions of the Ontario *Human Rights Code*. This is

pas l'intention de produire. Aucune distinction ne devrait être faite entre preuve inculpatoire et preuve disculpatoire.

Il applique ensuite ce principe à l'affaire dont il est saisi et affirme, aux pages 345 et 346:

Selon moi, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dont j'ai traité précédemment, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. Lorsqu'il n'existe pas de déclarations, il faut produire d'autres renseignements tels que des notes et, en l'absence de notes, il faut divulguer, outre les nom, adresse et occupation du témoin, tous les renseignements que possède la poursuite au sujet de tous les éléments de preuve pertinents pouvant être fournis par la personne en question. Je tiens pour peu convaincantes les observations faites par la Commission dans son rapport de 1984. En effet, si les renseignements sont inutiles, on peut supposer qu'ils n'ont aucune pertinence et qu'ils seront en conséquence écartés par le ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si les renseignements présentent une certaine utilité, alors ils sont pertinents et c'est à la défense et non à la poursuite de décider s'il s'agit d'une utilité suffisante pour qu'ils soient produits en preuve.

Cependant, le juge Sopinka note que ce même principe général de divulgation ne s'applique peut-être pas dans toutes les affaires criminelles. Il affirme ce qui suit, à la page 342:

Les principes généraux mentionnés ici sont formulés dans le contexte des actes criminels. Bien que l'on puisse soutenir que l'obligation de divulguer s'applique à toutes les infractions, il se peut que plusieurs des facteurs que j'ai examinés à fond ne s'appliquent pas du tout ou que leur effet soit moindre dans le cas des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. De plus, le contenu du droit de présenter une défense pleine et entière, qui est consacré à l'art. 7 de la *Charte*, peut être de nature plus limitée. Il conviendra de statuer sur la mesure dans laquelle les principes généraux de la communication de la preuve s'appliquent aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, dans une affaire où cette question sera soulevée.

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, la Cour suprême ne traite pas des principes de la divulgation et des affaires en instance devant les tribunaux administratifs. Cependant, dans le jugement *Human Rights Commission (Ont.) v. House et al.* (1993), 67 O.A.C. 72 (C. div.), autorisation d'en appeler refusée le 31 janvier 1994 (C.A. Ont.), (l'affaire *House*), la Cour divisionnaire a appliqué l'arrêt *Stinchcombe*. Dans l'affaire *House*, la Commission d'enquête agissant sous le régime du *Code des droits de la personne* [L.R.O. 1990, ch. H.19] de l'Ontario avait ordonné la production de déclarations de témoins et d'autres

unlike the case at bar where the Board has refused the wide ranging production of documents demanded by CIBA. I must also keep in mind that curial deference is a key principle in judicial reviews.

Furthermore, in the *House* case, the Board states at page 13 of its reasons, that one of its considerations, when determining the degree of disclosure required in that instance, was that:

... it appears to me that the allegations are very serious indeed, with the potential, if made out, to ruin reputations, and cast a pall over the future career prospects of anyone found to have so discriminated.

CIBA alleges that if the Board finds it has charged an excessive price for Habitrol, it could cost CIBA approximately \$20 million. It is also alleged that the possibility of finding that CIBA engaged in a policy of excessive pricing would impact on the public and commercial reputation of CIBA and the personal reputations and careers of its officers, directors and employees. However, this is always a potential result of economic regulation. In my view, the finding that CIBA engaged in a policy of excessive pricing would not impact any more negatively on the public and commercial reputation of CIBA or the personal reputations and careers of its officers, directors and employees, than a finding of excessive pricing.

As stated earlier I must look at how the statutory scheme operates as a whole. In the *House* case, the Court states at page 75 that:

In rejecting the claim of privilege, the Board of Inquiry separated the investigation stage from the subsequent conciliation stage and the third "prosecution" stage.

The Court in *House* applied the reasoning in *Stinchcombe* to the proceedings under the Ontario *Human Rights Code*, but drew a distinction between

documents relatifs à l'enquête sur certaines plaintes faites conformément aux dispositions du *Code des droits de la personne* de l'Ontario. Il ne s'agit pas de la même situation qu'en l'espèce, où le Conseil a refusé d'ordonner la production d'un vaste ensemble de documents, comme l'a demandé CIBA. Je dois également garder à l'esprit que la déférence judiciaire est un principe fondamental en matière de contrôle judiciaire.

En outre, dans l'affaire *House*, à la page 13 de ses motifs, la Commission énonce l'un des facteurs dont elle a tenu compte pour décider du degré de divulgation nécessaire dans cette affaire:

[TRADUCTION] ... il me semble que les allégations sont effectivement très graves et peuvent, si elles sont portées, détruire la réputation des intéressés et compromettre les perspectives de carrière de quiconque est jugé avoir commis cette discrimination.

CIBA allègue que si le Conseil concluait qu'elle avait demandé un prix excessif pour le Habitrol, il pourrait en coûter environ 20 millions de dollars à CIBA. Il est également allégué que l'éventualité d'une conclusion selon laquelle CIBA avait eu pour politique de demander des prix excessifs aurait des conséquences sur la réputation publique et commerciale de CIBA et sur les réputations personnelles et les carrières de ses dirigeants, administrateurs et employés. Cependant, la réglementation économique peut toujours avoir ce résultat. À mon avis, la conclusion selon laquelle CIBA avait eu pour politique de demander des prix excessifs n'aurait pas de conséquences plus néfastes sur sa réputation publique et commerciale, ou sur les réputations personnelles et les carrières de ses dirigeants, administrateurs et employés, qu'une conclusion selon laquelle des prix excessifs avaient été demandés.

Comme je l'ai déjà mentionné, je dois examiner comment fonctionne le régime légal dans son ensemble. Dans l'affaire *House*, la Cour affirme ce qui suit, à la page 75:

[TRADUCTION] En rejetant le moyen fondé sur le secret, la Commission d'enquête a fait une distinction entre l'étape de l'enquête, l'étape subséquente, soit celle de la conciliation, et la troisième étape, soit celle de la «poursuite».

Dans l'affaire *House*, la Cour a appliqué le raisonnement de l'arrêt *Stinchcombe* aux instances régies par le *Code des droits de la personne* de l'Ontario;

privilege at the investigation stage and privilege at the litigation stage. The relevant part of the *Patent Act*, i.e. the part dealing with patented medicines, sections 79 to 102 [as enacted *idem*], concerns economic regulation. The Board monitors the prices of all medicine produced under patent. The Chairperson of the Board has administrative and adjudicative functions as a regulator. The applicant concedes that the legislation provides for institutional bias and this cannot be attacked under the case law.

There is a further difference between the legislation in issue here and the Human Rights legislation, in that there are not two parties involved. The Board staff is not a party in the same sense as the investigative staff under the Human Rights legislation. The investigators under the Human Rights legislation are clearly separated from the adjudicators. Also, there are search and seizure provisions under section 33 of the Ontario *Human Rights Code*, which make the powers of the investigators more akin to those exercised during a police investigation. Finally, the nature of the rights the Ontario *Human Rights Code* is designed to protect are very personal individual characteristics. Tribunals charged with regulating economic activity have not had placed on them the same high standards as tribunals dealing with personal individual rights.

After quoting Sopinka J. in respect of justice being better served when the element of surprise was eliminated from the trial, the Divisional Court concluded that [at page 77]:

... in the appropriate case, justice will be better served in proceedings under the **Human Rights Code** when there is complete information available to the respondents.

It is interesting to note that the Divisional Court recognized that only in the appropriate case the complete information should be made available. Disclo-

ependant, elle a fait une distinction entre le secret à l'étape de l'enquête et le secret à l'étape du litige. La partie pertinente de la *Loi sur les brevets*, c'est-à-dire la partie qui porte sur les médicaments brevetés, soit les articles 79 à 102 [édictees, *idem*], intéresse la réglementation économique. Le Conseil surveille les prix de tous les médicaments produits sous brevet. Le président du Conseil exerce des fonctions administratives et juridictionnelles à titre de personne chargée de la réglementation. La requérante admet qu'en vertu de la Loi, il existe un parti pris institutionnel et que ce parti pris ne peut être contesté, d'après la jurisprudence.

Il y a une autre différence entre la loi en cause en l'espèce et la loi en matière de droits de la personne; dans le premier cas, il n'y a pas deux parties en cause. Le personnel du Conseil n'est pas une partie au même titre que le personnel enquêteur sous le régime de la loi en matière de droits de la personne. Cette loi fait une distinction très nette entre les enquêteurs et ceux qui sont appelés à rendre une décision. En outre, l'article 33 du *Code des droits de la personne* de l'Ontario accorde des pouvoirs de perquisition et de saisie, ce qui rapproche les pouvoirs des enquêteurs de ceux exercés pendant une enquête policière. Enfin, les droits que le *Code des droits de la personne* de l'Ontario est censé protéger portent sur des caractéristiques individuelles très personnelles. Les tribunaux administratifs chargés de réglementer l'activité économique ne se sont pas vu imposer des normes aussi élevées que celles des tribunaux administratifs qui statuent sur les droits des individus.

Après avoir cité le passage dans lequel le juge Sopinka affirmait qu'il valait mieux, dans l'intérêt de la justice, que l'élément de surprise soit éliminé du procès, la Cour divisionnaire a conclu ce qui suit [à la page 77]:

[TRADUCTION] ... dans les cas appropriés, il vaudra mieux, dans l'intérêt de la justice, dans les instances régies par le **Code des droits de la personne**, que tous les renseignements soient mis à la disposition des intimés.

Il est intéressant de noter que la Cour divisionnaire a reconnu que tous les renseignements ne devaient être mis à la disposition d'une partie que dans les cas

sure must always be decided upon in the context of the matter involved.

The Divisional Court also was of the opinion that the role of Commission counsel is analogous to that of the Crown in criminal proceedings. The role of the Board in the statutory scheme is to monitor prices and where necessary regulate to avoid excess prices.

At page 78 of the *House* decision, the Divisional Court reiterated the well-known principle that:

In any particular case the requirements of “natural justice” will depend upon the particular circumstances of the case.

My view that the Board’s primary mandate is economic regulation is supported by a review of the historical development of the patent legislation. Dureault J. undertook such a review in *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485 (Man. Q.B.), a constitutional challenge to price control in the pharmaceutical industry. He states at pages 487-489:

The *Patent Act*, S.C. 1923, c. 23, s. 17, allowed for compulsory licences to be granted for the manufacture, use, and sale of patented processes. Up until 1969, when the 1923 Act was amended (S.C. 1968-69, c. 49) to permit compulsory licences to import patented pharmaceutical products, few applications for compulsory licences were made. Subsequent to the 1969 amendment, however, 559 licences to import and sell have been applied for; of these, 306 have been granted, 15 have been refused or terminated, 96 have been abandoned or withdrawn, and 142 were still pending as of January 31, 1985. . . .

The 1969 amendment resulted in the licensing of brand name patented products by generic firms which then produced and marketed their own brand or copy of the patented medicine. Compulsory licensing to import medicines resulted in increased competition by generic firms against patent-holding firms. This competition was further encouraged by the provincial policy of generic substitution under their respective pharmacare plans. The result has been the growth of large and profitable Canadian-owned generic pharmaceutical firms, which in turn led to lower prices. Needless to say, this aspect of compulsory licensing permitting a competitor (generic firm) to import and produce a copy of the patent holder’s product (brand name) has been the object of intense political lobbying by the patent-holding firms. There was no such thing as patent exclusivity for an invention of medicine. Indeed an applicant

appropriés seulement. La décision relative à la divulgation doit toujours être prise d’après le contexte de l’affaire dont il s’agit.

a La Cour divisionnaire était également d’avis que le rôle de l’avocat de la Commission était analogue à celui du ministère public en matière criminelle. Dans le régime légal en l’espèce, le Conseil a pour rôle de surveiller les prix et de les réglementer, au besoin, b pour éviter les prix excessifs.

À la page 78 du jugement *House*, la Cour divisionnaire a répété le principe bien connu selon lequel:

c [TRADUCTION] dans un cas donné, les exigences de la «justice naturelle» dépendront des circonstances particulières de l’affaire.

Mon opinion selon laquelle le principal mandat du Conseil est la réglementation économique est corroborée par un examen de l’évolution historique des lois en matière de brevets. Le juge Dureault a examiné cette évolution dans l’affaire *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485 (B.R. Man.) une contestation de la validité constitutionnelle du contrôle des prix dans l’industrie pharmaceutique. Le juge affirme ce qui suit, aux pages 487 à 489:

f [TRADUCTION] La *Loi sur les brevets*, S.C. 1923, ch. 23, art. 17 autorisait la concession de licences obligatoires pour la fabrication, l’utilisation et la vente de procédés brevetés. Jusqu’en 1969, lorsque la Loi de 1923 a été modifiée (S.C. 1968-69, ch. 49) pour autoriser les licences obligatoires d’importation de produits pharmaceutiques brevetés, il y avait eu peu de demandes de licences obligatoires. Cependant, après la modification de 1969, on a enregistré 559 demandes de licences d’importation et de vente; 306 de ces demandes ont été accueillies, 15 ont été rejetées ou annulées, 96 ont été abandonnées ou retirées et 142 étaient encore pendantes au 31 janvier 1985. . . .

h À cause de la modification de 1969, des produits brevetés de marque ont fait l’objet de licences accordées à des firmes génériques qui produisaient et commercialisaient ensuite leurs propres marques ou copies des médicaments brevetés. La concession de licences obligatoires pour importer des médicaments a permis aux firmes génériques de livrer une concurrence accrue aux firmes titulaires de brevets. Cette concurrence a été favorisée davantage par la politique des provinces à l’égard des substituts génériques dans leurs régimes respectifs d’assurance-médicaments. On vit alors apparaître de grandes sociétés pharmaceutiques canadiennes rentables, qui fabriquaient des médicaments génériques, ce qui a entraîné une baisse des prix. Il va sans dire que cet aspect de la concession de licences obligatoires, qui permettait à un concurrent (la firme de médicaments génériques) d’importer et de produire

could apply for a compulsory licence immediately upon the grant of the patent.

Restoration of patent exclusivity and revocation of compulsory licensing for patented medicine had for some time been the elusive goal of the patent-holding firms. Reacting to the pharmaceutical lobby, the government appointed Dr. H.C. Eastman as commissioner to inquire into and report upon the then current situation in the pharmaceutical industry in Canada. The commissioner's report was submitted on February 28, 1985.

The government's response to the Eastman report was the introduction in Parliament of Bill C-22, entitled "An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto", 33rd Parl., 2nd Sess. (1986). It was given first reading on November 7, 1986. The Bill, following its usual legislative route including several references to both the House of Commons Legislative Committee and the Special Committee of the Senate, was eventually passed by Parliament and received Royal Assent on November 19, 1987 (See S.C. 1987, c. 41, also R.S.C. 1985, c. 33 (3rd Suppl.)).

It is widely acknowledged that s. 14 of Bill C-22 created a new regime of patent exclusivity applicable to medicines. The amending provisions were designed to give back some measure of patent exclusivity to the brand name firms. While compulsory licensing was retained, it carried with it a prohibition from exercising any rights obtained under the compulsory licence for periods varying generally from seven to ten years.

Patents in respect of medicine, as for any other patent, are issued for 17- or 20-year terms. What is exceptional about these patents, however, is the provision for their immediate compulsory licensing. The new regime does not change this unique provision. It merely prohibits a licensee from exercising the rights given under the licence for a particular period of time. In other words, a monopoly is created for the patent holder for the period during which the licensee is prohibited from working the patent.

Under this limited monopoly, it was recognized that the price of new medicines would be introduced and maintained at higher levels than otherwise would be the case with competition under compulsory licensing. The increased financial return to the brand name firm was expected to encourage pharmaceutical research and development in Canada. From the government's standpoint, growth of this industry with enhanced employment opportunities was considered to be a desirable objective. On the other hand, legitimate concerns arose that, from the consumer's standpoint, prices might escalate to unacceptable levels during the exclusivity period. To counteract this mischief, the impugned amending provisions

une copie du produit (de marque) du titulaire du brevet a fait l'objet de lobbying politique intense par les firmes titulaires de brevets. Il n'y avait pas d'exclusivité de brevet pour l'invention d'un médicament. En effet, un requérant pouvait demander une licence obligatoire dès la concession du brevet.

^a Les firmes titulaires de brevets avaient, depuis un certain temps, tenté, sans succès, d'obtenir le rétablissement de l'exclusivité des brevets et l'abolition du régime des licences obligatoires pour les médicaments brevetés. En réponse au lobby pharmaceutique, le gouvernement a nommé le docteur H.C. Eastman à titre de commissaire chargé d'enquêter sur la situation qui existait dans l'industrie pharmaceutique au Canada à l'époque et de présenter un rapport à ce sujet. Le rapport du commissaire a été présenté le 28 février 1985.

^c À la suite du rapport Eastman, le gouvernement a présenté au Parlement le projet de loi C-22, intitulé «Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes», 33^e Parl., 2^e sess. (1986). La première lecture de ce projet de loi a eu lieu le 7 novembre 1986. Après avoir suivi le cours législatif normal, y compris plusieurs renvois au Comité législatif de la Chambre des communes et au Comité spécial du Sénat, le projet de loi a fini par être adopté par le Parlement et a reçu la sanction royale le 19 novembre 1987 (voir L.C. 1987, ch. 41, voir également L.R.C. (1985), ch. 33 (3^e suppl.)).

^e Il est couramment admis que l'art. 14 du projet de loi C-22 a créé un nouveau régime d'exclusivité de brevet applicable aux médicaments. Les dispositions modificatrices étaient destinées à redonner une certaine mesure d'exclusivité de brevet aux firmes qui fabriquent les médicaments de marque. Bien que le régime de licences obligatoires ait été maintenu, il emportait une interdiction d'exercer les droits obtenus en vertu de la licence obligatoire pour des périodes variant généralement de sept à dix ans.

^g Les brevets relatifs aux médicaments, comme tout autre brevet, sont décernés pour des périodes de dix-sept ou vingt ans. Le caractère exceptionnel de ces brevets est, toutefois, qu'ils peuvent immédiatement faire l'objet de licences obligatoires. Le nouveau régime ne modifie pas cette disposition unique. Il ne fait qu'interdire au titulaire d'une licence l'exercice des droits accordés par celle-ci pendant une période donnée. Autrement dit, un monopole est créé pour le titulaire du brevet pour la période pendant laquelle il est interdit au titulaire de la licence d'exploiter le brevet.

ⁱ Sous ce régime de monopole limité, on a reconnu que les prix des nouveaux médicaments seraient fixés et maintenus à des niveaux plus élevés que ce qui aurait autrement été le cas dans un contexte de concurrence sous le régime des licences obligatoires. On s'attendait à ce que le rendement accru dont bénéficieraient les firmes qui fabriquent les médicaments de marque encourage la recherche et le développement dans le domaine pharmaceutique au Canada. Le gouvernement considérait que l'expansion de cette industrie, et l'augmentation de l'emploi qui en découlerait, étaient des objectifs souhaitables. Par ailleurs, on s'inquiétait légitimement d'une éventuelle hausse des prix pour le consommateur, qui pourrait atteindre

were also linked to a regulatory scheme to be administered by the Board referred to earlier.

The scheme in this part of the *Patent Act* is similar to other statutory schemes to regulate monopolies such as the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and the National Energy Board. The Board and its staff are receiving a constant supply of information on prices of medicines. In my view, information supplied pursuant to statutory authority for purposes of economic regulation is, *prima facie*, confidential.

In this case there has been very extensive disclosure to CIBA as outlined briefly earlier in the facts. In sworn material submitted to this Court the manager of compliance and enforcement testified that:

If the investigation suggests that the price exceeds the Guidelines, the patentee is notified, provided with the basis of Board staff's conclusion, and the patentee is provided an opportunity to submit a VCU to adjust its price. Whether the patentee submits a VCU, or refuses to do so, the matter is referred to the Chairperson of the Board, who may either accept the VCU or may issue a Notice of Hearing. In this regard, Board staff prepare a confidential report which is forwarded to the Chairperson.

The manager was not cross-examined on the need for confidentiality.

Section 96 of the Act empowers the Board, with the approval of the Governor in Council, to make general rules for regulating its practice and procedure. The Board uses proposed rules at the present time. Subsection 97(1) provides that:

97. (1) All proceedings before the Board shall be dealt with as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.

The Board has made a decision refusing disclosure of the documents requested and I should give such a decision curial deference unless fairness or natural justice requires otherwise. Disclosure cannot be decided in the abstract. The Board is supposed to proceed efficiently and to protect the interest of the public. This requires, *inter alia*, that a hearing shall not be unduly prolonged. Certainly, the subject of an

un niveau inacceptable pendant la période d'exclusivité. Pour contrecarrer ce problème, les dispositions modificatrices contestées ont également été liées à un régime réglementaire qui devait être administré par le Conseil mentionné précédemment.

a Le régime prévu dans cette partie de la *Loi sur les brevets* est semblable à d'autres régimes légaux destinés à réglementer les monopoles, par exemple, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'Office national de l'énergie. Le Conseil et son personnel reçoivent constamment des renseignements sur les prix des médicaments. À mon avis, les renseignements fournis conformément à la Loi à des fins de réglementation économique sont, de prime abord, confidentiels.

En l'espèce, de nombreux renseignements ont été divulgués à CIBA, comme nous l'avons brièvement noté dans l'exposé des faits. Dans une déclaration sous serment présentée à cette Cour, le gestionnaire de la conformité et de la mise en application a attesté ce qui suit:

[TRADUCTION] S'il ressort de l'enquête que le prix excède ce qui est prévu dans les directives, on avise le breveté, on l'informe des motifs des conclusions du personnel du Conseil et on lui donne la possibilité de présenter un ECV pour rajuster son prix. Que le breveté présente un ECV ou qu'il refuse de le faire, l'affaire est renvoyée au président du Conseil qui peut, soit accepter l'ECV, soit signifier un avis d'audience. À cet égard, le personnel du Conseil rédige un rapport confidentiel qui est transmis au président.

Le gestionnaire n'a pas été contre-interrogé sur le besoin de respecter le caractère confidentiel.

g L'article 96 de la Loi permet au Conseil, avec l'agrément du gouverneur en conseil, d'établir des règles régissant sa pratique et sa procédure. Le Conseil suit actuellement des règles proposées. Le paragraphe 97(1) dispose:

h 97. (1) Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, le Conseil agit sans formalisme, en procédure expéditive.

i Le Conseil a décidé de refuser la divulgation des documents demandés et je dois, en vertu du principe de la déférence judiciaire, respecter cette décision à moins que l'équité ou la justice naturelle s'y oppose. Une décision quant à la divulgation ne peut être prise de façon abstraite. Le Conseil est censé agir efficacement et protéger les intérêts du public. Il faut donc, entre autres, éviter de prolonger indûment les

excess price hearing is entitled to know the case against it, but it should not be permitted to obtain all the evidence which has come into the possession of the Board in carrying out its regulatory functions in the public interest on the sole ground that it may be relevant to the matter at hand. The Board's function is not to obtain information solely for investigative purposes; its primary role is to monitor prices. In its decision, the Board recognized the need to balance its duty to the applicant against limiting its ability to discharge its responsibilities in the public interest on an ongoing basis. The Board has exercised its duty properly in the case at bar.

In deciding whether the Board's decision to refuse disclosure in this matter is correct I must also examine the question in light of the disclosure by the Board to date. I have already outlined the extensive amount of disclosure provided by the Board in numerous meetings and otherwise. I also note the future disclosures that the Board has agreed to provide.

In summary, when the statutory scheme of this Board is looked at, the Board is a regulatory board or tribunal. There is no point in the legislature creating a regulatory tribunal if the tribunal is treated as a criminal court. The obligations concerning disclosure imposed by the doctrine of fairness and natural justice are met if the subject of the inquiry is advised of the case it has to meet and is provided with all the documents that will be relied on. CIBA has been provided with much more than the minimum disclosure required to enable it to meet the case. Law and policy require that some leeway be given an administrative tribunal with economic regulatory functions, if, in pursuing its mandate, the tribunal is required by necessity to receive confidential information. It is not intended that proceedings before these tribunals be as adversarial as proceedings before a court. To require the Board to disclose all possibly relevant information gathered while fulfilling its regulatory obligations would unduly impede its work from an administrative viewpoint. Fairness is always a matter of balancing diverse interests. I find that fairness does

audiences. Celui qui fait l'objet d'une audience en matière de prix excessif a certainement le droit de connaître les arguments présentés contre lui; cependant, il ne devrait pas être autorisé à obtenir toute la preuve que le Conseil a obtenue dans l'exercice de ses fonctions de réglementation, dans l'intérêt du public, du seul fait qu'elle pourrait avoir un rapport avec la question en litige. Le Conseil n'a pas pour fonction d'obtenir des renseignements uniquement à des fins d'enquête; son rôle principal est de surveiller les prix. Dans sa décision, le Conseil a reconnu la nécessité de trouver le juste milieu entre son obligation envers la requérante et le fait de limiter sa capacité de s'acquitter en permanence de ses responsabilités dans l'intérêt du public. Le Conseil a correctement exercé sa fonction en l'espèce.

Pour savoir si la décision du Conseil de refuser la divulgation en l'espèce est valide, je dois également examiner la question à la lumière de la divulgation qu'a faite le Conseil jusqu'à maintenant. J'ai déjà mentionné le grand nombre de renseignements divulgués par le Conseil au cours de nombreuses réunions et autrement. Je note également les divulgations que le Conseil a accepté de faire à l'avenir.

En somme, lorsque l'on examine le régime légal dans lequel ce Conseil agit, on constate qu'il s'agit d'un office de réglementation. Il serait inutile que le législateur crée un tel office si celui-ci devait être traité comme une cour criminelle. Les obligations de divulgation imposées par le principe de l'équité et de la justice naturelle sont remplies si le sujet de l'enquête est informé des arguments qu'il doit réfuter et si on lui fournit tous les documents sur lesquels on s'appuiera. CIBA a eu beaucoup plus que le minimum de renseignements qui doit lui être divulgué pour lui permettre de réfuter les arguments avancés contre elle. Le droit et des questions de principe exigent qu'une certaine latitude soit accordée à un tribunal administratif exerçant des fonctions de réglementation économique si, dans l'exercice de son mandat, le tribunal est obligé de recevoir des renseignements confidentiels. La procédure devant ces tribunaux n'est pas censée revêtir un caractère aussi contradictoire que la procédure suivie devant un tribunal judiciaire. Le fait d'exiger du Conseil qu'il divulgue tous les renseignements susceptibles d'être pertinents,

not require the disclosure of the fruits of the investigation in this matter.

Since I have determined that the applicant is not entitled to the fruits of the investigation, I must determine whether the applicant is entitled to all documents placed before the chairperson or other members of the Board. Again I must examine this problem in light of the statutory scheme of this Board.

In my view, the reasoning in *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.) is still valid even though it was decided prior to *Stinchcombe*. In that case, the Copyright Board had both an investigative and an adjudicative function, such as the Board here has. The applicant made the same argument in that case as was made before me. The applicant submitted that he was:

... prejudiced in all the circumstances, not by any reason of any adverse effect, but rather by being denied the opportunity to exploit in its favour the evidence received.

In his reasons, the dissenting member of the Board referred to information not placed before the Board at the hearing. The majority did not refer to this information. The Court rejected the applicant's argument, saying at page 650, that there was

not a shred of evidence that any of the information received [by the dissenting member] had any influence whatsoever, on the Board's decision, that is to say, on the decision of the Board majority.

The test is whether the Board acted on evidence which was prejudicial or had an adverse effect on the applicant. MacGuigan J.A. elaborated on this at page 650:

In my opinion, this review of the case law indicates the fallacy of the applicant's argument. Contrary to its contention that a court will not inquire into the question of prejudice, all of the authorities which focus on the matter show that the question of the possibility of prejudice is the fundamental issue: *Kane*,

parmi ceux qu'il recueille dans l'exercice de ses fonctions de réglementation, entraverait indûment son travail d'un point de vue administratif. L'équité est toujours une question d'équilibre entre divers intérêts. Je conclus que l'équité n'exige pas la divulgation des fruits de l'enquête en l'espèce.

Puisque j'ai conclu que la requérante n'a pas droit aux fruits de l'enquête, je dois me demander si la requérante a droit à tous les documents présentés au président ou autres membres du Conseil. Encore une fois, je dois examiner ce problème à la lumière du régime légal dans lequel ce Conseil agit.

À mon avis, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.) demeure valable, même si cet arrêt a été rendu avant l'affaire *Stinchcombe*. Dans cette affaire, la Commission du droit d'auteur exerçait des fonctions d'enquête et des fonctions juridictionnelles, à l'instar du Conseil en l'espèce. La requérante dans cette affaire avait présenté le même argument que celui qui m'a été présenté en l'espèce. Cette requérante avait prétendu avoir:

... subi, dans les circonstances, un préjudice attribuable non pas à un effet défavorable, mais plutôt au fait qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de faire jouer en sa faveur la preuve reçue.

Dans ses motifs, le commissaire dissident avait fait mention de renseignements qui n'avaient pas été présentés à la Commission à l'audience. La majorité n'avait pas mentionné ces renseignements. La Cour a rejeté l'argument de la requérante, en affirmant, à la page 650, qu'il n'y avait pas

la moindre preuve que les renseignements obtenus par [le commissaire dissident] ont eu une influence quelconque sur la décision de la Commission, c'est-à-dire sur la décision des commissaires majoritaires.

Le critère consiste à se demander si le Conseil a agi à partir d'une preuve qui a été préjudiciable à la requérante ou qui a eu un effet défavorable sur elle. Le juge MacGuigan, J.C.A., a commenté cette question, à la page 650:

À mon sens, cet examen de la jurisprudence fait ressortir le caractère erroné de l'argument de la requérante. Celle-ci a prétendu qu'un tribunal ne se penchera pas sur la question du préjudice; or, il ressort de toutes les décisions qui traitent de la question que la possibilité qu'il existe un préjudice est détermi-

Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union, and Hecla Mining.

... The authorities, moreover, have taken "prejudicial" in the sense of "adverse effect".

Many of the questions resolved above are also relevant with respect to the second issue; that is: whether the applicant is entitled to all of the documents placed before the chairperson or other members of the Board. I will not review them a second time. This is not a case where individual rights are an issue, it is a case of economic regulation, which is not in form or substance criminal, nor does it involve the procedural safeguards constitutionalized in section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

CIBA sought in particular to have the Board's report disclosed. This report was prepared for the chairperson and was only used to decide if a notice of hearing should issue. It is no different than any other document put before the Board. The documents only become relevant if the Board is going to rely on them.

The Chairperson has stated that the Board's duty in law is:

... to make its decision on the basis of the evidence placed and tested before it during the hearing.

Accordingly there is no prejudice and no adverse effect to the applicant when it does not receive all the documents in the Board's possession. If the Board should rely on evidence not before it, then it would be open to the applicant to bring a further application at that time.

The application is dismissed.

Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union, et Hecla Mining.

... En outre, le terme «préjudiciable» a reçu le sens d'«effet défavorable» dans ces décisions.

^a Plusieurs questions résolues ci-dessus ont également rapport à la seconde question en litige, c'est-à-dire, la question de savoir si la requérante a le droit d'obtenir tous les documents présentés au président ou aux autres membres du Conseil. Je n'y reviendrai pas. En l'espèce, il ne s'agit pas d'un cas où des droits individuels sont en cause, mais d'un cas de réglementation économique, qui n'est pas une matière pénale, ni sur la forme ni sur le fond, et qui n'intéresse pas les garanties procédurales auxquelles l'article 7 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]] accorde la protection constitutionnelle.

CIBA a demandé en particulier la divulgation du rapport du Conseil. Ce rapport a été rédigé pour le président, et il n'a été utilisé que pour décider s'il y avait lieu de signifier un avis d'audience. Il ne se distingue en rien des autres documents présentés au Conseil. Les documents ne deviennent pertinents que si le Conseil s'apprête à les invoquer.

^f Le président a affirmé qu'en droit, le Conseil a l'obligation:

[TRADUCTION] ... de prendre sa décision à la lumière des éléments de preuve qui sont présentés et débattus à l'audience.

^g Par conséquent, la requérante ne subit aucun préjudice ou effet défavorable si elle ne reçoit pas tous les documents en la possession du Conseil. Si le Conseil s'appuie sur une preuve qui ne lui a pas été présentée à l'audience, il serait alors loisible à la requérante de présenter une autre requête.

La requête est rejetée.

T-2311-93

T-2311-93

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. (Applicant)**Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. (requérant)**

v.

c.

Maureen Abraham, Darlene Ahmo, Mary Arkinson and Gary T. Brazzell, Q.C. (Respondents)**a Maureen Abraham, Darlene Ahmo, Mary Arkinson et Gary T. Brazzell, c.r. (intimés)***INDEXED AS: SAGKEENG ALCOHOL REHAB CENTRE INC. v. ABRAHAM (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: SAGKEENG ALCOHOL REHAB CENTRE INC. c. ABRAHAM (1^{re} INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, April 5; Ottawa, May 6, 1994.

Section de première instance, juge Rothstein—Winnipeg, 5 avril; Ottawa, 6 mai 1994.

Constitutional law — Distribution of powers — Application for judicial review of Adjudicator's decision respondents' unjust dismissal complaints within jurisdiction — Applicant operating alcohol rehabilitation centre on Indian reserve — Labour relations under provincial jurisdiction unless forming integral part of primary federal jurisdiction over some other federal object — Nature of operations and normal activities determining whether characterized as federal or provincial service — Program, curriculum, materials designed for Indians — Indians given priority for admission — Applicant's function under Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Power to regulate labour relations between applicant and employees within federal jurisdiction over Indians.

c Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle il avait compétence relativement aux plaintes de congédiement injuste portées par les intimées — Le requérant exploite un centre de réadaptation pour alcooliques situé sur une réserve indienne — Les relations de travail relèvent de la compétence provinciale, à moins qu'ils ne fassent partie intégrante de la compétence fédérale principale relativement à quelque autre objet fédéral — C'est la nature de l'exploitation et les activités courantes qui sont déterminantes quant à savoir s'il s'agit d'un service fédéral ou provincial — Le programme global, le programme d'études et le matériel de cours sont conçus pour des Indiens — Les Indiens sont admis en priorité — L'objet de l'entreprise du requérant relève de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Le pouvoir de réglementer les relations de travail entre le requérant et ses employés relève de la compétence fédérale relative aux Indiens.

Labour relations — Application to review Adjudicator's decision respondents' unjust dismissal complaints within his jurisdiction — Privative clause not applicable where jurisdictional issue — Application of functionality test to determine applicant's operation of alcohol rehabilitation centre on Indian reserve subject to federal regulation — Canada Labour Code, s. 242(3.1)(b) providing adjudicator shall not consider complaint where "procedure for redress" provided either in Code or any other Act of Parliament — Respondents alleging unjust dismissal under Canada Labour Code, discrimination under Canadian Human Rights Act — S. 242(3.1)(b) not bar to hearing complaints herein — Another "procedure for redress" contemplating both cause of action and remedy — Other procedure for redress can not be based on different cause of action or provide lesser remedy than procedure under Code — Unclear proceedings under CHRA and Code would yield exact same remedy — While duplication of proceedings to be avoided, Parliament not intending to force aggrieved parties to risk prejudicing unjust dismissal claim by application of provision — Alternative procedure must be clearly duplicative for s. 242(3.1)(b) to apply.

f Relations du travail — Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle il avait compétence relativement aux plaintes de congédiement injuste portées par les intimées — Une clause privative ne s'applique pas dans un cas où se pose une question de compétence — Application d'un critère de fonctionnalité pour déterminer si l'exploitation du centre de réadaptation pour alcooliques par le requérant sur une réserve indienne est soumise à la réglementation fédérale — Suivant l'art. 242(3.1)b du Code canadien du travail, l'arbitre ne peut procéder à l'instruction d'une plainte dans un cas où le Code ou une autre loi fédérale prévoit un autre «recours» — Les intimées prétendent avoir été congédiées injustement au sens du Code canadien du travail et avoir été victimes de discrimination au sens de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'art. 242(3.1)b n'empêche pas l'audition des plaintes portées en l'espèce — Un autre «recours» envisagé à la fois la cause d'action et la réparation — L'autre recours ne peut donner droit à une réparation moindre que celle prévue au Code ni se fonder sur une cause d'action différente — Il n'est pas certain que des procédures intentées aux termes de la Loi canadienne sur les droits de la personne et du Code donneraient rigoureusement lieu à la même réparation — Bien que l'on doive éviter le dédoublement des procédures, le législateur n'avait pas l'intention de contraindre des parties lésées à courir le risque de voir leur poursuite pour congédiement injuste compromise par l'application de l'art. 242(3.1)b — Pour que

Native peoples — Applicant operating alcohol rehabilitation centre on Indian reserve — Program, curriculum, materials designed for Indians — Eligibility for admission primarily native — Respondents alleging unjust dismissal — Application to review Adjudicator's decision complaints within federal jurisdiction — Examination of nature of operations, normal activities leading to conclusion applicant's function falling under Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Power to regulate labour relations between applicant and (former) employees integral part of federal jurisdiction over Indians.

This was an application for judicial review of the Adjudicator's decision that he had jurisdiction to hear the respondents' complaints of unjust dismissal. The applicant operates an alcohol rehabilitation centre at the Fort Alexander Indian Reserve in Manitoba. It receives federal funds under a program supporting Indian based services. Portions of the rehabilitation program and materials dealt with cultural awareness. Eligibility for admission was "primarily Native, but open to anyone with an interest or need for treatment." Only a negligible portion of those admitted were people other than Indians. The applicant argued that labour relations are under provincial jurisdiction. It also relied upon *Canada Labour Code*, paragraph 242(3.1)(b) which provides that an adjudicator shall not consider a complaint where a procedure for redress has been provided either in the Code or any other Act of Parliament. The respondents have brought proceedings under the *Canadian Human Rights Act*. The applicant argued that paragraph 242(3.1)(b) dealt with the situation in which the remedy available under another procedure for redress is the same as that under subsection 242(4) of the *Canada Labour Code*. It argued that the remedies under the *Canadian Human Rights Act* were the same as those under the *Canada Labour Code*, subsection 242(4). The respondents argued that paragraph 242(3.1)(b) dealt with the situation in which the cause of action under the Code was the same as under another Act. They submitted that the cause of action for discrimination was different from that for unjust dismissal.

Canada Labour Code, section 243 provides that every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

Held, the application should be dismissed.

Section 243 did not preclude judicial review of the Adjudicator's decision. Jurisdictional issues are open to judicial review despite the existence of a privative clause.

The Adjudicator did not err in finding that the applicant was subject to the *Canada Labour Code*. Labour relations *prima*

cet alinéa s'applique, l'autre recours doit clairement opérer dédoublement.

Peuples autochtones — Le requérant exploite un centre de réadaptation pour alcooliques situé sur une réserve indienne — Le programme global, le programme d'études et le matériel de cours sont conçus pour des Indiens — Le programme est ouvert surtout aux autochtones — Les intimées prétendent avoir été congédiées injustement — Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle les plaintes relèvent de la compétence fédérale — L'examen de la nature de l'exploitation et des activités courantes mène à la conclusion que l'objet de l'entreprise du requérant relève de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Le pouvoir de réglementer les relations de travail entre le requérant et ses (anciens) employés fait partie intégrante de la compétence fédérale relative aux Indiens.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle il était compétent pour entendre les plaintes de congédiement injuste portées par les intimées. Le requérant exploite un centre de réadaptation pour alcooliques situé sur la réserve indienne de Fort Alexander au Manitoba. Il reçoit des fonds fédéraux dans le cadre d'un programme destiné à appuyer la prestation de services par des Indiens. Le programme de réadaptation ainsi que le matériel de cours traitent en partie de la sensibilisation culturelle. Le programme est ouvert «d'abord aux autochtones, mais aussi à toute personne intéressée au traitement ou en ayant besoin». Seule une fraction négligeable des personnes admises n'étaient pas indiennes. Le requérant a fait valoir que les relations de travail relèvent de la compétence provinciale. Il s'est appuyé en outre sur l'alinéa 242(3.1)b du *Code canadien du travail*, qui prévoit qu'un arbitre ne peut procéder à l'instruction d'une plainte lorsque cette loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours. Les intimées ont intenté des poursuites en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le requérant a soutenu que l'alinéa 242(3.1)b traite du cas où la réparation qu'il est possible d'obtenir en vertu d'un autre recours est la même que celle prévue au paragraphe 242(4) du *Code canadien du travail*. Il a soutenu que la réparation qu'il est possible d'obtenir en vertu de ce paragraphe et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est justement la même. Les intimées ont fait valoir que l'alinéa 242(3.1)b traite du cas où la cause d'action fondée sur le Code est la même que celle découlant d'une autre loi. Ils ont affirmé aussi que la cause d'action fondée sur la discrimination diffère de celle fondée sur le congédiement injuste.

L'article 243 du *Code canadien du travail* dispose que les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

Jugement: la demande doit être rejetée.

L'article 243 n'exclut pas le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. Les questions de compétence sont susceptibles de contrôle judiciaire malgré ce que peut prévoir une clause privative.

L'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que le requérant tombe sous le coup du *Code canadien du travail*. Les

facie fall within provincial jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*, section 92, head 13. The Parliament of Canada acquires jurisdiction over labour relations when it is an integral part of, or necessarily incidental to, federal jurisdiction over some other federal object i.e. Indians or Lands reserved for the Indians. It is the nature of the operations of a service and its normal activities that determine whether it is characterized as a federal or provincial service.

The applicant's function fell under *Constitution Act, 1867*, section 91, head 24. The power to regulate labour relations between the applicant and employees or former employees formed an integral part of federal jurisdiction over Indians. The Adjudicator did not err in finding that the applicant was a federal business, work undertaken. That the rehabilitation centre was organized and operated primarily for Indians, governed solely by Indians, that its staff were specially trained under the National Native Alcohol and Drug Abuse Program and received First Nations training, and that its rehabilitation program, curriculum and materials were designed for Indians, identified the "Indianness" of the centre and linked it to Indians. One-third of the program was devoted to Indian cultural awareness, values and survival as a native people. The applicant's focus was alcohol rehabilitation of Indians and that was the function it was designed to perform. That the cultural week was not compulsory, or that a small number of persons who were admitted to the centre were not Indians, did not detract from the integrally Indian operation of the applicant. Eligibility for admission was primarily native. Admission required provision of not only a medical number, but also a treaty number and band. Indians were given priority over others for admission.

The Adjudicator did not err in finding that paragraph 242(3.1)(b) was not a bar to his hearing the respondents' complaints. Reference to another "procedure for redress" in paragraph 242(3.1)(b) indicates that the paragraph contemplated both the cause of action and remedy. The other "procedure for redress" cannot be based on a different cause of action or provide a lesser remedy than the procedure under the Code. It was unclear that the procedures under the *Canadian Human Rights Act* and the *Canada Labour Code* would yield the exact same remedy. The Court did not have sufficient information as to the similarities and differences between the respondents' unjust dismissal complaints and human rights complaints to hold that paragraph 242(3.1)(b) was a bar to the Adjudicator's jurisdiction. The party seeking to rely on paragraph 242(3.1)(b) must demonstrate that there exists, under other legislation, a procedure for aggrieved parties to pursue a claim for unjust dismissal and obtain a remedy the same as an adjudicator could grant under subsection 242(4) of the Code. While duplication of proceedings should be avoided, Parliament did not intend that an aggrieved party should be forced to run the risk that an unjust

relations de travail relèvent, de prime abord, de la compétence provinciale en vertu de la disposition 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le législateur fédéral a compétence sur les relations de travail lorsqu'elles constituent une partie intégrante, ou nécessairement incidente, de la compétence fédérale relativement à quelque autre objet, soit, en l'occurrence, les Indiens ou les terres qui leur sont réservées. C'est la nature de l'exploitation d'une entreprise de services et ses activités courantes qui permettent de déterminer s'il s'agit d'un service fédéral ou provincial.

L'objet de l'entreprise du requérant tombe dans la catégorie mentionnée à la disposition 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pouvoir de réglementer les relations de travail entre le requérant et ses employés ou anciens employés fait partie intégrante de la compétence fédérale sur les Indiens. L'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a établi que le requérant constituait une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale. Le fait que le centre de réadaptation est organisé et exploité principalement au profit des Indiens et entièrement dirigé par eux, que son personnel est spécialement entraîné dans le cadre du Programme national de lutte contre l'abus de l'alcool et des drogues chez les Autochtones et initié aux us et coutumes des Premières Nations, et que le programme de réadaptation et d'études et le matériel de cours sont conçus à l'intention des Indiens, tout cela dénote la quiddité indienne du centre et ses liens avec les Indiens. Les tiers du programme est consacré à la sensibilisation à la culture indienne, à l'apprentissage des valeurs des autochtones et à l'étude de leur survie. Le requérant se consacre à la réadaptation d'Indiens alcooliques et a été précisément conçu pour remplir cette fonction. Le fait que la semaine culturelle est facultative et qu'un petit nombre de non-Indiens sont admis au centre ne modifie en rien le caractère foncièrement indien de l'entreprise du requérant. Le programme est ouvert d'abord aux autochtones. Pour être admis, il faut fournir non seulement un numéro de prestataire de soins médicaux mais aussi un numéro de traité et le nom de la bande dont on fait partie. Aux fins de l'admission, les Indiens ont priorité sur les autres.

L'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a déterminé que l'alinéa 242(3.1)(b) ne le rendait pas incompetent pour entendre les plaintes des intimées. Le fait que l'alinéa 242(3.1)(b) mentionne un autre «recours» indique qu'y sont envisagés à la fois la cause d'action et la réparation. Cet autre «recours» ne peut donner droit à une réparation moindre que celle prévue au Code ni se fonder sur une cause d'action différente. Il n'est pas certain que des procédures intentées aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et du *Code canadien du travail* donneraient rigoureusement lieu à la même réparation. La Cour ne dispose pas de suffisamment de renseignements au sujet des similitudes et des différences entre les plaintes des intimées concernant le congédiement injuste et leurs plaintes concernant les droits de la personne pour conclure que l'alinéa 242(3.1)(b) rend l'arbitre incompetent en la matière. La partie tentant d'invoquer l'alinéa 242(3.1)(b) doit démontrer qu'aux termes d'un autre texte législatif, il existe une procédure à l'intention des parties lésées qui leur permette de déposer une plainte par suite d'un congédiement injuste et d'obtenir une réparation du même type que celle qu'un arbitre pourrait

dismissal claim would be prejudiced by application of this provision. For paragraph 242(3.1)(b) to apply, the alternative procedure for redress must be clearly duplicative.

leur accorder en application du paragraphe 242(4) du Code. Bien que l'on doive éviter le dédoublement des procédures, le législateur n'avait pas l'intention de contraindre une partie lésée à courir le risque de voir sa poursuite pour congédiement injuste compromise par l'application de l'alinéa 242(3.1)b).

a Pour que cet alinéa s'applique, l'autre recours en cause doit clairement opérer dédoublement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16), 243.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 53.
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].

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada Post Corp. v. Pollard, [1994] 1 F.C. 652; (1993), 161 N.R. 66 (C.A.); *Alberta Wheat Pool v. Jacula* (1992), 58 F.T.R. 277 (F.C.T.D.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529.

DISTINGUISHED:

Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America et al., [1980] 1 S.C.R. 1031; (1979), 102 D.L.R. (3d) 385; 80 CLLC 14,006; [1979] 4 C.N.L.R. 21; 30 N.R. 421.

CONSIDERED:

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Hefni et al. (1994), 72 F.T.R. 232 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Toronto Electric Commissioners v. Snider, [1925] A.C. 396; [1925] 2 D.L.R. 5; [1925] 1 W.W.R. 785 (P.C.); *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada*, [1966] S.C.R. 767; (1966), 59 D.L.R. (2d) 145; *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; (1978), 93 D.L.R. (3d) 641; 69 CLLC 14,190; 25 N.R. 1.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16), 243.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 53.

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].

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Société canadienne des postes c. Pollard, [1994] 1 C.F. 652; (1993), 161 N.R. 66 (C.A.); *Alberta Wheat Pool c. Jacula* (1992), 58 F.T.R. 277 (C.F. 1^{re} inst.); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et autre, [1980] 1 R.C.S. 1031; (1979), 102 D.L.R. (3d) 385; 80 CLLC 14,006; [1979] 4 C.N.L.R. 21; 30 N.R. 421.

DÉCISION EXAMINÉE:

Banque canadienne impériale de commerce c. Hefni et autres (1994), 72 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Toronto Electric Commissioners v. Snider, [1925] A.C. 396; [1925] 2 D.L.R. 5; [1925] 1 W.W.R. 785 (P.C.); *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada*, [1966] R.C.S. 767; (1966), 59 D.L.R. (2d) 145; *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; (1978), 93 D.L.R. (3d) 641; 69 CLLC 14,190; 25 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973, "redress."

APPLICATION for judicial review of the Adjudicator's decision that he had jurisdiction to hear the respondents' unjust dismissal complaints against the applicant which operated an alcohol rehabilitation centre on an Indian reserve. Application dismissed.

COUNSEL:

Robert B. Doyle and Harvey I. Pollock for applicant.

Jeffrey F. Harris for respondents.

SOLICITORS:

Pollock & Company, Winnipeg, for applicant.

Keyser, Harris, Winnipeg, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.: This is an application for judicial review of an August 27, 1993 decision of Gary T. Brazzell, Q.C., an adjudicator appointed by the Minister of Labour for Canada under subsection 242(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as amended. The applicant operates an alcohol rehabilitation centre located on the Fort Alexander Indian Reserve approximately 80 kilometres northeast of Winnipeg. The respondents, Maureen Abraham, Darlene Ahmo, and Mary Arkinson (the respondents), allege unjust dismissal by the applicant and have sought a decision of an adjudicator under subsection 242(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16] of the *Canada Labour Code*.

The applicant's position is that labour relations are under provincial jurisdiction and that Mr. Brazzell, as an adjudicator appointed under the *Canada Labour Code*, erred in finding that he had jurisdiction to hear the unjust dismissal complaints. Also, the applicant says that the respondents have brought proceedings under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended, alleging that they had been discriminated against on the basis of their sex. By virtue

DOCTRINE

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973, «redress».

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre s'est déclaré compétent pour entendre les plaintes de congédiement injuste portées par les intimées contre le requérant, qui exploite un centre de réadaptation pour alcooliques sur une réserve indienne. Demande rejetée.

AVOCATS:

Robert B. Doyle et Harvey I. Pollock pour le requérant.

Jeffrey F. Harris pour les intimés.

PROCUREURS:

Pollock & Company, Winnipeg, pour le requérant.

Keyser, Harris, Winnipeg, pour les intimés.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: La présente ordonnance porte sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 27 août 1993 par Gary T. Brazzell, c.r., un arbitre désigné par le ministre du Travail du Canada en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, et ses modifications. Le requérant exploite un centre de réadaptation pour alcooliques situé sur la réserve indienne de Fort Alexander, environ 80 kilomètres au nord-est de Winnipeg. Les intimées, Maureen Abraham, Darlene Ahmo et Mary Arkinson (les intimées), allèguent que le requérant les a injustement congédiés et ont demandé qu'un arbitre rende une décision en vertu du paragraphe 242(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16] du *Code canadien du travail*.

Le requérant soutient que les relations de travail relèvent de la compétence provinciale et que M. Brazzell, en sa qualité d'arbitre désigné en vertu du *Code canadien du travail*, a commis une erreur lorsqu'il a décidé qu'il était compétent pour entendre les plaintes de congédiement injuste. Le requérant a aussi déclaré que les intimées avaient intenté des poursuites en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et ses

of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*, which provides that an adjudicator shall not consider a complaint when another procedure for redress is available in the *Canada Labour Code* or any other Act of Parliament, Mr. Brazzell erred in finding there was no bar to his adjudicating the complaints in this case in view of the proceedings under the *Canadian Human Rights Act*.

Although counsel did not find it necessary to address section 243 of the *Canada Labour Code*, which is, in substance, a privative clause, I will briefly deal with it now. Section 243 states:

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

On its face, section 243 would seem to preclude judicial review of the adjudicator's decision. However, as was indicated in *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.), at page 659, and in *Alberta Wheat Pool v. Jacula* (1992), 58 F.T.R. 277 (F.C.T.D.), at pages 278-279, following *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pages 1369-1370, jurisdictional issues are open to judicial review despite the existence of a privative clause. As the issues before me relate to the adjudicator's jurisdiction to hear and adjudicate the complaints of the respondents, section 243 does not preclude this application for judicial review.

The powers of Parliament with respect to labour relations were delineated by Estey J. in *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529 (the *Stevedoring* case), at page 564, as follows:

modifications, alléguant qu'elles avaient été victimes de discrimination fondée sur leur sexe. Aux termes de l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail*, qui prévoit qu'un arbitre ne peut procéder à l'instruction d'une plainte lorsque cette Loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours, M. Brazzell aurait commis une erreur lorsqu'il est arrivé à la conclusion que rien ne s'opposait à ce qu'il agisse comme arbitre dans l'affaire sous étude, compte tenu des poursuites intentées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Bien que l'avocat n'ait pas jugé nécessaire de traiter de l'article 243 du *Code canadien du travail*, lequel, pour l'essentiel, constitue une clause privative, je vais maintenant brièvement examiner cet article. Il se lit comme suit:

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire— notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto* visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

L'article 243 semble, de prime abord, exclure tout contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre. Toutefois, tel que cela est mentionné dans les décisions *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.), à la page 659 et *Alberta Wheat Pool c. Jacula* (1992), 58 F.T.R. 277 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 278 et 279, qui suivent en cela l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux pages 1369 et 1370, les questions de compétence sont susceptibles de contrôle judiciaire malgré ce que peut prévoir une clause privative. Comme les questions en litige dans la présente affaire ont trait à la compétence de l'arbitre à entendre et trancher les plaintes des intimées, la présente demande de contrôle judiciaire n'est pas irrecevable aux termes de l'article 243.

Les pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de relations de travail ont été délimités par le juge Estey dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529 (l'arrêt *Stevedoring*), à la page 564, comme suit:

These authorities establish that there is a jurisdiction in the Parliament of Canada to legislate with respect to labour and labour relations, even though these relations are classified under Property and Civil Rights within the meaning of s. 92(13) of the *B.N.A. Act* and, therefore, subject to provincial legislation. This jurisdiction of Parliament to so legislate includes those situations in which labour and labour relations are (a) an integral part of or necessarily incidental to the headings enumerated under s. 91; (b) in respect to Dominion Government employees; (c) in respect to works and undertakings under ss. 91(29) and 92(10); (d) in respect of works, undertakings or businesses in Canada but outside of any province.

In this case, the relevant provisions of the *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]] (formerly *The British North America Act, 1867*) are:

91. . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next herein-after enumerated; that is to say, -

13. Property and Civil Rights in the Province.

The *Stevedoring* case, *supra*, makes it clear that labour relations, *prima facie*, fall within provincial jurisdiction by virtue of head 13 of section 92 of the *Constitution Act, 1867*. The Parliament of Canada acquires jurisdiction over labour relations only in the four instances listed by Estey J. In my view, therefore, the issue is whether the labour, or labour relations in this case, is an integral part of, or necessarily incidental to, federal jurisdiction over Indians or Lands reserved for the Indians.

The principles governing legislative jurisdiction in respect of labour relations have been enunciated in numerous cases (see *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, (P.C.); the *Stevedoring* case, *supra*; *Commission du Salaire Minimum v. Bell*

[TRADUCTION] Ces précédents prévoient que le parlement du Canada a compétence pour légiférer en matière de travail et de relations de travail, même si ces relations tombent dans la catégorie de la propriété et des droits civils au sens de la disposition 92(13) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et sont, par conséquent, assujetties à la législation provinciale. Cette compétence du gouvernement fédéral englobe les cas où le travail et les relations de travail a) forment une partie intégrante ou nécessairement incidente des catégories de sujets énumérées à l'article 91; b) concernent des employés du gouvernement fédéral; c) concernent les travaux et entreprises décrits aux dispositions des paragraphes 91(29) et 92(10); d) concernent des travaux, entreprises ou affaires ayant cours au Canada mais à l'extérieur de toute province.

En l'espèce, les dispositions pertinentes de la *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° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], anciennement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, se lisent comme suit:

91. . . . l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérées, savoir:

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérées, savoir:

13. La propriété et les droits civils dans la province.

Il ressort clairement de l'arrêt *Stevedoring* (précité) que les relations de travail relèvent, de prime abord, de la compétence provinciale en vertu de la disposition 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le législateur fédéral a compétence sur les relations de travail seulement dans les quatre cas énumérés par le juge Estey. En ce qui me concerne, par conséquent, la question que nous devons trancher est celle de savoir si le travail, ou, en l'espèce, les relations de travail, constituent une partie intégrante, ou nécessairement incidente, de la compétence fédérale sur les Indiens ou les terres qui leur sont réservées.

Les principes régissant la compétence législative en matière de relations de travail ont été énoncés dans plusieurs arrêts (voir *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 (P.C.); *Stevedoring* (*supra*); *Commission du Salaire Minimum v. Bell*

Telephone Company of Canada, [1966] S.C.R. 767; *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; and *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America et al.*, [1980] 1 S.C.R. 1031). In the last-mentioned case, Beetz J., at page 1045, summarized the test to be applied as follows:

In my view the established principles relevant to this issue can be summarized very briefly. With respect to labour relations, exclusive provincial legislative competence is the rule, exclusive federal competence is the exception. The exception comprises, in the main, labour relations in undertakings, services and businesses which, having regard to the functional test of the nature of their operations and their normal activities, can be characterized as federal undertakings, services or businesses . . . [Underlining mine.]

At page 1047, Beetz J. stated:

The functional test is a particular method of applying a more general rule namely, that exclusive federal jurisdiction over labour relations arises only if it can be shown that such jurisdiction forms an integral part of primary federal jurisdiction over some other federal object: the *Stevedoring* case.

In the *Yellowknife* case, *supra*, Pigeon J. pointed out, at page 736:

In considering this question, one has to bear in mind that it is well settled that jurisdiction over labour matters depends on legislative authority over the operation, not over the person of the employer.

In the *Four B* case, *supra*, Four B was an Ontario corporation, carrying on the business of sewing shoe uppers under contract for a shoe manufacturing company, the business of the company being conducted on an Indian reserve. All of the corporation's issued shares were held by four brothers, all being members of the Band. The company was in no way owned or controlled by the Band Council which had no share in its profits. At issue in the Supreme Court of Canada was the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board to certify a bargaining agent with respect to employees of the company's plant on the reserve and to make another order directing the company to reinstate four of its employees.

Telephone Company of Canada, [1966] R.C.S. 767; *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et autre*, [1980] 1 R.C.S. 1031). Dans le dernier arrêt cité, le juge Beetz résume les critères à appliquer en la matière comme suit, à la page 1045:

À mon avis, les principes établis pertinents à cette question peuvent être résumés très brièvement. En ce qui a trait aux relations de travail, la compétence législative provinciale exclusive est la règle, la compétence fédérale exclusive est l'exception. L'exception comprend, principalement, les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui, compte tenu du critère fonctionnel de la nature de leur exploitation et de leur activité normale, peuvent être qualifiés d'entreprises, de services ou d'affaires de compétence fédérale. [C'est moi qui souligne.]

À la page 1047, le juge Beetz déclare encore:

Le critère fonctionnel est une méthode particulière d'application d'une règle plus générale, savoir, que la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail n'existe que si l'on peut établir qu'elle fait partie intégrante de sa compétence sur une autre matière fédérale: l'arrêt *Stevedoring*.

Dans l'arrêt *Yellowknife* (*supra*), le juge Pigeon affirme ce qui suit, à la page 736:

En examinant cette question, on doit se rappeler qu'il est bien établi que la compétence en matière de travail relève du pouvoir législatif sur l'exploitation et non sur la personne de l'employeur.

Dans l'affaire *Four B* (*supra*), Four B était une société ontarienne dont l'activité, menée sur une réserve indienne, consistait à coudre à contrat l'empeigne de souliers pour le compte du fabricant. Toutes les actions émises de la société étaient détenues par quatre frères, tous membres de la bande. Four B n'était en aucune façon la propriété du conseil de bande, qui n'exerçait aucun contrôle à son égard ni participait à ses profits. La question soumise à la Cour suprême du Canada était de savoir si la Commission des relations de travail de l'Ontario avait compétence pour certifier un agent de négociation appelé à transiger avec les employés œuvrant à l'usine de la société sur la réserve et pour prendre une autre ordonnance qui enjoignait l'entreprise de réintégrer quatre employés dans leurs fonctions.

In his judgment, Beetz J. stated the following, at page 1046, in addition to the governing test quoted above:

There is nothing about the business or operation of *Four B* which might allow it to be considered as a federal business: the sewing of uppers on sport shoes is an ordinary industrial activity which clearly comes under provincial legislative authority for the purposes of labour relations. Neither the ownership of the business by Indian shareholders, nor the employment by that business of a majority of Indian employees, nor the carrying on of that business on an Indian reserve under a federal permit, nor the federal loan and subsidies, taken separately or together, can have any effect on the operational nature of that business. By the traditional and functional test, therefore, *The Labour Relations Act* applies to the facts of this case, and the Board has jurisdiction.

At pages 1047-1048, Beetz J. stated:

I think it is an oversimplification to say that the matter which falls to be regulated in the case at bar is the civil rights of Indians. The matter is broader and more complex: it involves the rights of Indians and non-Indians to associate with one another for labour relations purposes, purposes which are not related to "Indianness"; it involves their relationship with the United Garment Workers of America or some other trade union about which there is nothing inherently Indian; it finally involves their collective bargaining with an employer who happens to be an Ontario corporation, privately owned by Indians, but about which there is nothing specifically Indian either, the operation of which the Band has expressly refused to assume and from which it has elected to withdraw its name.

But even if the situation is considered from the sole point of view of Indian employees and as if the employer were an Indian, neither Indian status is at stake nor rights so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status such for instance as registrability, membership in a band, the right to participate in the election of Chiefs and Band Councils, reserve privileges, etc. For this reason, I come to the conclusion that the power to regulate the labour relations in issue does not form an integral part of primary federal jurisdiction over Indians or Lands reserved for the Indians. Whether Parliament could regulate them in the exercise of its ancillary powers is a question we do not have to resolve any more than it is desirable to determine in the abstract the ultimate reach of potential federal paramountcy.

In the case at bar, the articles of incorporation of the applicant provide that its undertaking as a corporation is restricted "[T]o manage and operate an alcohol abuse rehabilitation centre." Applicant's counsel argues that there is nothing integral to Indians or Lands reserved for Indians about the operation of an

En sus des critères applicables cités précédemment, le juge Beetz a déclaré ce qui suit dans sa décision à la page 1046:

Rien dans l'affaire ou l'exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale: la couture d'empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l'entreprise par des actionnaires indiens, ni l'embauchage par cette entreprise d'une majorité d'employés indiens, ni l'exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d'un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d'effet sur la nature de l'exploitation de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* s'applique aux faits de l'espèce et la *Commission* a compétence.

Aux pages 1047 et 1048, le juge Beetz déclare encore:

Je crois que dire que la question à régler en l'espèce est celle des droits civils des Indiens est une simplification excessive. La question est plus vaste et plus complexe: elle met en cause les droits des Indiens et des non-Indiens de s'associer entre eux à des fins de relations de travail, fins qui sont sans rapport avec la quiddité indienne; elle met en cause leurs relations avec les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique ou quelque autre syndicat qui n'ont rien de proprement indien; elle met en cause finalement leur convention collective avec un employeur qui se trouve être une compagnie ontarienne, appartenant à titre privé à des Indiens, mais qui n'a rien non plus de spécifiquement indien: la bande a expressément refusé d'en assumer l'exploitation et a décidé de lui retirer son nom.

Mais même si on examine la situation du seul point de vue des employés indiens et comme si l'employeur était un Indien, cela ne met en jeu ni le statut d'Indien ni des droits si intimement liés au statut d'Indien qu'ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d'être enregistré, la qualité de membre d'une bande, le droit de participer à l'élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. Pour cette raison je conclus que le pouvoir de réglementer les relations de travail en question ne fait pas partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens ou les terres réservées aux Indiens. La question de savoir si le Parlement pourrait les réglementer dans l'exercice de ses pouvoirs accessoires est une question que nous n'avons pas à résoudre sauf dans la mesure où sa solution est utile pour déterminer en théorie la portée ultime d'une suprématie fédérale potentielle.

En l'espèce, les statuts constitutifs du requérant prévoient que l'activité de la société se limite [TRADUCTION] «à gérer et exploiter un centre de réadaptation pour alcooliques». L'avocat du requérant soutient que l'exploitation d'un centre de réadaptation pour alcooliques n'est assurément pas quelque chose

alcohol abuse rehabilitation centre and that the focus of the operation of the centre is on treating alcoholism. He further points out that admission to the centre is not limited to Indians and that some people other than Indians have been admitted. He also says that Indians do not have a right to be admitted to the centre.

Counsel for the respondents refers to the National Native Alcohol and Drug Abuse Program (NNADAP), a program sponsored jointly by the Department of National Health and Welfare and the Department of Indian Affairs and Northern Development. Under the NNADAP, federal funds are provided for projects which are designed and operated by Indian people. Under the NNADAP Contribution Agreement made as of March, 1992 between Her Majesty the Queen in right of Canada and the applicant, paragraph 1(1) provides:

1. (1) The Project shall consist of the objectives and activities set out in Appendix "A".

Appendix "A" provides in part:

A. SERVICE DELIVERY

1. PROJECT OBJECTIVES:

- (1) To provide a residential treatment program for those suffering from alcoholism that is consistent with the goals of the program which are to establish Indian based services,

. . . .

2. PROJECT ACTIVITIES RELATING TO OBJECTIVES IN (1):

- (1) Twenty-eight (28) day rehabilitation program and a seven (7) day assessment program, which includes:

. . . .

(h) building cultural awareness in client group;

. . . .

- (4) Treatment centre and outreach staff training (Sagkeeng):

(a) NNADAP training;

. . . .

(e) Nechi training. [First Nations Training]

By-law No.1 of the applicant corporation provides, in part:

de propre aux Indiens ou aux terres qui leur sont réservées, et que la vocation première du centre est de soigner l'alcoolisme. Il précise également que l'admission au centre n'est pas limitée aux Indiens et que des non-Indiens y ont de fait été admis. L'admission au centre, par ailleurs, n'est pas un droit pour les Indiens.

L'avocat des intimées fait référence au Programme national de lutte contre l'abus de l'alcool et des drogues chez les Autochtones (PNLAADA), un programme commandité conjointement par le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social et le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. En vertu de ce programme, des fonds fédéraux sont accordés pour des projets conçus et réalisés par des Indiens. Le paragraphe 1(1) de l'Accord de contribution au PNLAADA, passé en mars 1992 entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le requérant, se lit comme suit:

- [TRADUCTION] 1. (1) Le projet consiste dans les objectifs et activités décrits à l'Annexe «A».

L'Annexe «A» prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] A. FOURNITURE DES SERVICES

1. OBJECTIFS DU PROJET:

- 1) Offrir un programme de traitement avec internat aux personnes souffrant d'alcoolisme, dans l'esprit des objectifs du programme qui sont de mettre sur pied des services gérés par les Indiens,

. . . .

2. ACTIVITÉS PRÉVUES DANS LE CADRE DU PROJET ET DÉCOULANT DES OBJECTIFS CITÉS EN 1):

- 1) Programme de réadaptation s'échelonnant sur vingt-huit (28) jours et programme d'évaluation d'une durée de sept (7) jours, comprenant:

h

h) sensibilisation culturelle du groupe-cible;

. . . .

- 4) Centre de traitement et enseignement de méthodes d'approche humaine au personnel (Sagkeeng):

i

a) Formation offerte dans le cadre du PNLAADA;

. . . .

e) Initiation aux us et coutumes nechis [formation relative aux Premières Nations].

j

Le Règlement n° 1 de la société requérante prévoit notamment ce qui suit:

3. **Qualification:** A director shall be a member of the Corporation and of the Fort Alexander Indian Band.

[TRADUCTION] 3. **Qualification:** Les administrateurs doivent être membres de la Société et de la bande indienne de Fort Alexander.

25. **Qualifications:** A person seeking a membership of the Corporation shall:

a 25. **Qualifications:** Toute personne désirant adhérer à la Société doit:

(a) ...

a) ...

(b) be a member of the Fort Alexander Indian Band.

b) être membre de la bande indienne de Fort Alexander.

The rehabilitation program of the centre consists of a four-week lecture schedule: week 1—alcohol and alcoholism, week 2—self-awareness, week 3—cultural week, and week 4—review week. A portion of the contents of the lecture materials is entitled “SELF-CONCEPT AS AN INDIAN.” This portion contains a discussion of Indian values, native culture and identity, cultural values and modern society, pipe ceremonies, survival as native people / AA meetings and means of maintaining spirituality.

b Le programme de réadaptation du centre consiste en une série de cours répartis sur quatre semaines, comme suit: semaine 1: alcool et alcoolisme; semaine 2: conscience de soi; semaine 3: semaine culturelle; et semaine 4: révision. Une partie du contenu du matériel de cours s’intitule [TRADUCTION] «PERCEPTION DE SOI-MÊME EN TANT QU’INDIEN», et traite des valeurs indiennes, de la culture et de l’identité autochtones, des valeurs culturelles et de la société moderne, des cérémonies du calumet, de la survie du peuple autochtone, des rencontres des AA et des moyens permettant de cultiver la spiritualité.

In the admission package of the applicant, the page headed “ELIGIBILITY FOR ADMISSION” contains the following qualifications amongst others:

e Dans la trousse d’admission du centre, il y a une page intitulée [TRADUCTION] «ADMISSIBILITÉ AU PROGRAMME» sur laquelle sont notamment indiqués les prérequis suivants:

Primarily Native, but open to anyone with an interest or need for treatment.

Ouvert d’abord aux Autochtones, mais aussi à toute personne intéressée au traitement ou en ayant besoin.

In the 1991-1992 fiscal year, out of the 342 persons admitted, 304 were status Indians, 31 were non-status Indians or Métis and seven were other. Figures for the years 1987-1992 also demonstrate that only a negligible portion of those admitted were people other than Indians.

f g Durant l’exercice financier 1991-1992, sur les 342 personnes admises au centre, 304 avaient le statut d’Indiens, 31 étaient indiennes ou métisses sans avoir ce statut et les sept qui restent étaient d’une autre origine. Les données relatives aux exercices 1987 à 1992 démontrent également que seule une fraction négligeable des personnes admises n’étaient pas indiennes.

The evidence before me indicates that the features of the applicant distinguish it from the facts in *Four B, supra*. We are not here concerned with an ordinary manufacturing business carried on on an Indian reserve. Rather, the rehabilitation centre in question is engaged in the provision of a form of health care service designed and operated to meet the needs of its Indian beneficiaries.

h i La preuve que j’ai devant moi révèle que le profil du requérant ne recoupe pas les faits liés à l’affaire *Four B (supra)*. Nous n’avons pas affaire ici à une entreprise de fabrication ordinaire installée sur une réserve indienne, mais plutôt à un centre de réadaptation engagé dans la prestation d’un type de soins de santé conçus et fournis de manière à combler les besoins de bénéficiaires Indiens.

The fact that the rehabilitation centre is organized and operated primarily for Indians, governed solely by Indians, that its facilities and services are intended primarily for Indians, that its staff are specially

j Le fait que le centre de réadaptation est organisé et exploité principalement au profit des Indiens et entièrement dirigé par eux, que ses installations et les services qu’il offre sont conçus à l’intention des Indiens,

trained under the NNADAP and receive First Nations training, and that its rehabilitation program, curriculum and materials are designed for Indians, all serve to identify the inherent "Indianness" of the centre and link it to Indians.

To say that the focus of the applicant is on the treatment of alcoholism is to gloss over the way in which the applicant operates its program. The applicant's program of alcohol rehabilitation involves a 33 percent component, i.e. one out of three weeks, other than the review week, devoted to Indian cultural awareness, values and survival as Native people. The focus of the applicant is on alcohol rehabilitation of Indians and that is the function its program is designed to perform.

That the cultural week may not be compulsory or that a small number of persons who are admitted to the applicant's centre are not Indians, does not detract from the integrally Indian operation of the applicant. Its normal activity is to provide alcohol rehabilitation services for Indians. As I understand the *dicta* of Beetz J. (page 1045 of *Four B*), it is the nature of the operations of a service and its normal activities that determine whether or not it is characterized as a federal or provincial service. The fact that a small number of non-Indians are treated at the centre or that the cultural week may not be compulsory, does not detract from the centre's normal activities and functions.

Counsel for the applicant referred to certain statistics which he said demonstrated that many alcohol rehabilitation centres in Manitoba provide services primarily to Indians. He submitted that simply because Indians are treated at these centres, does not bring them under federal jurisdiction. I could not deduce, from the statistics to which he referred, whether or not other alcohol rehabilitation centres in Manitoba provide services primarily to Indians. But even if they do, the issue is not decided by a calculation, in the abstract, of whether a particular facility caters primarily to Indians or to others. It is necessary to assess the nature of the operations of the facility to decide whether it is under federal or provincial juris-

que son personnel est spécialement entraîné dans le cadre du PNLAADA et initié aux us et coutumes des Premières Nations, et que le programme de réadaptation et d'études et le matériel de cours sont eux aussi conçus à l'intention des Indiens, tout cela dénote la quiddité indienne du centre et ses liens avec les Indiens.

Affirmer que la vocation du requérant est de soigner l'alcoolisme équivaut à fermer les yeux sur la manière dont le programme est géré. Le tiers de ce programme, soit une semaine sur trois si l'on ne tient pas compte de la semaine de révision, est consacré à la sensibilisation à la culture indienne, à l'apprentissage des valeurs des autochtones et à l'étude de leur survie. Le requérant se consacre à la réadaptation d'Indiens alcooliques et son programme a été précisément conçu pour remplir cette fonction.

Le fait que la semaine culturelle est facultative et qu'un petit nombre de non-Indiens sont admis au centre ne modifie en rien le caractère foncièrement indien de l'entreprise, dont l'activité normale consiste à fournir des services de réadaptation à des alcooliques Indiens. Selon mon interprétation des remarques incidentes du juge Beetz (décision *Four B*, page 1045), c'est la nature de l'exploitation d'une entreprise de services et ses activités courantes qui permettent de déterminer s'il s'agit ou non d'un service fédéral ou provincial. Le fait qu'un petit nombre de non-Indiens se fassent traiter au centre ou que la semaine culturelle soit facultative, ne modifie pas le caractère des activités et des fonctions habituelles du centre.

L'avocat du requérant a fait allusion à certaines statistiques qui, selon lui, démontraient que bon nombre des centres de réadaptation pour alcooliques du Manitoba fournissaient des services principalement aux Indiens. Ces centres, a-t-il soutenu, ne relèvent pas de la compétence fédérale tout simplement parce que des Indiens s'y font traiter. Ces statistiques ne m'ont pas permis d'établir si d'autres centres de réadaptation pour alcooliques du Manitoba fournissaient des services principalement aux Indiens. Mais même si d'autres centres y avaient cette vocation, nous ne pouvons résoudre la question qui nous occupe au moyen d'un calcul, fait dans l'abstrait, visant à établir si un centre donné dessert principale-

diction. There was no evidence before me as to the nature of the operations of other alcohol rehabilitation centres in Manitoba.

Counsel for the applicant submitted that Indians do not have a right of admission to the applicant's rehabilitation centre. However, it is clear that the eligibility for admission is "primarily native." Although a witness for the applicant, Ken Courchene, a member of the applicant's Board of Directors, and the admission package, describe its programs as "cross-cultural," in which the non-Native could easily identify, the centre is said, by the same admission package, to cater to Natives and Native communities. Indeed, the admission process involves providing the centre not only with a medical number, but also with a treaty number and band. The inference that I draw is that, for admission purposes, Indians are given priority over others. The applicant's focus is primarily on Indians and its facilities are available first and foremost to Indians. The question of eligibility for admission therefore, is integrally bound up with Indian status.

Applying the test formulated in *Four B*, I am of the view that the function of the applicant falls under head 24 of section 91 of the *Constitution Act, 1867*. The power to regulate labour relations between the applicant and its employees or former employees forms an integral part of primary federal jurisdiction over Indians. The Adjudicator was not in error in finding that the applicant was a federal business, work or undertaking.

Having arrived at this conclusion, it is necessary to consider the second argument of the applicant—that the Adjudicator is prohibited from considering this matter because of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*. Paragraph 242(3.1)(b) provides:

ment les Indiens ou les non-Indiens. Nous devons apprécier la nature des activités de l'entreprise pour être en mesure de déterminer si elle relève de la compétence fédérale ou provinciale. Or, aucun élément de preuve n'a été produit quant à la nature des activités d'autres centres de réadaptation pour alcooliques du Manitoba.

L'avocat du requérant a soutenu que l'admission au centre ne constitue pas un droit pour les Indiens. Toutefois, il est clair que le programme est «ouvert d'abord aux autochtones». Bien que Ken Courchene, l'un des témoins cités par le requérant et l'un des membres du conseil d'administration de l'entreprise, ait affirmé que les programmes du centre sont [TRADUCTION] «interculturels», ce qui permet aux non-Indiens de s'y identifier facilement, il est mentionné dans la trousse d'admission (qui reprend aussi la description de Courchene) que le centre dessert les autochtones et leurs communautés. De fait, tout candidat à l'admission doit fournir au centre non seulement un numéro de prestataire de soins médicaux mais aussi un numéro de traité et le nom de la bande dont il fait partie. J'infère de cette procédure qu'aux fins de l'admission, les Indiens ont priorité sur les autres. Le requérant accueille surtout des Indiens et ses installations sont mises d'abord et avant tout à leur disposition. L'admissibilité au programme se trouve donc étroitement liée à la possession du statut d'Indien.

Appliquant les critères énoncés dans la décision *Four B*, je suis d'avis que l'objet de l'entreprise du requérant tombe dans la catégorie mentionnée à la disposition 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pouvoir de réglementer les relations de travail entre le requérant et ses employés ou anciens employés fait partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens. L'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a établi que le requérant constituait une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale.

Après en être arrivé à cette conclusion, je dois examiner le deuxième argument présenté par le requérant, à savoir que l'alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail* interdit à l'arbitre de procéder à l'instruction de la plainte visée en l'espèce. Cet alinéa se lit comme suit:

242. . . .

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

Applicant's counsel submits that paragraph 242(3.1)(b) deals with the situation in which the remedy available under another procedure for redress is the same as under subsection 242(4) of the *Canada Labour Code*. In this case he argues that the remedies under the *Canadian Human Rights Act* are the same remedies as under subsection 242(4) of the *Canada Labour Code*.

Respondents' counsel says that paragraph 242(3.1)(b) deals with the situation in which the cause of action under Division XIV [Part III] of the *Canada Labour Code* is the same as under another provision of the *Canada Labour Code* or another Act of Parliament. He submits that the cause of action of discrimination under the *Canadian Human Rights Act* is different than the cause of action of unjust dismissal under the *Canada Labour Code*. He further submits that there is insufficient evidence before me to make the type of determination contemplated by paragraph 242(3.1)(b).

Counsel for the applicant asserts that the unjust dismissal complaints arise from alleged acts of discrimination practised against the respondents by the applicant. Counsel for the respondents says that in two cases, the complaints are based on constructive unjust dismissal while in the other case there was actual dismissal. None of this information is in the evidence before me. What is in the record are the unjust dismissal complaints of the three respondents which make reference to their complaints to the Human Rights Commission. However, each of these complaints also states:

I know of no other avenue of redress [other than under Division XIV of the *Canada Labour Code*].

The decision of the Adjudicator indicates, at page 3, that one of the objections made by the applicant was:

242. . . .

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

L'avocat du requérant soutient que l'alinéa 242(3.1)b) traite du cas où la réparation qu'il est possible d'obtenir en vertu d'un autre recours est la même que celle prévue au paragraphe 242(4) du *Code canadien du travail*. Il soutient qu'en l'occurrence, la réparation qu'il est possible d'obtenir en vertu de ce paragraphe et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est la même.

L'avocat des intimées, pour sa part, avance que l'alinéa 242(3.1)b) traite du cas où la cause d'action en vertu de la section XIV [partie III] du *Code canadien du travail* est la même que celle découlant d'une autre disposition de ce code ou d'une autre loi fédérale, et il affirme aussi que la cause d'action fondée sur la discrimination en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* diffère de la cause d'action fondée sur le congédiement injuste en vertu du *Code canadien du travail*. Toujours selon l'avocat des intimées, trop peu d'éléments de preuve ont été produits pour qu'il soit possible de rendre une décision du type de celle visée à l'alinéa 242(3.1)b).

L'avocat du requérant soutient que les plaintes de congédiement injuste découlent de prétendus gestes discriminatoires posés par le requérant à l'endroit des intimées. L'avocat des intimées affirme pour sa part que, dans deux cas, les plaintes sont liées à un congédiement injuste présumé tandis que, dans l'autre, il y a eu congédiement réel. La preuve ne renferme aucun renseignement à cet égard. Le procès-verbal ne fait état que des plaintes de congédiement injuste logées par les trois intimées, lesquelles plaintes font aussi état des plaintes qu'elles ont déposées auprès de la Commission des droits de la personne. On peut cependant lire ce qui suit dans l'exposé de chacune de ces plaintes:

[TRADUCTION] Je n'ai connaissance de disposer d'aucun autre recours [que ceux prévus à la Section XIV du *Code canadien du travail*].

La décision de l'arbitre fait état de l'une des objections du requérant, à savoir à la page 3:

The Complainants were not dismissed by the Employer as required by section 240(1) of the Code

There is also reference to another objection of the applicant:

[T]he Complainants had not completed 12 consecutive months of continuous employment with the Employer as required by section 240(1)(a) of the Code.

I was not directed to anything in the evidence that describes the respondents' human rights complaints or their relationship to the unjust dismissal complaints before the adjudicator in this case.

“Redress” is defined in *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. as meaning, *inter alia*:

6. To set (a person) right, by obtaining, or (occas.) giving, satisfaction or compensation for the wrong or loss sustained.

In legal terminology, satisfaction or compensation would be the remedy sought. The wrong sustained would relate to a cause of action. In the context of paragraph 242(3.1)(b), I think both cause of action and remedy are contemplated by reference to another “procedure for redress.” The other “procedure for redress” cannot be based on a different cause of action or provide a lesser remedy than the procedure under Division XIV of the *Canada Labour Code*. Under Division XIV, a procedure is provided for individuals to pursue claims for unjust dismissal. A body of jurisprudence has developed in respect of this cause of action. It is not at all clear generally, and certainly not in this case, that a proceeding under the *Canadian Human Rights Act*, based on discrimination, involves the exact same principles, considerations and defences as a claim for unjust dismissal under the *Canada Labour Code*. Indeed, the applicant has raised objections before the Adjudicator that are specific to the unjust dismissal claims under the *Canada Labour Code*. With respect to remedy, a brief review of section 53 of the *Canadian Human Rights Act* and subsection 242(4) of the *Canada Labour Code* indicates that the statutory provisions, although not identical in wording, appear in substance to be similar. However, again, a body of jurisprudence has developed in respect of each type of

[TRADUCTION] Les plaignantes n'ont pas été congédiées par leur employeur, tel que cela est exigé comme condition d'application du paragraphe 240(1) du Code.

a Une autre objection du requérant est rapportée, comme suit:

[TRADUCTION] [Les] plaignantes ne travaillaient pas sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur, tel que cela est exigé comme condition d'application de l'alinéa 240(1)a) du Code.

b On ne m'a signalé aucun élément de preuve qui fasse état des plaintes concernant les droits de la personne logées par les intimées, ni des liens entre ces plaintes et les plaintes de congédiement injuste soumises à l'arbitre.

c Dans *The Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd.), le verbe «redresser» est notamment défini comme suit:

d [TRADUCTION] 6. Rendre justice à quelqu'un en lui obtenant, ou (parfois) en lui donnant, satisfaction ou une indemnisation pour le tort ou la perte subi.

e En langage juridique, le recours demandé constituerait la satisfaction ou l'indemnisation et le tort subi serait lié à la cause d'action. Dans le contexte de l'alinéa 242(3.1)b), je crois que la cause d'action et le recours sont envisagés par rapport à un autre «recours». Cet autre «recours» ne peut donner droit à une réparation moindre que celle prévue à la section XIV du *Code canadien du travail*, ni se fonder sur une cause d'action différente. En vertu de la section XIV, il existe un recours permettant à une personne de déposer une plainte à la suite d'un congédiement injuste. De nombreux précédents traitent de cette cause d'action. On peut affirmer de manière générale et, en l'espèce, avec certitude, qu'il ne ressort pas clairement, à la lumière de ces précédents, qu'une poursuite pour discrimination aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* mettrait en cause exactement les mêmes principes, éléments de réflexion et moyens de défense qu'une plainte concernant un congédiement injuste déposée en vertu du *Code canadien du travail*. De fait, le requérant a soulevé devant l'arbitre des objections qui sont propres aux plaintes concernant les congédiements injustes déposées en vertu du *Code canadien du travail*. En ce qui a trait à la réparation, un examen rapide de l'article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et du paragraphe 242(4) du *Code canadien du*

remedy and it is not clear, at this stage, that the procedures under the *Canadian Human Rights Act* and the *Canada Labour Code* would yield the exact same remedy. For these reasons, and because I do not have sufficient information before me as to the similarities and differences between the respondents' unjust dismissal complaints and human rights complaints, I find that the Adjudicator did not err in concluding that paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* was not a bar to his jurisdiction in this case.

In coming to my conclusion on this issue, I have had regard to the decision of Jerome A.C.J. in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Hefni et al.* (1994), 72 F.T.R. 232 (F.C.T.D.) and the authorities cited therein. At pages 238-239, Jerome A.C.J. states:

I also note in Pollard, the Federal Court of Appeal agreed with MacKay, J., that the adjudicator's interpretation of s. 242(3.1)(b) had been the correct one. The adjudicator had stated:

"The alternative procedure for redress referred to in s. 242(3.1)(b) must be a procedure that will 'redress' the issue of whether the dismissal was unjust."

This conclusion was the result of the following analysis, which although concerned with the relationship between the unjust dismissal provisions and those prohibiting dismissal because of antiunion [*sic*] activity, is equally valid when considering the anti-discrimination in employment provisions of the Canadian Human Rights Act:

The fact that a similar remedy may be awarded in either case does not mean the procedure for redress has been provided elsewhere.

A similar interpretation of s. 242(3.1)(b) was proposed in Employment Law in Canada:

The reviewable issues under the Human Rights Act and Part I of the Canada Labour Code are whether dismissal is tainted by, respectively, one of the proscribed human rights grounds or an antiunion [*sic*] element. These issues are dis-

travail nous révèle que ces dispositions législatives semblent, pour l'essentiel, avoir le même effet, bien qu'elles soient formulées différemment. Mais, encore une fois, de nombreux précédents traitent de chaque type de réparation, et on ne peut avancer catégoriquement, à ce stade, que des procédures intentées aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et du *Code canadien du travail* donneraient rigoureusement lieu à la même réparation. Pour ces motifs, et compte tenu du fait que je ne dispose pas de suffisamment de renseignements au sujet des similitudes et des différences entre les plaintes concernant le congédiement injuste et les plaintes concernant les droits de la personne, j'en arrive à la conclusion que l'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a déterminé que l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* ne lui niait pas la compétence nécessaire pour procéder à l'instruction de la présente affaire.

Pour en arriver à une telle conclusion, j'ai tenu compte de la décision du juge en chef adjoint Jerome, rendue dans l'affaire *Banque canadienne impériale de commerce c. Hefni et autres* (1994), 72 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.). J'ai aussi tenu compte des précédents qui y sont cités. Aux pages 238 et 239, le juge en chef adjoint Jerome déclare ce qui suit:

Je constate également que, dans l'arrêt Pollard, la Cour d'appel fédérale s'est dite d'accord avec le juge MacKay pour conclure que l'interprétation que l'arbitre avait donnée de l'alinéa 242(3.1)b) était la bonne. L'arbitre avait déclaré:

L'autre recours mentionné à l'alinéa 242(3.1)b) doit viser au redressement.

Cette conclusion découlait de l'analyse suivante qui, bien qu'elle concernât le rapport entre les dispositions relatives au congédiement injuste et celles qui interdisent le congédiement pour cause d'activités anti-syndicales, est également valable lorsqu'on examine les dispositions de la Loi canadienne sur les droits de la personne qui interdisent la discrimination dans l'emploi:

Que du reste le même remède [*sic*] puisse s'appliquer dans l'un et l'autre cas ne signifie pas qu'on ait prévu ailleurs une procédure de redressement.

Une interprétation semblable de l'alinéa 242(3.1)b) a été proposée dans Employment Law in Canada:

Les questions qui peuvent être examinées sous le régime de la Loi sur les droits de la personne ou de la partie I du Code canadien du travail sont celles de savoir si le congédiement est entaché de l'un des motifs illicites relatifs aux

tinct from the issue of 'just cause' for dismissal, although the presence of 'just cause' is plainly relevant as evidence of whether an employer's motive for dismissal is tainted by the proscribed grounds." [I. Christie, G. England & B. Cotter, **Employment Law in Canada**, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1993), at pp. 684-685.]

Section 242(3.1)(b) will therefore not bar a complaint unless it can be shown that an alternative procedure is available to the complainant to determine the specific issue of whether or not cause existed for the dismissal. [Footnotes omitted.]

In my view, it must be demonstrated, by the party seeking to rely on paragraph 242(3.1)(b), that under another statutory provision, there exists a procedure for aggrieved parties to pursue a claim for unjust dismissal and obtain a remedy the same as an adjudicator could grant under subsection 242(4) of the *Canada Labour Code*. The applicant has not demonstrated this to be so.

While duplication of proceedings should be avoided, and paragraph 242(3.1)(b) appears to have been enacted for that purpose (perhaps among others), I am certain that Parliament did not intend that aggrieved parties should be forced to run the risk of their unjust dismissal claim being prejudiced by application of this provision. For paragraph 242(3.1)(b) to apply, the alternative procedure for redress must be clearly duplicative.

As I have found that the Adjudicator did not err in finding that the applicant was subject to the *Canada Labour Code* and as he did not err in finding that paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* was not a bar to his hearing and adjudicating the complaints of the respondents, this application for judicial review is dismissed.

«droits de la personne» ou par un élément anti-syndical. Ces questions sont distinctes de celle de la «légitimité» du motif de congédiement, bien que la présence d'un «motif légitime» soit manifestement pertinente à titre d'élément de preuve permettant de savoir si le mobile qui a poussé l'employeur à congédier l'employé est entaché de l'un des motifs illicites». (I. Christie, G. England et B. Cotter, **Employment Law in Canada**, 2d éd., Toronto: Butterworths, 1993), aux p. 684 et 685)

a

L'alinéa 242(3.1)b) ne rend donc pas une plainte irrecevable à moins que l'on réussisse à démontrer que le plaignant peut exercer un autre recours pour faire trancher la question précise de savoir si le congédiement était ou non justifié. [Notes en bas de page omises.]

b

c

d

À mon sens, la partie tentant d'invoquer l'alinéa 242(3.1)b) doit démontrer qu'aux termes d'une autre disposition législative, il existe une procédure à l'intention des parties lésées qui leur permette de déposer une plainte par suite d'un congédiement injuste et d'obtenir une réparation du même type que celle qu'un arbitre pourrait leur accorder en application du paragraphe 242(4) du *Code canadien du travail*.

e

f

Bien que l'on doive éviter le dédoublement des procédures et que l'alinéa 242(3.1)b) semble avoir été édicté à cette fin (entre autres, probablement), je suis certain que le législateur n'avait pas l'intention de contraindre des parties lésées à courir le risque de voir leur poursuite pour congédiement injuste compromise par l'application de cet alinéa. Pour que cet alinéa s'applique, l'autre recours en cause doit clairement opérer dédoublement.

g

h

Comme j'en suis arrivé à la conclusion que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur lorsqu'il a déterminé que le requérant était assujéti au *Code canadien du travail* et que l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* ne lui niait pas la compétence nécessaire pour entendre et trancher l'affaire concernant les plaintes des intimées, je rejette la présente demande de contrôle judiciaire.

A-591-93

A-591-93

James A. Jastrebski (*Applicant*)**James A. Jastrebski** (*requérant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)^a **Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*INDEXED AS: JASTREBSKI v. CANADA (C.A.)**RÉPERTOIRE: JASTREBSKI c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Linden and McDonald JJ.A.—Toronto, April 27; Ottawa, May 19, 1994.

^b Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 27 avril; Ottawa, 19 mai 1994.

Income tax — Income calculation — Applicant treated in 1972, 1973 for mental illness — Returning to work full-time until 1983 when retiring because of disability — Income Tax Act, s. 6(1)(f) requiring inclusion in income of amounts received under insurance plan in respect of loss of income from employment — Income Tax Application Rules, 1971, s. 19(1) providing s. 6(1)(f) not applicable to amounts payable in respect of loss of income from employment, in consequence of event occurring before 1974 — Purpose of s. 19(1) to prevent unexpected taxation of disability benefits of recipients who before 1974 were receiving those payments under plans not structured to account for taxation in recipients' hands and to allow grace period for insurance schemes to be altered to compensate for new tax — "Event" occurring before 1974 actual disability preventing person from working at full capacity, resulting in loss of employment income as consequence of disability — Both event and loss of income must occur prior to 1974 for exemption to apply.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Le requérant a été traité en 1972 et 1973 pour maladie psychologique — Il est retourné au travail à plein temps et, en 1983, il a pris sa retraite pour invalidité — L'art. 6(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu requiert que soient incluses dans le revenu les sommes reçues en vertu d'un régime d'assurance relativement à une perte de revenu d'emploi — L'art. 19(1) des Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu prévoit que l'art. 6(1)f) ne s'applique pas à des sommes payables relativement à la perte, par suite d'un événement survenu avant 1974, du revenu tiré d'un emploi — L'art. 19(1) avait pour objet de prévenir l'imposition inattendue des prestations d'invalidité du bénéficiaire qui, avant 1974, recevait ces sommes en vertu de régimes qui n'étaient pas structurés de façon à tenir compte de l'imposition entre les mains du bénéficiaire, et d'accorder un délai de grâce pour permettre la modification des régimes d'assurance de façon à compenser ce nouvel impôt — L'«événement» qui doit se produire avant 1974 est l'invalidité même qui empêche une personne de travailler pleinement, et qui entraîne la perte de revenu d'emploi — L'événement et la perte de revenu doivent tous deux survenir avant 1974 pour que l'exemption s'applique.

Judicial review — Standard of review — Tax Court, sitting under new informal procedure, dismissing applicant's appeal from Minister's assessment — Correctness standard of review where error of law asserted regardless of procedure followed in Tax Court.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour de l'impôt, appliquant la nouvelle procédure informelle, a rejeté l'appel du requérant à l'encontre de la cotisation établie par le ministre — La justesse est la norme de contrôle à appliquer lorsque la contestation est fondée sur une erreur de droit, peu importe la procédure suivie par la Cour de l'impôt.

This was an application for judicial review of the Tax Court's dismissal of the applicant's appeal from the Minister's assessment.

^h Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du rejet par la Cour de l'impôt de l'appel du requérant à l'encontre de la cotisation établie par le ministre.

The applicant joined the Ontario Provincial Police in October, 1966. In 1972 he was diagnosed with severe depression, hospitalized and treated. He returned to work in 1973. Although he experienced renewed psychological problems in 1977, he continued to work until March, 1983 when he stopped working because of disability. He was retired and put on a wage loss replacement program. The applicant did not include payments received under such disability plan in his income on his 1990 and 1991 tax returns. The Minister's assessment included these amounts in income from office or employment under *Income Tax Act*, paragraph 6(1)(f) (amounts received in respect of the loss of income from an office or

ⁱ ^j Le requérant s'est joint à la Police provinciale de l'Ontario en octobre 1966. En 1972, on a établi qu'il souffrait d'une grave dépression. Il a été hospitalisé et traité. Il est retourné au travail en 1973. Bien qu'il ait éprouvé de nouveau des ennuis psychologiques en 1977, il a continué à travailler jusqu'en mars 1983, date à laquelle il a cessé de travailler pour cause d'invalidité. À sa retraite, le requérant a bénéficié d'un régime d'assurance-salaire. Il a reçu en vertu de ce régime d'invalidité des prestations qu'il n'a pas incluses dans le calcul de son revenu dans ses déclarations de revenus de 1990 et de 1991. Le ministre a établi une cotisation et inclus les prestations dans le revenu tiré d'une charge ou d'un emploi en vertu de l'ali-

employment pursuant to a disability insurance plan). This section had been added to the Act in 1971, before which income replacement payments under disability insurance plans had not been taxable. *Income Tax Application Rules, 1971*, subsection 19(1) provides that paragraph 6(1)(f) is not applicable in respect of amounts payable in respect of the loss, in consequence of an event occurring before 1974, of income from employment. Interpretation Bulletin 428 explained that "event" referred to the thing that caused the disability i.e. the onset of a degenerative disease, however much later "incapacity" occurred. A recurring disease, such as a seasonal allergy, would qualify as an "event" only for the particular period of one attack. The Tax Court, sitting under the new informal procedure, held that the onset of a disease did not qualify as an event, but even if it did, the evidence did not support the "onset of the disease" at any particular time—1977 or 1982 might be equally eligible.

The issues were whether Parliament intended that an event occurring before 1974 resulting in incapacity after 1974 should fall within subsection 19(1); and whether the wage loss replacement amounts received in 1990 and 1991 were payable in respect of a loss in consequence of an event occurring before 1974.

Held, the application should be dismissed.

Correctness is the standard of review to be applied in cases where the informal procedure has been employed in the Tax Court, where the basis for complaint is error of law. It would not make sense to have two different standards of review, depending only on the procedure utilized.

The purpose of *Income Tax Application Rules, 1971*, subsection 19(1) was to prevent the unexpected taxation of disability benefits of recipients who before 1974 were receiving those payments under plans not structured to account for taxation in the recipients' hands and to allow a grace period for insurance schemes to be altered so as to compensate for the new tax. Where the incapacity occurred after 1974, the recipient would then be receiving benefits under a plan devised to account for taxation of benefits in the recipient's hands and would no longer fall within the purposes of subsection 19(1). The purpose of the legislation was not to give a windfall to those in receipt of payments who could trace them back to a pre-1974 accident or disease. The Interpretation Bulletin was not correct in its assumption that the incapacity resulting in the loss of employment income could occur after 1974. *Phillips (B.A.) v. M.N.R.* should not have accepted the Interpretation Bulletin's analysis. The "event" that must occur before 1974 is the actual disability which prevents someone from working at full capacity, resulting in a loss of employment income as a consequence of that disability. The loss suffered is the loss of income. The event is the disability which occurred leading to this loss of income. Both of these must occur prior to 1974 for the exemption to apply.

néa 6(1)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (sommes reçues pour la perte du revenu afférent à une charge ou à un emploi en vertu d'un régime d'assurance-invalidité). Cet article a été ajouté à la Loi en 1971; avant cette date, les prestations reçues en application d'un régime d'assurance-invalidité n'étaient pas imposables. Le paragraphe 19(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* prévoit que l'alinéa 6(1)f) ne s'applique pas à des sommes payables relativement à la perte, par suite d'un événement survenu avant 1974, du revenu tiré d'un emploi. Au sens du Bulletin d'interprétation 428, «événement» désigne la cause de l'invalidité, c'est-à-dire l'apparition des premiers symptômes d'une maladie de dégénérescence, peu importe le moment où l'«invalidité» se manifeste. Dans le cas d'une maladie rechutante comme une allergie saisonnière, l'«événement» ne désigne que le moment précis d'une attaque. La Cour de l'impôt, qui a entendu l'appel selon la nouvelle procédure informelle, a conclu que l'apparition des premiers symptômes d'une maladie ne pouvait être qualifiée d'«événement», et que même dans le cas contraire, la preuve ne permettait pas d'établir que les «premiers symptômes de la maladie» sont apparus à un moment donné—ils auraient pu apparaître en 1977 ou même en 1982.

Les questions étaient de savoir si le législateur voulait que l'événement survenu avant 1974 et causant une incapacité après 1974 tombe sous le coup du paragraphe 19(1), et si les prestations d'assurance-salaire reçues en 1990 et 1991 étaient payables relativement à une perte causée par un événement survenu avant 1974.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

La justesse est la norme de contrôle à appliquer aux décisions de la Cour de l'impôt rendues dans le cadre de la procédure informelle, lorsque la contestation est fondée sur l'erreur de droit. Il serait inopportun d'utiliser deux normes de contrôle, selon la procédure utilisée.

Le paragraphe 19(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* avait pour objet d'une part de prévenir l'imposition inattendue des prestations d'invalidité du bénéficiaire qui, avant 1974, recevait ces sommes en vertu de régimes qui n'étaient pas structurés de façon à tenir compte de l'imposition entre les mains du bénéficiaire, et d'autre part d'accorder un délai de grâce pour permettre la modification des régimes d'assurance de façon à compenser ce nouvel impôt. Si l'incapacité survenait après 1974, le bénéficiaire recevrait alors des prestations en vertu d'un régime conçu de façon à tenir compte de l'imposition de ces prestations entre les mains du bénéficiaire, et celui-ci ne serait plus visé par le paragraphe 19(1). La loi n'avait pas pour objet d'accorder un gain fortuit aux bénéficiaires de prestations qui pouvaient les relier à un accident ou une maladie antérieurs à 1974. Le Bulletin d'interprétation présume à tort que l'incapacité entraînant la perte du revenu d'emploi peut se produire après 1974. Dans l'affaire *Phillips (B.A.) c. M.N.R.*, on n'aurait pas dû accepter l'analyse du Bulletin d'interprétation. L'«événement» qui doit se produire avant 1974 est l'invalidité même qui empêche une personne de travailler pleinement, et qui entraîne la perte de revenu d'emploi. La perte subie est la perte de revenu. L'événement est l'invalidité qui a causé cette perte de revenu. Ces

The recurrence of a pre-1974 disability after a period during which the taxpayer was not incapacitated is no different than if the first incapacity appeared after 1974. The question of causation between a pre-1974 event and a current disability is irrelevant to the applicability of subsection 19(1) of the Rules where there has been an interruption in the loss of employment income. The recurrence is itself the only relevant event in determining the liability to taxation of any payments. The Tax Court Judge found that the applicant's mental illness was of a recurring nature from which it must be inferred that the period of incapacity beginning in 1982 was the only relevant "event." The evidence did not support the existence of a pre-1974 "event" which would justify an exemption.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), s. 6(1)(f).
Income Tax Application Rules, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III, ss. 9, 19(1).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, ss. 18.24 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5), 18.28 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

OVERRULED:

Phillips (B.A.) v. M.N.R., [1990] 2 C.T.C. 2495; (1990), 90 DTC 1899 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Li v. M.N.R., A-162-93, Isaac C.J., Robertson J.A. (dissenting), judgment dated 5/11/93, F.C.A., not yet reported; *Canada v. Kayelle Management (Yukon) Inc.*, A-1000-91, Décaré J.A., judgment dated 17/11/93, F.C.A., not yet reported; *Thibaudeau v. Canada*, [1994] 2 F.C. 189 (C.A.); *Gabrielle (LM) v. MNR*, [1984] CTC 2722 (T.C.C.).

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of the Tax Court's dismissal of the applicant's appeal from the Minister's assessment, including in income wage

deux événements doivent survenir avant 1974 pour que l'exemption s'applique.

La récurrence d'une invalidité survenue avant 1974 après une période au cours de laquelle le contribuable n'était pas incapable de travailler n'est pas différente de l'incapacité qui survient pour la première fois après 1974. La question de la causalité factuelle entre un événement survenu avant 1974 et une invalidité actuelle n'est pas pertinente quant à l'applicabilité du paragraphe 19(1) des Règles lorsqu'il y a eu interruption dans la perte du revenu d'emploi. La récurrence est elle-même le seul événement pertinent dans la détermination de l'assujettissement à l'impôt de tous paiements. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la maladie psychologique du requérant était de nature récurrente, ce dont il faut inférer que la période d'incapacité commençant en 1982 était le seul «événement» pertinent. La preuve n'appuyait pas l'existence d'un «événement» antérieur à 1974, laquelle justifierait une exemption.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1), art. 6(1)(f).
Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 18.24 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 5), 18.28 (édicte, *idem*).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, partie III, art. 9, 19(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

DÉCISION REJETÉE:

Phillips (B.A.) c. M.R.N., [1990] 2 C.T.C. 2495; (1990), 90 DTC 1899 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Li c. M.R.N., A-162-93, juge en chef Isaac, juge Robertson, J.C.A. (dissident), jugement en date du 5-11-93, C.A.F., encore inédit; *Canada c. Kayelle Management (Yukon) Inc.*, A-1000-91, juge Décaré, J.C.A., jugement en date du 17-11-93, C.A.F., encore inédit; *Thibaudeau c. Canada*, [1994] 2 C.F. 189 (C.A.); *Gabrielle (LM) c. MRN*, [1984] CTC 2722 (C.C.I.).

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE du rejet par la Cour de l'impôt de l'appel du requérant à l'encontre de la cotisation établie par le ministre, qui

loss replacement payments (*Jastrebski v. Canada*, [1993] T.C.J. No. 586 (QL)). Application dismissed.

a inclus dans le calcul du revenu des prestations d'assurance-salaire (*Jastrebski v. Canada*, [1993] A.C.I. n° 586 (QL)). Demande rejetée.

COUNSEL:

Heather A. Hutchison for applicant.
Bonnie F. Moon for respondent.

a AVOCATS:

Heather A. Hutchison, pour le requérant.
Bonnie F. Moon, pour l'intimée.

SOLICITORS:

Legal Services, Ontario Provincial Police Association, Barrie, Ontario, for applicant.

b PROCUREURS:

Services juridiques, Association de la Police provinciale de l'Ontario, Barrie (Ontario), pour le requérant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

c *Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

LINDEN J.A.: The issue in this application for judicial review is whether wage loss replacement amounts received by the applicant in 1990 and 1991 were payable to him in respect of a loss in consequence of an event occurring before 1974. If so, he need not include the amounts when calculating his income from office or employment. If not, he must pay tax on the payments he received.

d

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Il s'agit de savoir, dans la présente demande de contrôle judiciaire, si les prestations d'assurance-salaire reçues par le requérant en 1990 et 1991 lui étaient payables relativement à une perte causée par un événement survenu avant 1974. Dans l'affirmative, il n'est pas tenu d'inclure ces sommes dans le calcul de son revenu tiré d'une charge ou d'un emploi. Dans la négative, il doit payer l'impôt sur les sommes qu'il a reçues.

e

FACTS

The applicant became a member of the Ontario Provincial Police (OPP) in October of 1966, and was posted to Kapuskasing. In March of 1969, the applicant was transferred to the Moosonee Detachment and was designated to Moose Factory Island where he lived and worked with one other RCMP officer. The applicant found work stressful in Moose Factory.

LES FAITS

Le requérant s'est joint à la Police provinciale de l'Ontario en octobre 1966, et il a été affecté à Kapuskasing. En mars 1969, il a été muté au détachement de Moosonee, et affecté à l'île Moose Factory, où il a vécu et travaillé avec un membre de la GRC. Le requérant trouvait son travail à Moose Factory stressant.

In August of 1969, the applicant was suddenly transferred to the South Porcupine Detachment. The transfer was scheduled to take place the day before the applicant's wedding, which was supposed to be in Kapuskasing and despite the fact that the applicant's fiancée had taken a job in Moose Factory and had moved her belongings there. The applicant was not told why he was being transferred so suddenly. He felt nervous because he perceived himself to be under intense scrutiny at work and he became depressed.

En août 1969, le requérant a soudainement été muté au détachement de South Porcupine. La mutation devait entrer en vigueur le jour précédant son mariage, qui devait avoir lieu à Kapuskasing, et malgré le fait que la fiancée du requérant ait accepté un emploi à Moose Factory et y ait déménagé ses affaires. Le requérant n'a pas été informé de la raison pour laquelle il a été muté si soudainement. Nerveux parce qu'il se croyait l'objet d'une étroite surveillance au travail, il est devenu déprimé.

f

g

h

i

j

His psychological difficulties increased after he was involved in an accident with a motorcycle while driving a police cruiser on June 6, 1972. Some months later, the applicant agreed to visit a psychiatrist at the suggestion of his senior officer. The applicant was diagnosed with severe depression, more particularly a condition called unipolar affective disorder. He was hospitalized until January of 1973, during which time he received medication and counselling. The applicant then became an outpatient, and he returned to work in March of 1973.

Upon the applicant's return to work, he felt harassed over errors and he transferred to the Hornepayne Detachment where he worked without a problem for four years.

In the autumn of 1977, the applicant transferred to Matheson where he experienced renewed problems. His marriage underwent difficulties, and he became very depressed. He worked in Matheson until March of 1982 when he was taken by fellow officers to see a psychiatrist in Timmins. The applicant was immediately made an outpatient and put on medication. He was hospitalized twice for short periods of time. He attempted to return to work in the fall of 1983, but found it to be too stressful. He stopped working in March of 1983 by reason of disability.

The applicant was retired in 1983 and put on a wage loss replacement plan. In 1990 and 1991, the applicant received payments under this disability plan which he did not include in his income on his tax returns. The Minister assessed the applicant and included these amounts in income from office or employment under paragraph 6(1)(f) of the *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1)]. The applicant appealed the Minister's assessment to the Tax Court of Canada using the informal procedure on the basis that, according to subsection 19(1) of the *Income Tax Application Rules*, paragraph 6(1)(f) of the *Income Tax Act* did not apply to these payments.

Ses problèmes psychologiques se sont aggravés après qu'il eut subi un accident impliquant une motocyclette au moment où il conduisait une voiture de patrouille le 6 juin 1972. Quelques mois plus tard, le requérant a accepté de consulter un psychiatre à la suggestion de son supérieur. On a établi que le requérant souffrait d'une grave dépression, plus particulièrement d'un trouble affectif unipolaire. Pendant son hospitalisation jusqu'en janvier 1973, il a reçu médicaments et counseling. Le requérant est ensuite devenu un malade externe, et il est retourné au travail en mars 1973.

À son retour au travail, il s'est senti harcelé pour des erreurs commises et il a été muté au détachement de Hornepayne, où il a travaillé sans problème pendant quatre ans.

À l'automne 1977, le requérant a été muté à Matheson, où il a de nouveau éprouvé des ennuis. Son mariage a connu des difficultés, et il est devenu très déprimé. Il a travaillé à Matheson jusqu'en mars 1982, date à laquelle ses collègues l'ont amené voir un psychiatre à Timmins. Le requérant a immédiatement été accepté comme malade externe, et on lui a prescrit des médicaments. Il a été hospitalisé brièvement à deux reprises. À l'automne 1983, il a tenté de retourner au travail, mais a jugé celui-ci trop stressant. Il a cessé de travailler en mars 1983 pour cause d'invalidité.

À sa retraite en 1983, le requérant a bénéficié d'un régime d'assurance-salaire. En 1990 et 1991, il a reçu en vertu de ce régime d'invalidité des prestations qu'il n'a pas incluses dans le calcul de son revenu dans ses déclarations de revenus. Le ministre a établi une cotisation à l'égard du requérant et inclus les prestations dans le revenu tiré d'une charge ou d'un emploi en vertu de l'alinéa 6(1)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1)]. Le requérant a interjeté appel de la cotisation établie par le ministre à la Cour canadienne de l'impôt, recourant à la procédure informelle, et alléguant qu'aux termes du paragraphe 19(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, l'alinéa 6(1)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'applique pas aux prestations en question.

RELEVANT LEGISLATION

Paragraph 6(1)(f) of the *Income Tax Act*, reads:

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

(f) the aggregate of amounts received by him in the year that were payable to him on a periodic basis in respect of the loss of all or any part of his income from an office or employment, pursuant to

- (i) a sickness or accident insurance plan,
- (ii) a disability insurance plan, or
- (iii) an income maintenance insurance plan.

This section was added to the *Income Tax Act* in 1971, before which income replacement payments under disability insurance plans were not taxable.

Subsection 19(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971*, Part III of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, is as follows:

19. (1) Notwithstanding section 9, paragraph 6(1)(f) of the amended Act is not applicable in respect of amounts received by a taxpayer in a taxation year that were payable to him in respect of the loss, in consequence of an event occurring before 1974, of all or any part of his income from an office or employment, pursuant to a plan described in that paragraph that was established before June 19, 1971.

Section 9 of the Rules, referred to in subsection 19(1), makes the 1971 amendments to the *Income Tax Act* applicable to the 1972 and subsequent taxation years.

Also relevant to this application for judicial review is the following portion of Revenue Canada's Interpretation Bulletin 428:

It is to be noted that, for 1974 and subsequent taxation years, the exemption in section 19 of the ITAR is applicable only if amounts received by a taxpayer are attributable to an event occurring before 1974. In this context, the word "event" has reference to the thing that caused the disability. In the case of an accident, for example, although the effect on the taxpayer's health may not have become noticeable or serious until 1974 or a later year, the "event" would have occurred before 1974 if the accident took place before 1974 and the later disability was directly attributable to the accident. Similarly, in the case of a degenerative disease such as muscular dystrophy, the "event" is the onset of the disease however much later the incapacity

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

L'alinéa 6(1)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, porte que:

6. (1) Doivent être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments appropriés suivants:

f) le total des sommes qu'il a reçues dans l'année, à titre d'indemnité payable périodiquement pour la perte totale ou partielle du revenu afférent à une charge ou à un emploi, en vertu

- (i) d'un régime d'assurance contre la maladie ou accidents,
- (ii) d'un régime d'assurance invalidité, ou
- (iii) d'un régime d'assurance de sécurité du revenu.

Cet article a été ajouté à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1971; avant cette date, les prestations reçues en application d'un régime d'assurance-invalidité n'étaient pas imposables.

Le paragraphe 19(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, partie III de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, est ainsi libellé:

19. (1) Nonobstant l'article 9, l'alinéa 6(1)f) de la loi modifiée ne s'applique pas à des sommes reçues par un contribuable, dans une année d'imposition, qui lui étaient payables relativement à la perte, par suite d'un événement survenu avant 1974, de la totalité ou d'une partie de son revenu tiré d'une charge ou d'un emploi, dans le cadre d'un régime visé à cet alinéa, établi avant le 19 juin 1971.

En vertu de l'article 9 des Règles, auquel renvoie le paragraphe 19(1), les modifications apportées en 1971 à la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquent aux années d'imposition 1972 et suivantes.

La partie suivante du Bulletin d'interprétation 428 de Revenu Canada est également pertinente quant à la présente demande de contrôle judiciaire:

Il faut noter que pour 1974 et les années d'imposition suivantes, l'exemption prévue à l'article 19 des RAIR ne vise que les montants que le contribuable a reçus à la suite d'un événement qui s'est produit avant 1974. Au sens du présent Bulletin, «événement» désigne la cause de l'invalidité. Si par exemple, il se produit un accident qui ne semble pas avoir de conséquences visibles ou graves sur la santé du contribuable jusqu'en 1974 ou ultérieurement, mais qu'il en résulte une invalidité par la suite, l'«événement» est réputé avoir eu lieu avant 1974 si l'accident qui est la cause directe de l'invalidité est survenu avant 1974. De même, dans le cas d'une maladie de dégénérescence comme la dystrophie musculaire, l'«évène-

occurs. On the other hand, a recurring disease, such as a seasonal allergy or chronic tonsillitis would qualify as an "event" only for the particular period of one attack.

JUDGMENT BELOW

The applicant's appeal of the Minister's assessment was heard before the Tax Court of Canada [[1993] T.C.J. No. 586 (QL)] sitting under the new informal procedure. The applicant relied in his appeal on Interpretation Bulletin 428, which defines "event" in subsection 19(1) as "the thing that caused the disability" and uses the onset of a degenerative disease as an example of an "event."

The Tax Court Judge stated that it would not be appropriate for the Court to take a generous approach to the term "event" in an appeal under the specific terms of the *Income Tax Act*. He held that he was not satisfied that the onset of a disease qualified as an "event" for the purposes of subsection 19(1) of the Rules. In reaching this conclusion as to the meaning of "event," the Tax Court Judge relied on his own earlier decision in *Gabrielle (LM) v. MNR*, [1984] CTC 2722 (T.C.C.), in which he held that "event" meant an occurrence rather than a condition. He stated:

In my view the comments in *Gabrielle (supra)* questioning the alleged interpretation to be placed on the word "event" arising out of I.B. 428 are substantial and correct. While it may be perfectly proper for Revenue Canada to assess a taxpayer with such a generous interpretation of "event", I am not persuaded that it is appropriate for this Court to follow the same practice when dealing with an appeal under the specific words of the Act. I am not satisfied that the "onset of a disease" qualifies as an "event". [P. 14, applicant's application record.]

The Tax Court Judge also stated that, even if the onset of a disease could qualify as an "event" under subsection 19(1) of the Rules, "the evidence does not support the 'onset of the disease' at any particular time—1977 or 1982 might be equally eligible, although I do not need to review that." (P. 14, applicant's application record.)

ment» se produit dès l'apparition des premiers symptômes de la maladie, peu importe le moment où l'invalidité se manifeste vraiment. Par contre, dans le cas d'une maladie rechutante comme une allergie saisonnière ou une amygdalite chronique, l'«événement» ne désigne que le moment précis d'une attaque.

DÉCISIONS DES JURIDICTIONS INFÉRIEURES

L'appel interjeté par le requérant à l'encontre de la cotisation établie par le ministre a été entendu par la Cour canadienne de l'impôt [[1993] A.C.I. n° 586 (QL)] selon la nouvelle procédure informelle. Le requérant a invoqué, dans son appel, le Bulletin d'interprétation 428, aux termes duquel l'«événement» mentionné au paragraphe 19(1) désigne «la cause de l'invalidité», et qui donne à titre d'exemple d'un «événement» l'apparition des premiers symptômes d'une maladie de dégénérescence.

Le juge de la Cour de l'impôt a déclaré qu'il ne conviendrait pas d'adopter une conception libérale du terme «événement» dans un appel interjeté en vertu des termes précis de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'était pas convaincu qu'aux fins du paragraphe 19(1) des Règles, l'«événement» puisse désigner l'apparition des premiers symptômes d'une maladie. En concluant ainsi sur le sens du terme «événement», le juge de la Cour de l'impôt a invoqué sa propre décision antérieure dans *Gabrielle (LM) c. MRN*, [1984] CTC 2722 (C.C.I.), où il a conclu que le terme «événement» désigne un fait ponctuel et non un état. Il s'est exprimé ainsi:

J'estime que les commentaires formulés dans l'affaire *Gabrielle* (précitée), mettant en question l'interprétation qu'il conviendrait de donner au terme «événement» d'après le Bulletin d'interprétation 428, sont importants et fondés. Même s'il est peut-être parfaitement convenable, pour Revenu Canada, d'établir la cotisation d'un contribuable en se fondant sur une interprétation aussi large du terme «événement», je ne suis pas convaincu qu'il convienne que la Cour suive la même pratique lorsqu'elle traite d'un appel en fonction des termes précis de la Loi. Je ne suis pas convaincu que «l'apparition des premiers symptômes d'une maladie» puisse être qualifiée d'«événement». [P. 14 du dossier de la demande du requérant.]

Le juge de la Cour de l'impôt a également déclaré que, même si, sous le régime du paragraphe 19(1) des Règles, le mot «événement» pouvait désigner l'apparition des premiers symptômes d'une maladie, «la preuve ne permet pas d'établir que les "premiers symptômes de la maladie" sont apparus à un moment donné—ils auraient pu apparaître en 1977 ou même

The Tax Court Judge accordingly dismissed the applicant's appeal.

STANDARD OF REVIEW

This application for judicial review comes before this Court pursuant to section 18.24 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5] of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, as amended, which reads:

18.24 A judgment of the Court on an appeal referred to in section 18 is final and conclusive and is not open to question or review in any court except the Federal Court of Appeal in accordance with section 28 of the *Federal Court Act*.

In their submissions, the parties acted on the assumption that the standard of review on questions of law raised in such an application for review of the new informal procedure is correctness. In its recent decisions, this Court has acted as if the standard of review in cases such as these is correctness, without saying so. (See, for example: *Li v. M.N.R.*, November 5, 1993, File No. A-162-93 (F.C.A.) [not yet reported]; *Canada v. Kayelle Management (Yukon) Inc.*, November 17, 1993, File No. A-1000-91 (F.C.A.) [not yet reported]; and *Thibaudeau v. Canada*, [1994] 2 F.C. 189 (C.A.)) In this case, we expressly adopt that position.

Section 18.24 grants this Court the power to review these informal Tax Court decisions on the same basis as it reviews the decisions of other federal boards, commissions or other tribunals, the grounds of which include where they "erred in law in making the decision." While there may be reasons for treating questions other than errors of law differently, I can see no reason to limit the scope of review in cases such as this. No legislative direction requires us to do so. There is no policy which should impel this Court on legal questions to differentiate the standard of review for the Tax Court in cases that are appealed after a regular trial from those which seek review after employing the informal procedure. Quite the contrary; it seems to me that the standard of review should be the same, unless strong reasons exist for adopting a different approach.

en 1982, mais je n'ai pas besoin de passer ces faits en revue». (P. 14 du dossier de la demande du requérant.)

Le juge de la Cour de l'impôt a par conséquent rejeté l'appel du requérant.

NORME DE CONTRÔLE

En l'espèce, la demande de contrôle judiciaire est fondée sur l'article 18.24 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 5] de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, telle que modifiée, qui porte que:

18.24 Le jugement de la Cour sur un appel visé à l'article 18 est définitif et sans appel sous réserve de la révision prévue à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Dans leurs observations, les parties ont présumé que la norme de contrôle des questions de droit soulevées dans une demande de contrôle d'une décision rendue dans le cadre de la nouvelle procédure informelle est la justesse. Notre Cour a d'ailleurs adopté cette position, sans le dire, dans ses décisions récentes. (Voir par exemple: *Li c. M.R.N.* (5 novembre 1993), n^o du greffe A-162-93 (C.A.F.) [encore inédite]; *Canada c. Kayelle Management (Yukon) Inc.* (17 novembre 1993), n^o du greffe A-1000-91 (C.A.F.) [encore inédite]; et *Thibaudeau c. Canada*, [1994] 2 C.F. 189 (C.A.)) En l'espèce, nous adoptons expressément cette position.

L'article 18.24 confère à notre Cour le pouvoir de contrôler les décisions de la Cour de l'impôt rendues dans le cadre de la procédure informelle pour les mêmes motifs qu'elle contrôle les décisions des autres offices fédéraux, et notamment parce qu'ils ont «rendu une décision entachée d'une erreur de droit». S'il peut exister des raisons de traiter différemment les questions autres que les erreurs de droit, je ne vois aucune raison de limiter la portée du contrôle dans les cas comme l'espèce. Aucune directive d'origine législative ne nous l'impose. Aucune politique devrait contraindre notre Cour à utiliser, quant aux questions de droit, deux normes de contrôle différentes à l'égard des décisions de la Cour de l'impôt, selon qu'elles ont été rendues après un procès normal, ou dans le cadre de la procédure informelle. Au contraire, il me semble que la norme de contrôle

The legal issues involved in both situations of review are the same, the decision-making body being appealed from is the same and the supervising court is the same. The only difference is the new informal procedure. Whereas it might make sense in some situations, in cases such as these, it would make no sense to have two different standards of review, depending only on the procedure utilized. The legislation being interpreted in these cases is tax legislation, where consistency is particularly necessary. This Court could not allow conflicting decisions of Tax Court judges under the informal procedure on matters of law to stand, even though the legislation indicates that such decisions are not to be "treated as a precedent for any other case." (See section 18.28 [as enacted *idem*], *Tax Court of Canada Act*.) The doctrine of curial deference should not be employed to achieve such a dysfunctional result. Correctness, therefore, is the standard of review to be applied in cases where the informal procedure has been employed in the Tax Court, where the basis for the complaint is error of law.

ANALYSIS

Taxing statutes are to be interpreted in the same manner as other statutes. The *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, applies to the *Income Tax Act*. According to section 12 of the *Interpretation Act*, the *Income Tax Act* is deemed remedial and should be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects." The strict construction of taxing provisions has been set aside in favour of the plain meaning rule which is applied purposively (*Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536). One must look to the purpose of a provision, therefore, and determine the plain meaning of the provision in light of that purpose.

Any interpretation of subsection 19(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971* must take into account the purpose of the subsection, which was to provide a transitional period for the applicability of the new paragraph 6(1)(f) of the *Income Tax Act*

devrait être la même, à moins que des motifs convainquants ne commandent le contraire.

Les questions de droit soulevées dans les deux demandes de contrôle sont identiques, l'organisme décisionnel visé par l'appel est le même, et la Cour qui contrôle est la même. L'unique différence est la nouvelle procédure informelle. Alors qu'il pourrait être approprié de le faire dans certains cas, en l'espèce il serait tout à fait inopportun d'utiliser deux normes de contrôle, selon la procédure utilisée. Dans les deux cas, la loi qui est interprétée est une loi fiscale, où l'uniformité est particulièrement essentielle. Notre Cour ne pourrait permettre la coexistence de décisions contradictoires, sur des questions de droit, rendues par les juges de la Cour de l'impôt, sous le régime de la procédure informelle, même si la loi indique que ces décisions ne «constituent pas des précédents jurisprudentiels». (Voir l'article 18.28 [édicte, *idem*] de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*.) On ne devrait pas avoir recours au principe de la retenue judiciaire pour atteindre un résultat aussi boiteux. Aussi, la justesse est-elle la norme de contrôle à appliquer aux décisions de la Cour de l'impôt rendues dans le cadre de la procédure informelle, lorsque la contestation est fondée sur l'erreur de droit.

ANALYSE

Les lois fiscales doivent être soumises aux mêmes règles d'interprétation que les autres lois. La *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, s'applique à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Aux termes de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est censée apporter une solution de droit et «s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». L'interprétation littérale des dispositions fiscales a été mise de côté en faveur de la règle du sens ordinaire, qui est fondée sur l'objet (*Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536). Il faut donc considérer l'objet d'une disposition et déterminer son sens ordinaire à la lumière de cet objet.

Toute interprétation du paragraphe 19(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* doit tenir compte de l'objet du paragraphe, qui consistait à accorder une période transitoire pour l'applicabilité du nouvel alinéa 6(1)f) de la

which, for the first time, mandated the taxation of income maintenance or disability benefits. The heading in the text of the Rules reads, “*Special Transitional Rules*.” Thus it is reasonable to conclude that the purpose of subsection 19(1) was to furnish a transitional regime to mitigate any unfairness that might result from the new scheme. The intent of subsection 19(1), as far as can be determined from the language of the subsection itself, was to ensure that people receiving wage replacement or disability benefits before the new legislation came into force would continue to receive those payments free of federal income tax. Further, subsection 19(1) delayed the application of paragraph 6(1)(f) from 1971 (when the amendment came into force) to the year 1974, presumably in order to allow some time for taxpayers and insurers to adjust to the new taxing provisions. Moreover, Parliament made a further concession by not requiring these payments actually to have begun prior to 1974 in order to be exempt; an exemption was also permitted for payments that were received after 1974 in respect of a loss in consequence of an event occurring before 1974.

Against this background, it is necessary to examine closely subsection 19(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971*, to determine the meaning of the word “event.” Taking the approach mandated by section 12 of the *Interpretation Act*, it would seem inadvisable to adopt the Tax Court Judge’s approach and to limit the definition of the “event” causing the loss of employment income to sudden or traumatic occurrences in the nature of accidents. According to that approach, paragraph 6(1)(f) might not tax disability payments received by someone who was disabled in an accident but might tax amounts paid to someone who suffered a disabling illness. Such unequal treatment should be avoided, if the language allows.

Such a restrictive definition of subsection 19(1) might also defeat one of the purposes of the subsection, that is, maintaining the tax free status of benefits received by someone becoming disabled so as to be unable to work prior to 1974 in any way other

Loi de l’impôt sur le revenu qui, pour la première fois, prescrivait l’imposition des prestations d’assurance-salaire ou d’invalidité. Le paragraphe 19(1) figure dans la partie des Règles intitulée «*Règles transitoires spéciales*» Il est donc raisonnable de conclure qu’il avait pour objet d’établir un régime transitoire visant à atténuer toute injustice que pourrait engendrer le nouveau régime. Le paragraphe 19(1) avait pour objet, dans la mesure où celui-ci peut être déterminé à partir du libellé du paragraphe même, de faire en sorte que les personnes bénéficiant de prestations d’assurance-salaire ou d’invalidité avant l’entrée en vigueur de la nouvelle disposition continuent de recevoir ces prestations exemptes d’impôt fédéral sur le revenu. En outre, le paragraphe 19(1) retardait l’application de l’alinéa 6(1)f) de 1971 (l’année où la modification est entrée en vigueur) à 1974, afin, on le présume, de permettre aux contribuables et aux assureurs de s’adapter à la nouvelle disposition fiscale. De plus, le législateur a fait une autre concession en n’exigeant pas que ces sommes aient commencé à être versées avant 1974 pour être exemptes; il a également permis une exemption à l’égard des prestations versées après 1974 relativement à une perte causée par un événement survenu avant 1974.

Compte tenu de ces faits, il est nécessaire d’examiner de près le paragraphe 19(1) des *Règles de 1971 concernant l’application de l’impôt sur le revenu* pour déterminer le sens du terme «événement». Vu la position prescrite par l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, il semblerait peu sage d’adopter la position du juge de la Cour de l’impôt et de limiter la définition du terme «événement» causant la perte du revenu tiré d’une charge ou d’un emploi à des cas soudains ou traumatiques de nature accidentelle. Suivant cette conception, les prestations d’invalidité reçues par une personne devenue invalide par suite d’un accident pourraient ne pas être imposées en application de l’alinéa 6(1)f), alors que les sommes versées à une personne ayant souffert d’une maladie qui rend invalide pourraient l’être. Il y a lieu d’éviter un traitement si inégal si le libellé le permet.

Une définition aussi restrictive du paragraphe 19(1) pourrait également déjouer l’un des objets du paragraphe, qui consiste à maintenir l’exemption d’impôt à l’égard des indemnités reçues par la personne qui, avant 1974 et autrement que par

than an accident. Such a discriminatory result should also be avoided.

Counsel for the Crown appears, in the argument, to have recognized that “event” cannot be defined so restrictively, and has not argued that the Tax Court Judge was correct in concluding that the occurrence of a disease could never be an “event” for the purposes of subsection 19(1) of the Rules. Indeed, the Crown has not disputed the correctness of its own Interpretation Bulletin 428 which defines “event” generally as “the thing that caused the disability” and which uses as an example the onset of a degenerative disease as the event “however much later the incapacity occurs.”

To isolate the “event” with respect to the occurrence of diseases is easy if the loss of employment income happened prior to 1974. If so, the “event” can be said to be the taxpayer becoming so disabled that he or she can no longer work. However, the problem with which the Tax Court Judge had to grapple in his earlier reasons in *Gabrielle, supra*, as well as in the current application, is whether Parliament intended that an event occurring before 1974 resulting in incapacity after 1974 should fall within subsection 19(1). This is a more difficult enterprise.

There is one decision of the Tax Court which has held that a taxpayer falls within the terms of subsection 19(1) where the incapacity arises after 1974 as a consequence of an event occurring before 1974. In *Phillips (B.A.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2495 (T.C.C.), Couture C.J.T.C. held that damage to the taxpayer’s lower back suffered in a fall down a flight of stairs in 1972 was the event in consequence of which she suffered a loss of employment income beginning in 1984. Unfortunately, in that case arguments on the gap in time between the accident and the incapacity centred solely on the issue of factual causation. The Tax Court Judge appears to have relied on Interpretation Bulletin 428 which takes the position that as long as the event occurs before 1974,

suite d’un accident, devient invalide au point d’être incapable de travailler. Un résultat aussi discriminatoire devrait également être évité.

^a L’avocat de la Couronne paraît avoir reconnu, dans sa plaidoirie, que le terme «événement» ne peut être défini de façon si restrictive, et il n’a pas soutenu que le juge de la Cour de l’impôt a conclu à juste titre que ^b l’apparition d’une maladie ne pourrait jamais être un «événement» aux fins du paragraphe 19(1) des Règles. De fait, la Couronne n’a pas contesté la justesse de son propre Bulletin d’interprétation 428, aux termes duquel le mot «événement» en général ^c désigne «la cause de l’invalidité», et qui utilise à titre d’exemple d’un événement l’apparition des premiers symptômes d’une maladie de dégénérescence, «peu importe le moment où l’invalidité se manifeste vraiment».

Isoler l’«événement» relativement à l’apparition de la maladie est facile si la perte du revenu d’emploi est survenue avant 1974. Dans ce cas, on peut dire que ^e l’«événement» est le fait pour le contribuable de devenir invalide au point de ne plus pouvoir travailler. Toutefois, le problème auquel le juge de la Cour de l’impôt a dû faire face dans sa décision antérieure ^f *Gabrielle*, précitée, de même que dans la présente demande, est de savoir si le législateur voulait que l’événement survenu avant 1974 et causant une incapacité après 1974 tombe sous le coup du paragraphe 19(1). C’est là une tâche plus ardue.

^g Dans une de ses décisions, la Cour de l’impôt a jugé que le contribuable est visé par le paragraphe 19(1) lorsqu’il devient invalide après 1974 par suite d’un événement survenu avant 1974. Dans ^h l’arrêt *Phillips (B.A.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2495 (C.C.I.), le juge en chef de la C.C.I., le juge Couture, a conclu que la blessure que la contribuable s’est infligée au bas du dos lors d’une chute dans les escaliers en 1972 était l’événement qui lui avait causé ⁱ la perte de revenu d’emploi à partir de 1984. Malheureusement, dans cette affaire, les arguments sur l’intervalle entre l’accident et l’incapacité portaient uniquement sur la question de la causalité factuelle. Le ^j juge de la Cour de l’impôt paraît s’être fondé sur le Bulletin d’interprétation 428, suivant lequel, dans la

the incapacity can arise thereafter: in his view, all that matters is proof of causation.

If the *Phillips* case is correct, however, how would one identify the pre-1974 “event” where a cumulative process such as the progress of a disease is concerned? Would the fact that a disease was contracted prior to 1974 suffice? Given the advances in our knowledge of genetics, would identification of a genetic predisposition to a certain condition be enough? The Interpretation Bulletin describes the event as the onset of the disease, but this seems unhelpful in its vagueness. The dictionary definitions are of little assistance. The more one looks at how difficult it would be to define the “event” under circumstances where a post-1974 incapacity is the result of a pre-1974 cumulative process such as a disease, the less likely it appears that Parliament so intended. It should be recalled that we are not concerned here with fair compensation for a disability which results from various causes over a period of years but with the taxation of payments received because of a disability. A different approach might well be in order in these two different situations.

The purpose of subsection 19(1) of the Rules was to prevent the unexpected taxation of disability benefits of recipients who before 1974 were receiving those payments under plans not structured to account for taxation in the recipients’ hands and to allow a grace period for insurance schemes to be altered so as to compensate for the new tax. Where the incapacity occurs after 1974, the recipient would then be receiving benefits under a plan devised to account for taxation of benefits in the recipient’s hands and would no longer fall within the purposes of subsection 19(1) of the Rules. The purpose of the legislation was not to give a windfall to those in receipt of payments who could trace them back to a pre-1974 accident or disease. I conclude that the Interpretation Bulletin is not correct in its assumption that the incapacity resulting in the loss of employment income can occur after 1974. I am also of the view that the *Phillips* case should not have accepted the Interpretation Bulletin’s analysis.

mesure où l’événement survient avant 1974, l’incapacité peut survenir ultérieurement; à son avis, tout ce qui compte, c’est la preuve de la causalité.

a Si la décision dans *Phillips* est juste, comment pourrait-on toutefois cerner l’«événement» antérieur à 1974 lorsqu’un processus cumulatif comme la progression d’une maladie est en cause? Suffit-il que la maladie ait été contractée avant 1974? Compte tenu des progrès de la science en génétique, l’identification d’une prédisposition génétique à un certain état serait-elle suffisante? Le Bulletin d’interprétation décrit l’événement comme l’apparition des premiers symptômes de la maladie, mais cette définition semble sans grande utilité compte tenu de son imprécision. Les définitions lexicographiques ne sont guère utiles. Plus on constate combien difficile il serait de cerner l’«événement» dans le cas où une incapacité postérieure à 1974 découle d’un processus cumulatif antérieur à 1974, comme une maladie, moins il est probable qu’il s’agisse là de l’intention du législateur. Il y a lieu de rappeler qu’il n’est pas question en l’espèce de juste compensation pour une invalidité provoquée par diverses causes pendant un certain nombre d’années, mais de l’imposition de prestations reçues du fait d’une invalidité. Ces deux situations différentes pourraient fort bien commander une démarche différente.

f Le paragraphe 19(1) des Règles avait pour objet d’une part de prévenir l’imposition inattendue des prestations d’invalidité du bénéficiaire qui, avant 1974, recevait ces sommes en vertu de régimes qui n’étaient pas structurés de façon à tenir compte de l’imposition entre les mains du bénéficiaire, et d’autre part d’accorder un délai de grâce pour permettre la modification des régimes d’assurance de façon à compenser ce nouvel impôt. Si l’incapacité survenait après 1974, le bénéficiaire recevrait alors des prestations en vertu d’un régime conçu de façon à tenir compte de l’imposition de ces prestations entre les mains du bénéficiaire, et celui-ci ne serait plus visé par le paragraphe 19(1) des Règles. La loi n’avait pas pour objet d’accorder un gain fortuit aux bénéficiaires de prestations qui pouvaient les relier à un accident ou une maladie antérieurs à 1974. Je conclus que le Bulletin d’interprétation présume à tort que l’incapacité entraînant la perte du revenu d’emploi peut se produire après 1974. J’estime également

Therefore, the “event” that must occur before 1974 is the actual disability which prevents someone from working at full capacity, resulting in a loss of employment income as a consequence of that disability. As I read the words of the legislation, that is its proper interpretation. It states clearly that no tax is payable “in respect of amounts received by a taxpayer . . . that were payable to him in respect of the loss, in consequence of an event occurring before 1974.” The loss suffered is the loss of income. The event is the disability which occurred leading to this loss of income. Both of these must occur prior to 1974 for the exemption to apply. This meaning is consistent with the purpose of the legislation. It is in harmony with the aim of Parliament to reduce unfairness during a transitional period. It treats equally all those who are disabled by accident and disease. And it avoids the confusion involved in the determination of when there is an onset of a disease. That it is not consistent with Information Bulletin 428 is unfortunate but unavoidable.

One final question remains. How is one to treat the recurrence of a disability that, on its first appearance, may have qualified as an “event” for the purposes of subsection 19(1)? This question is squarely asked by the facts of the present application in which the applicant went back to work full-time after his treatment in 1972 and 1973, and was able to work again despite his illness until 1982. In effect, for the purposes of subsection 19(1) of the Rules, the recurrence of a pre-1974 disability after a period during which the taxpayer was not incapacitated is no different than if the first incapacity appeared after 1974. On this point, I agree with Interpretation Bulletin 428: “[A] recurring disease, such as a seasonal allergy or chronic tonsillitis would qualify as an ‘event’ only for the particular period of one attack.” The question of causation in fact between a pre-1974 event and a current disability is irrelevant to the applicability of subsection 19(1) of the Rules where there has been an interruption in the loss of employment income. As a matter of law, in such circumstances, the recurrence is itself the only relevant event in determining the liability to taxation of any payments.

que, dans l’affaire *Phillips*, on n’aurait pas dû accepter l’analyse du Bulletin d’interprétation.

Par conséquent, l’«événement» qui doit se produire avant 1974 est l’invalidité même qui empêche une personne de travailler pleinement, et qui entraîne la perte de revenu d’emploi. C’est à mon avis dans ce sens qu’il faut interpréter la disposition. Elle prescrit clairement qu’aucun impôt n’est payable dans le cas «des sommes reçues par un contribuable . . . qui lui étaient payables relativement à la perte, par suite d’un événement survenu avant 1974». La perte subie est la perte de revenu. L’événement est l’invalidité qui a causé cette perte de revenu. Ces deux événements doivent survenir avant 1974 pour que l’exemption s’applique. Une telle interprétation est conforme à l’objet de la Loi. Elle est également conforme à l’intention du législateur d’atténuer l’injustice pendant la période transitoire. Elle a pour effet d’accorder un traitement égal à tous ceux qui deviennent invalides par suite d’un accident ou d’une maladie. En outre, elle prévient la difficulté qu’il y a à préciser l’apparition des premiers symptômes. Que cette interprétation ne soit pas compatible avec le Bulletin d’interprétation 428 est malheureux, mais inévitable.

Il reste une dernière question. Comment faut-il considérer la récurrence d’une invalidité qui, à sa première manifestation, aurait pu être qualifiée d’«événement» aux fins du paragraphe 19(1)? Cette question est soulevée directement par les faits de la présente demande; en effet, le requérant est retourné au travail à temps plein après ses traitements en 1972 et 1973, et il a été capable de poursuivre son travail en dépit de sa maladie jusqu’en 1982. De fait, aux fins du paragraphe 19(1) des Règles, la récurrence d’une invalidité survenue avant 1974 après une période au cours de laquelle le contribuable n’était pas incapable de travailler n’est pas différente de l’incapacité qui survient pour la première fois après 1974. À cet égard, je suis d’accord avec le Bulletin d’interprétation 428: «dans le cas d’une maladie rechutante comme une allergie saisonnière ou une amygdalite chronique, l’“événement” ne désigne que le moment précis d’une attaque». La question de la causalité factuelle entre un événement survenu avant 1974 et une invalidité actuelle n’est pas pertinente quant à l’applicabilité du paragraphe 19(1) des Règles lorsqu’il y a eu interruption dans la perte du

revenu d'emploi. En droit, dans de telles circonstances, la récurrence est elle-même le seul «événement» pertinent dans la détermination de l'assujettissement à l'impôt de tous paiements.

a

CONCLUSION

Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la maladie psychologique du requérant était de nature récurrente, ce dont il faut inférer que la période d'incapacité commençant en 1982 était le seul «événement» pertinent. Par conséquent, sa conclusion, et non pas tout son raisonnement, était juste en droit. La preuve n'appuyait pas l'existence d'un «événement» antérieur à 1974, laquelle justifierait une exemption.

c

La demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)] sera par conséquent rejetée.

d

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

CONCLUSION

The Tax Court Judge found that the applicant's mental illness was of a recurring nature, from which it must be inferred that the period of incapacity beginning in 1982 was the only relevant "event." Therefore, his conclusion, though not all of his reasoning, was legally correct. The evidence did not support the existence of a pre-1974 "event," which would justify an exemption.

The section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application will, therefore, be dismissed.

ISAAC C.J.: I agree.

McDONALD J.A.: I agree.

T-1974-91

T-1974-91

Robert Crease (Plaintiff)**Robert Crease (demandeur)**

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Multiculturalism and Citizenship and the Registrar of Canadian Citizenship (Defendants)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre du Multiculturalisme et de la Citoyenneté et le greffier de la citoyenneté canadienne (défendeurs)

INDEXED AS: CREASE v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CREASE c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Wetston J.—Ottawa, November 29, 1993; May 18, 1994.

Section de première instance, juge Wetston—Ottawa, 29 novembre 1993; 18 mai 1994.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Application to determine preliminary questions of law in action for grant of citizenship under Citizenship Act, s. 5(2)(b) — Plaintiff born in Venezuela in 1943 — Mother British subject, not Canadian at time of birth, as Canadian citizenship non-existent until first Citizenship Act of 1947 — Act, s. 5(2)(b) allowing children born abroad to Canadian citizen mothers between January 1, 1947 and February 15, 1977 to apply for grant of citizenship — Plaintiff unsuccessfully alleging discrimination on basis of age under Charter, s. 15(1).

Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Citoyens — Requête en décision sur des questions de droit préalables dans une action en octroi de la citoyenneté, intentée sous le régime de la Loi sur la citoyenneté, art. 5(2)b) — Le demandeur est né au Vénézuéla en 1943 — Au moment de sa naissance, sa mère avait qualité de sujet britannique mais elle n'était pas citoyenne canadienne puisque la notion de citoyenneté canadienne n'existait pas avant l'entrée en vigueur de la première Loi sur la citoyenneté en 1947 — L'art. 5(2)b) de la Loi permet aux enfants nés à l'étranger de mère canadienne entre le 1^{er} janvier 1947 et le 15 février 1977 de demander la citoyenneté canadienne — Le demandeur argue en vain de discrimination fondée sur l'âge, telle que l'interdit l'art. 15(1) de la Charte.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Plaintiff born before 1947 outside Canada to British subject mother married to foreign national — Unable to apply for citizenship as mother not "citizen" at time of birth as required by Citizenship Act, s. 5(2)(b) — Seeking retrospective application of Charter, s. 15(1) — Distinction in treatment as plaintiff denied equal benefit of applying for citizenship under s. 5(2)(b) — Not every distinction discriminatory — Distinction not based upon enumerated ground of age — Plaintiff's rights under Charter, s. 15(1) not infringed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le demandeur est né avant 1947 à l'étranger de mère sujet britannique, mariée à un étranger — Impossibilité de demander la citoyenneté canadienne puisque la mère n'avait pas, au moment de sa naissance, la qualité de «citoyen» qui était la condition prévue à l'art. 5(2)b) de la Loi sur la citoyenneté — Le demandeur conclut à l'application rétrospective de l'art. 15(1) de la Charte — Traitement différent réservé au demandeur puisqu'il est privé du même bénéfice de la loi, savoir l'admissibilité à demander la citoyenneté sous le régime de l'art. 5(2)b) — Toutes les distinctions ne sont pas discriminatoires — La distinction n'est pas fondée sur le motif énuméré de l'âge — Les droits que l'art. 15(1) de la Charte garantit au demandeur n'ont pas été violés.

Practice — Parties — Standing — Plaintiff directly affected by denial of application for citizenship under Citizenship Act, s. 5(2)(b) — Whether standing to invoke Charter, s. 15(1) — Public interest standing not applicable as Citizenship Act challenged by private litigant directly affected by law — Citizenship Act domestic law subject to Charter scrutiny — Extraterritorial application of Charter not at issue — Plaintiff having standing to commence action.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le demandeur est directement touché par le rejet de sa demande de citoyenneté, faite en application de l'art. 5(2)b) de la Loi sur la citoyenneté — Les considérations justifiant la qualité pour agir dans l'intérêt public n'ont pas application puisque la Loi sur la citoyenneté est contestée par un particulier qu'elle touche directement — La Loi sur la citoyenneté est une loi interne soumise au contrôle au regard de la Charte — L'affaire ne met pas en jeu la question de l'application extraterritoriale de la Charte — Le demandeur a qualité pour intenter l'action.

This was an application to determine three preliminary questions of law in an action for a declaration of entitlement to a

Requête en décision sur trois questions de droit préalables dans une action en jugement déclaratif de citoyenneté cana-

grant of Canadian citizenship under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*. The plaintiff is a Venezuelan citizen born in 1943 in Venezuela to a woman who, though a Toronto native, was a British subject married to a foreign national. In 1979, he applied for a grant of Canadian citizenship but his application was rejected in that his mother was not a Canadian citizen at the time of his birth. The status of "Canadian citizen" did not exist until January 1, 1947 with the enactment of the first *Citizenship Act*. This Act was repealed and replaced by the 1977 Act which allowed the children born abroad to Canadian citizen mothers between January 1, 1947 and February 15, 1977 to apply for a grant of citizenship. The plaintiff was still unable to apply for citizenship under that Act since he was born before 1947 and his mother was not a citizen at the time of his birth. He argued that the present Act discriminated against him when he applied for citizenship in 1979 as well as 1989. The three preliminary questions of law to be determined in this application were whether 1) the plaintiff had standing to commence this action; 2) the Charter applied to the facts before the Court; 3) the plaintiff's rights under subsection 15(1) of the Charter have been infringed or denied.

Held, (1) plaintiff has standing; (2) application of the Charter to the facts herein would be retrospective and that is not permitted; (3) plaintiff's Charter rights had not been infringed.

1) Standing to commence an action will be established if there is a justiciable issue, namely a legal interest capable of adjudication by the courts, and the party seeking the intervention of the court is directly affected or injured. The plaintiff's individual rights have been directly affected by the denial of his application for citizenship and there was a sufficient causal link between the requested declaration of unconstitutionality of paragraph 5(2)(b) of the Act and the remedy requested. The defendants' argument, that the plaintiff has no standing to invoke the protection of the Charter because he is a non-citizen residing outside Canada, raised the question of the extraterritorial application of the Charter. The primary concerns regarding the extraterritorial application of the Charter in extradition cases are not present in the citizenship context and therefore, the line of authority dealing with extradition is not a bar to the application of the Charter herein. The considerations relevant to public interest standing cases are not necessarily applicable since the *Citizenship Act* was being challenged by a private litigant who was directly and personally affected by the law. The plaintiff was not expressly excluded from either the capacity to bring a Charter action under subsection 24(1) nor was he expressly disentitled from the equality rights conferred by subsection 15(1), as both provisions utilize the phrase "every individual." While there are international policy implications associated with citizenship, it is domestic law which ultimately determines state citizenship and is subject to Charter scrutiny. Another fact weighing in favour of granting standing to the plaintiff is that he has a direct connection to Canada by birth to a Canadian born mother.

2) Both parties agreed that the Charter cannot be applied retrospectively and that subsection 15(1) cannot be used to rem-

dienne sous le régime de l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*. Le demandeur est citoyen vénézuélien, né en 1943 au Vénézuéla; sa mère, originaire de Toronto, avait qualité de sujet britannique et était mariée à un étranger. En 1979, la demande faite par le demandeur de la citoyenneté canadienne fut rejetée par ce motif que sa mère n'était pas citoyenne canadienne au moment de sa naissance. La notion de «citoyen canadien» n'existait pas avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1947, de la première *Loi sur la citoyenneté*, laquelle a été remplacée par la Loi de 1977 qui permettait aux enfants nés à l'étranger de mère canadienne entre le 1^{er} janvier 1947 et le 15 février 1977 de demander la citoyenneté canadienne. Le demandeur ne bénéficiait pas de cette disposition puisqu'il était né avant 1947 et que sa mère n'était pas citoyenne canadienne à l'époque. Il soutenait que la loi en vigueur était discriminatoire à son égard lorsqu'il demanda la citoyenneté en 1979 puis en 1989. Les trois questions de droit préalables visées par la requête sont les suivantes: 1) le demandeur a-t-il qualité pour intenter cette action? 2) la Charte s'applique-t-elle aux faits de la cause? 3) y a-t-il eu violation ou déni des droits que le paragraphe 15(1) de la Charte garantit au demandeur?

Jugement: (1) le demandeur a qualité pour agir; (2) l'application de la Charte aux faits de la cause serait rétroactive, ce qui n'est pas permis; (3) les droits que le demandeur tient de la Charte n'ont pas été violés.

1) A qualité pour agir quiconque justifie d'une question jugeable, c'est-à-dire d'un droit se prêtant au jugement d'une juridiction judiciaire, et est directement touché ou lésé par cette question. Les droits individuels du demandeur ont été directement affectés par le rejet de sa demande de citoyenneté et il y avait un lien de causalité suffisant entre la demande de jugement déclarant que l'alinéa 5(2)(b) de la Loi était inconstitutionnel et le redressement demandé. L'argument proposé par les défendeurs, savoir que le demandeur n'a pas qualité pour invoquer la protection de la Charte puisqu'il est un étranger résidant à l'étranger, soulève la question de l'application extraterritoriale de la Charte. Les préoccupations premières qui s'attachent à l'application à l'étranger de la Charte dans les affaires d'extradition sont absentes du contexte de la citoyenneté; c'est pourquoi la jurisprudence relative aux affaires d'extradition n'interdit pas d'appliquer la Charte en l'espèce. Les considérations justifiant la qualité pour agir dans l'intérêt public n'ont pas nécessairement application en l'espèce puisque la *Loi sur la citoyenneté* est contestée par un particulier qu'elle touche directement et personnellement. Le demandeur n'est expressément exclu ni de la capacité d'intenter une action fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte ni des droits à l'égalité que garantit le paragraphe 15(1), ces deux dispositions employant les mots «toute personne» et «tous». Bien que la citoyenneté ait des effets sur le plan international, c'est la loi interne qui détermine en dernière analyse la citoyenneté, et cette loi interne est soumise au contrôle au regard de la Charte. Un autre facteur qui fait pencher la balance du côté du demandeur est le lien direct dont il justifie avec le Canada du fait que sa mère est née dans ce pays.

2) Les deux parties conviennent que la Charte ne saurait s'appliquer de façon rétrospective et que le paragraphe 15(1)

edy discrimination which had its full effect prior to April 17, 1985. When dealing with the retrospective application of the Charter, two types of cases had to be distinguished: the "event-related" case where a discrete event occurred before the Charter came into force, and the "status related" case in which regard is to be had to an ongoing state of affairs. A Charter remedy is unavailable in a pre-Charter event related case. Section 15 of the Charter is broad enough to protect against discrimination involving an ongoing condition or status. When a discrete event does give rise to an ongoing status, it is necessary to examine the provision, in this case paragraph 5(2)(b), to determine whether it is event or status related. Paragraph 5(2)(b) focuses on the date of birth as an important factor in determining a person's status that gives rise to an entitlement to citizenship. Since citizenship did not exist prior to 1947 in Canada, paragraph 5(2)(b) is event driven and therefore, the application of subsection 15(1) to the facts before the Court would be retrospective.

3) A distinction in treatment has been made with respect to the plaintiff as he was denied the equal benefit of applying for citizenship under paragraph 5(2)(b) of the Act, but not every distinction in the law can be considered discriminatory. The distinction herein is made between two broad groups of people, those born before January 1, 1947, and those born after that date. Neither category is defined by a particular age which is relevant to the differential treatment they have received. The plaintiff was not denied citizenship because he was a particular age in 1947. Being born before a certain date is not the same as a distinction dependent upon being a particular age at a certain date. Therefore, the differential treatment accorded to the plaintiff was not based upon the enumerated ground of age but upon other considerations, particularly the status of his mother when he was born. The plaintiff's rights under subsection 15(1) of the Charter have not been infringed or denied.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 53.2 (as enacted by S.C. 1976-77, c. 36, s. 7).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 3, 6, 7, 12, 15(1), 20(1), 23, 24(1), 32(1).
- Canadian Citizenship Act (The)*, S.C. 1946, c. 15 (later *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33), ss. 4, 5.
- Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 (now R.S.C., 1985, c. C-29), ss. 3(1), 5(2)(b), 22 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 11).
- Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 474(1).
- Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 19(2)(a)(i).

ne saurait être invoqué pour remédier à une mesure discriminatoire qui avait plein effet avant le 17 avril 1985. Lorsque se pose la question de l'application rétrospective de la Charte, il faut distinguer entre le fait ponctuel ou l'événement discret qui s'est produit avant l'entrée en vigueur de la Charte, et l'état continu. La protection de la Charte ne saurait être invoquée à l'égard d'un fait ponctuel survenu avant son entrée en vigueur. L'article 15 de la Charte est suffisamment général pour protéger contre la discrimination affectant un état continu. Lorsqu'un fait ponctuel engendre un état continu, il est nécessaire d'examiner si la disposition en cause, en l'occurrence l'alinéa 5(2)(b), porte sur le fait ou sur l'état. Cette disposition est centrée sur la date de naissance qui constitue un facteur important pour ce qui est de savoir si l'état d'une personne lui donne droit à la citoyenneté. Puisque la citoyenneté canadienne n'existait pas avant 1947, l'alinéa 5(2)(b) se rapporte à l'événement et, de ce fait, l'application du paragraphe 15(1) aux faits de la cause serait rétroactive.

3) Il y a eu traitement différent réservé à M. Crease puisqu'il est privé du même bénéfice de la loi, savoir l'admissibilité à demander la citoyenneté sous le régime de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi, mais on ne saurait considérer comme discriminatoires toutes les distinctions légales. La distinction se fait en l'espèce entre deux catégories générales de personnes, celles qui sont nées avant le 1^{er} janvier 1947 et celles qui sont nées après cette date. Ni l'une ni l'autre catégorie n'est définie par un âge particulier qui serait à l'origine de la différence de traitement entre les deux. Le demandeur ne s'est pas vu refuser la citoyenneté du fait qu'il avait un certain âge en 1947. Être né avant une certaine date n'est pas la même chose qu'une distinction fondée sur un certain âge à une certaine date. Le traitement différent réservé au demandeur n'est pas fondé sur le motif énuméré de l'âge, mais sur d'autres considérations, en particulier sur le statut de sa mère au moment de sa naissance. Les droits que le demandeur tient du paragraphe 15(1) de la Charte n'ont été ni violés ni déniés.

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^o 44], art. 3, 6, 7, 12, 15(1), 20(1), 23, 24(1), 32(1).
- Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-29), art. 3(1), 5(2)(b), 22 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 11).
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15 (devenue par la suite *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33), art. 4, 5.
- Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25.
- Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 19(2)(a)(i).
- Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, art. 53.2 (édicte par S.C. 1976-77, ch. 36, art. 7).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 474(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

APPLIED:

Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare), [1994] 1 F.C. 603; (1993), 69 F.T.R. 297 (T.D.); *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1992] 1 F.C. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (T.D.); affd [1994] 1 F.C. 250; (1993), 155 N.R. 321 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. granted 10/3/94, No. 23811; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1.

DISTINGUISHED:

Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81; *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; 46 C.R.R. 290; 36 F.T.R. 80; 10 Imm. L.R. (2d) 81; 106 N.R. 61 (C.A.); affd *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 615; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 190 (T.D.).

REFERRED TO:

Thorson v. Attorney-General of Canada et al. (No. 2) (1971), 22 D.L.R. (3d) 274 (Ont. H.C.); *R. v. A.*, [1990] 1 S.C.R. 995; (1990), 55 C.C.C. (3d) 562; 77 C.R. (3d) 219; 47 C.R.R. 225; 36 Q.A.C. 144; *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social), [1994] 1 C.F. 603; (1993), 69 F.T.R. 297 (1^{re} inst.); *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1992] 1 C.F. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (1^{re} inst.); conf. par [1994] 1 C.F. 250; (1993), 155 N.R. 321 (C.A.); autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada accordée 10-3-94, n^o 23811; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81; *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; 46 C.R.R. 290; 36 F.T.R. 80; 10 Imm. L.R. (2d) 81; 106 N.R. 61 (C.A.); conf. par *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 615; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 190 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Thorson v. Attorney-General of Canada et al. (No. 2) (1971), 22 D.L.R. (3d) 274 (H.C. Ont.); *R. c. A.*, [1990] 1 R.C.S. 995; (1990), 55 C.C.C. (3d) 562; 77 C.R. (3d) 219; 47 C.R.R. 225; 36 Q.A.C. 144; *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F.

515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (T.D.); affd [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 128 (C.A.); *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 161 N.R. 243.

AUTHORS CITED

Dictionary of Canadian Law. Toronto: Carswell, 1991, «claim».

Galloway, D. «The Extraterritorial Application of the Charter to Visa Applicants» (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 335.

Kaplan, W. *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montréal: McGill-Queen's Univ. Press, 1993.

Osborne's Concise Law Dictionary, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1976, «claim».

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1994.

APPLICATION to determine three preliminary questions of law in an action for a grant of Canadian citizenship under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*. Plaintiff found to have standing but Charter rights not infringed. Application of Charter would be retrospective.

COUNSEL:

Ian S. Epstein and Rissa H. Revin for plaintiff.

Debra M. McAllister for defendants.

SOLICITORS:

Blaney, McMurtry, Stapells, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

WETSTON J.: This application is brought pursuant to Rule 474(1) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] to determine three preliminary questions of law which have come before the Court by order of Giles A.S.P., dated March 19, 1993. The plaintiff, Robert Crease, has brought an action seeking a declaration that he is eligible for a grant of Canadian citizenship pursuant to paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*,

515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (1^{re} inst.); conf. par [1990] 2 C.F. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 128 (C.A.); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 161 N.R. 243.

DOCTRINE

Dictionary of Canadian Law. Toronto: Carswell, 1991, «claim».

Galloway, D. «The Extraterritorial Application of the Charter to Visa Applicants» (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 335.

Kaplan, W. *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montréal: McGill-Queen's Univ. Press, 1993.

Osborne's Concise Law Dictionary, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1976, «claim».

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1994.

REQUÊTE en décision sur trois questions de droit préalables dans une action en octroi de la citoyenneté, intentée sous le régime de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*. Il a été jugé que le demandeur a qualité pour agir mais que les droits qu'il tient de la Charte n'ont pas été violés. L'application de la Charte serait rétrospective.

AVOCATS:

Ian S. Epstein et Rissa H. Revin pour le demandeur.

Debra M. McAllister pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Blaney, McMurtry, Stapells, Toronto, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE WETSTON: Il y a en l'espèce requête introduite en application de la Règle 474(1) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], en décision sur trois questions de droit préalables, soumises par ordonnance en date du 19 mars 1993 du protonotaire adjoint Giles. Le demandeur, Robert Crease, avait intenté une action en jugement déclarant qu'il est admissible à l'octroi de la citoyenneté canadienne

S.C. 1974-75-76, c. 108 (now R.S.C., 1985, c. C-29) (the "1977 Act").

FACTS

The plaintiff, Mr. Crease, is a Venezuelan citizen who was born in the city of Caracas, Venezuela, on April 3, 1943. The plaintiff continues to reside in Venezuela, although he was present in Canada at the time that the statement of claim in this action was filed. His mother was born in Toronto in 1904 but left Canada in 1932, when she met and married the plaintiff's father, a British subject, and moved with him to Venezuela. The plaintiff attended high school in St. Catherines, Ontario, and received a Bachelor of Arts degree from the University of Toronto in 1964. Mr. Crease has returned to Canada repeatedly throughout his life.

On January 17, 1979, the plaintiff applied to the Minister for a grant of Canadian citizenship pursuant to paragraph 5(2)(b) of the Act. The plaintiff was informed by letter dated May 14, 1979, that his application for citizenship had been rejected for the following reasons:

Until the first Canadian Citizenship Act came into effect on January 1, 1947, there was no such term as "Canadian citizen." Before that date, Canada was subject to British nationality law and anyone born or naturalized in Canada was a British subject.

As you are aware, the current Citizenship Act, was proclaimed on February 15, 1979. Section 5(2)(b) refers to any person who was born outside of Canada after January 1, 1947, and before the coming into force of this Act, of a mother who was a citizen at the time of his birth. The term "Canadian citizen" did not come into effect until January 1, 1947, the effective date of the first Canadian Citizenship Act. Unfortunately, before that date this term was not interchangeable in Canada with that of British subject. In Mr. Crease's situation, his mother was a British subject and not a Canadian citizen at the time of his birth in 1943.

The plaintiff later sought clarification of the interpretation of paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act* from the then Secretary of State, the Honourable Francis Fox. Mr. Fox reiterated the reasons stated in the original reply, namely that the term "Canadian citizen" did not come into effect until January 1, 1947, and therefore, Mr. Crease's mother was not a "citizen" at the time of the plaintiff's birth as required

sous le régime de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-29) (la «Loi de 1977»).

a LES FAITS DE LA CAUSE

Le demandeur, M. Crease, citoyen vénézuélien, est né le 3 avril 1943 à Caracas, au Vénézuéla, pays où il habite toujours, bien qu'il se trouvât au Canada au moment du dépôt de la déclaration dans cette action. Sa mère est née à Toronto en 1904; elle quitta le Canada en 1932 après avoir rencontré et épousé le père du demandeur, sujet britannique, avec lequel elle est allée s'établir au Vénézuéla. Le demandeur alla à l'école secondaire à St. Catherines (Ontario) et reçut une licence ès lettres de l'Université de Toronto en 1964. M. Crease est revenu plusieurs fois au Canada.

Le 17 janvier 1979, il adressa au ministre une demande de citoyenneté fondée sur l'alinéa 5(2)b) de la Loi. Il fut subséquemment informé par lettre en date du 14 mai 1979 que sa demande avait été rejetée par les motifs suivants:

[TRADUCTION] Avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1947, de la première Loi sur la citoyenneté canadienne, la notion de «citoyen canadien» n'existait même pas. Avant cette date, le Canada était soumis à la loi britannique en matière de nationalité, et quiconque était né ou naturalisé au Canada était sujet britannique.

Comme vous devez le savoir, l'actuelle Loi sur la citoyenneté fut proclamée le 15 février 1979. L'alinéa 5(2)b) vise le cas de la personne née à l'étranger après le 1^{er} janvier 1947 et avant l'entrée en vigueur de cette loi, d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen. La notion de «citoyen canadien» n'a vu le jour que le 1^{er} janvier 1947, à l'entrée en vigueur de la première Loi sur la citoyenneté canadienne. Avant cette date, cette notion n'était malheureusement pas interchangeable au Canada avec la notion de sujet britannique. Dans le cas de M. Crease, sa mère avait qualité de sujet britannique et non pas de citoyen canadien à la naissance de celui-ci en 1943.

Par la suite, le demandeur a demandé au secrétaire d'État, qui était à l'époque M. Francis Fox, de clarifier le sens de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*. M. Fox a réitéré les motifs invoqués dans la première réponse, savoir que la notion de «citoyen canadien» n'entra en vigueur que le 1^{er} janvier 1947 et que par conséquent, la mère de M. Crease n'avait pas qualité de «citoyen» à la naissance de celui-ci,

by paragraph 5(2)(b). The plaintiff applied again on October 17, 1989, but was rejected for the same reasons.

Due to the rejection of the plaintiff's application, an action was commenced in which plaintiff seeks the following:

(a) A declaration that a grant of citizenship is available upon application under paragraph 5(2)(b) of the Act to a person born outside Canada, before January 1, 1947, to a non-Canadian father and to a mother who would have been a citizen at the time of his birth had the Act been in force at that time, on the same terms as a person born outside Canada after December 31, 1946, and before February 15, 1977, to a non-Canadian father and to a mother who was a citizen at the time of his birth;

(b) An order requiring the Minister to authorize an extension of the period of time, if required, in which an application pursuant to paragraph 5(2)(b) of the Act can be made so that the plaintiff may, if necessary, re-apply for a grant of Canadian citizenship under this section;

ISSUES

The following preliminary questions have come before the Court by order of Giles A.S.P. dated March 19, 1993:

(i) does the plaintiff have standing to commence this action?

(ii) does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] apply to the facts before the Court?

(iii) on the facts before the Court, have the plaintiff's rights under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, been infringed and/or denied?

STATUTORY FRAMEWORK

In 1947, the concept of Canadian citizenship was brought into existence with the enactment of the first Canadian Citizenship Act, [*The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15 (later *Canadian Citizenship Act*,

ainsi que le requiert l'alinéa 5(2)b). Le demandeur a encore fait une demande le 17 octobre 1989, laquelle a été rejetée par les mêmes motifs.

Par suite du rejet de sa demande, il a intenté une action en concluant à ce qui suit:

a) Jugement déclarant que peut revendiquer la citoyenneté, sur demande faite en application de l'alinéa 5(2)b) de la Loi, quiconque est né à l'étranger avant le 1^{er} janvier 1947, d'un père étranger et d'une mère qui eût été citoyenne à ce moment-là si la Loi avait été en vigueur à l'époque, au même titre que la personne née à l'étranger après le 31 décembre 1946 mais avant le 15 février 1977, d'un père étranger et d'une mère ayant qualité de citoyen à ce moment-là;

b) Ordonnance portant obligation pour le ministre de proroger, le cas échéant, le délai de dépôt de la demande visée à l'alinéa 5(2)b) de la Loi afin que le demandeur soit en mesure, si besoin est, de faire une nouvelle demande de citoyenneté sous le régime de cet alinéa.

LES POINTS LITIGIEUX

Par ordonnance en date du 19 mars 1993, le proto-notaire adjoint Giles a renvoyé les questions préables suivantes devant la Cour:

(i) le demandeur a-t-il qualité pour intenter cette action?

(ii) la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]] s'applique-t-elle aux faits de la cause?

(iii) à la lumière des faits de la cause, y a-t-il eu violation ou déni des droits que le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit au demandeur?

LES TEXTES DE LOI APPLICABLES

En 1947, la notion de citoyenneté canadienne a vu le jour avec l'adoption au Canada de sa première *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15 (devenue par la suite *Loi sur la citoyenneté cana-*

R.S.C. 1952, c. 33)] (hereinafter the "1947 Act"). Sections 4 and 5 [quotes are from R.S.C. 1952, c. 33] of the 1947 *Citizenship Act* provide as follows:

4. A person born before the 1st day of January, 1947, is a natural-born Canadian citizen

(a) if he was born in Canada or on a Canadian ship and had not become an alien before the 1st day of January, 1947; or

(b) if he was born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship and his father, or in the case of a person born out of wedlock, his mother

(i) was born in Canada or on a Canadian ship and had not become an alien at the time of that person's birth, or

(ii) was, at the time of that person's birth, a British subject who had Canadian domicile,

if, before the 1st day of January, 1947, that person had not become an alien, and has either been lawfully admitted to Canada for permanent residence or is a minor.

5. (1) A person born after the 31st day of December, 1946, is a natural-born Canadian citizen,

(a) if he is born in Canada or on a Canadian ship; or

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and

(ii) the fact of his birth is registered, in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Minister may, under the regulations, authorize in special cases.

These were the provisions in place when Mr. Crease was about four years old. On February 15, 1977, the 1947 *Citizenship Act* was repealed, and the current *Citizenship Act* came into force. The 1977 Act amended the above sections to address the discriminatory effect of these provisions which allowed for the automatic grant of citizenship to children born abroad to Canadian fathers or born to Canadian mothers out of wedlock. The children born abroad to Canadian mothers married to foreign national fathers abroad were not entitled under the 1947 Act to an automatic grant of Canadian citizenship. The 1977 Act allowed the children born abroad to Canadian citizen mothers after January 1, 1947, and prior to February 15, 1977, to apply for a grant of citizenship.

The relevant provisions of the 1977 Act are set out below. Subsection 3(1) provides as follows:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

dienne, S.R.C. 1952, ch. 33) (ci-après appelée la «Loi de 1947»), dont les articles 4 et 5 [citation de S.R.C. 1952, ch. 33] prévoient ce qui suit:

4. Une personne, née avant le 1^{er} janvier 1947, est citoyen canadien de naissance

a) lorsqu'elle est née au Canada ou sur un navire canadien et n'était pas devenue étrangère avant le 1^{er} janvier 1947; ou

b) lorsqu'elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien et que son père ou, dans le cas d'une personne née hors du mariage, sa mère

(i) est né (ou née) au Canada ou sur un navire canadien et n'était pas devenu étranger (ou devenue étrangère) lors de la naissance de ladite personne, ou

(ii) était, à la naissance de ladite personne, un sujet britannique possédant un domicile canadien,

si, avant le 1^{er} janvier 1947, ladite personne n'était pas devenue étrangère, et a été licitement admise au Canada en vue d'une résidence permanente ou est mineure.

5. (1) Une personne, née après le 31 décembre 1946, est un citoyen canadien de naissance,

a) si elle est née au Canada ou sur un navire canadien; ou

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si

(ii) le fait de sa naissance est enregistré, d'après les règlements, au cours des deux années qui suivent l'événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut, en vertu des règlements, autoriser dans des cas spéciaux.

Ces dispositions étaient en vigueur au moment où M. Crease avait à peu près quatre ans. Le 15 février 1977, la Loi sur la citoyenneté de 1947 fut abrogée et remplacée par celle qui est en vigueur à l'heure actuelle. Les articles ci-dessus ont été modifiés par la Loi de 1977 de façon à en éliminer les dispositions discriminatoires, qui autorisaient l'octroi automatique de la citoyenneté à l'enfant né à l'étranger de père canadien ou de mère canadienne non mariée. La Loi de 1947 excluait de l'octroi automatique de la citoyenneté l'enfant né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne et de son père étranger. La Loi de 1977 autorise l'enfant né à l'étranger de mère canadienne, après le 1^{er} janvier 1947 mais avant le 15 février 1977, à demander l'octroi de la citoyenneté.

Les passages applicables de la Loi de 1977 sont reproduits ci-dessus. Le paragraphe 3(1) porte:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

- (a) the person was born in Canada after February 14, 1977;
- (b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen;
- (c) the person has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11 and, in the case of a person who is fourteen years of age or over on the day that he is granted citizenship, he has taken the oath of citizenship;
- (d) the person was a citizen immediately before February 15, 1977; or
- (e) the person was entitled immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

Paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, which the plaintiff challenges, provides as follows:

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application. [Emphasis added.]

1. Standing

In general terms, standing to commence an action will be established if there is a justiciable issue, i.e., a legal interest capable of adjudication by the courts, and the party seeking the intervention of the court is directly affected or injured; *Thorson v. Attorney-General of Canada et al.* (No. 2) (1971), 22 D.L.R. (3d) 274 (Ont. H.C.); *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. *Borowski* and *Finlay* dealt with the discretion of the Court in granting discretionary public interest standing to challenge the validity of a statutory provision, not private interest standing. The plaintiff submits that his individual rights have been directly affected by the denial of his application for citizenship and, therefore, has standing to seek a declaration that paragraph 5(2)(b) is constitutionally invalid. He does not rely upon the doctrine of public interest standing. However, Mr. Crease is a non-citizen residing outside Canada who seeks to avail himself of the protections afforded by the Charter. Indeed, his claim is depen-

a) née au Canada après le 14 février 1977;

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

c) ayant obtenu la citoyenneté—par attribution ou acquisition—sous le régime des articles 5 ou 11 et ayant, si elle était âgée d'au moins quatorze ans, prêté le serment de citoyenneté;

d) ayant cette qualité au 14 février 1977;

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi.

L'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*, que conteste le demandeur, porte:

5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi. [Non souligné dans le texte.]

1. La qualité pour agir

En règle générale, a qualité pour agir quiconque justifie d'une question jugeable, c'est-à-dire d'un droit se prêtant au jugement d'une juridiction judiciaire, et est directement touché ou lésé par cette question; voir *Thorson v. Attorney-General of Canada et al.* (No. 2) (1971), 22 D.L.R. (3d) 274 (H.C. Ont.); *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607. Les arrêts *Borowski* et *Finlay* portent sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal saisi de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de contester la validité d'un texte de loi, et non pas la qualité pour agir dans l'intérêt privé. Le demandeur tient que ses droits individuels ont été directement affectés par le rejet de sa demande de nationalité et que de ce fait, il a qualité pour agir en jugement déclarant que l'alinéa 5(2)(b) est inconstitutionnel. Il ne fait pas valoir la doctrine de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Cependant, M. Crease est un étranger, vivant à l'étranger, qui veut se réclamer des droits protégés

dent upon Charter relief. The defendants contend that the Charter has no extraterritorial application and, therefore, Mr. Crease has no standing to seek such relief.

In *Finlay, supra*, the question whether the plaintiff, a recipient of social assistance, was directly affected by federal transfer payments to the Government of Manitoba was answered in the negative. The link between the alleged unlawfulness of the payments and the remedy requested by the respondent, *Finlay, supra*, was in the words of Le Dain J., at page 624:

... too indirect, remote or speculative to be a sufficient causal relationship for standing under the general rule.

In this case, it is clear that Mr. Crease is directly affected and there is a sufficient causal link between the requested declaration of unconstitutionality and the remedy requested. Thus, standing could be established in the traditional sense. However, this does not, in and of itself, satisfy the question of whether Mr. Crease has standing to seek Charter relief. The plaintiff relied on four alternative arguments regarding standing under the Charter. First, it is argued that because Mr. Crease was physically present in Canada when the action was filed, he has standing to invoke the Charter. The plaintiff relies upon *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 201-202 where Wilson J., in considering the scope of the application of section 7, stated that “everyone” within section 7:

... includes every human being who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law.

The plaintiff submits that “every individual” in subsection 15(1) should be given the same meaning as Wilson J. gave to “everyone” in section 7. Secondly, counsel for the plaintiff submits that the Charter applies to non-citizens outside Canada, and urges the Court to focus upon “amenable to Canadian law” rather than “physical presence” as the determinative factor in determining whether the Charter can be invoked by the plaintiff. He contends that since other

par la Charte. En effet, son action dépend des mesures de redressement découlant de cette dernière. Les défendeurs tiennent que la Charte ne s’applique pas hors du territoire canadien et qu’en conséquence,

^a M. Crease n’a pas qualité pour en revendiquer le secours.

Dans *Finlay, supra*, la Cour a répondu par la négative à la question de savoir si le demandeur, assisté social, était directement affecté par les paiements de transfert de l’État fédéral à la province du Manitoba. Le rapport entre la prétendue illégalité des versements et le recours de l’intimé dans cette affaire était, pour reprendre la conclusion du juge Le Dain, à la page 624:

... trop indirect, éloigné ou conjectural pour constituer un rapport causal suffisant pour conférer qualité en vertu de la règle générale.

^d En l’espèce, il est indiscutable que M. Crease est directement affecté et qu’il y a un lien de causalité suffisant entre la demande de jugement déclaratif d’inconstitutionnalité et le redressement demandé. Ainsi donc, on pourrait dire qu’il a qualité au sens traditionnel du terme. Cependant, cela ne suffit pas en soi à répondre à la question de savoir si M. Crease a qualité pour fonder sa demande sur la Charte. Le demandeur propose quatre motifs alternatifs pour faire valoir sa qualité pour agir sous son régime. En premier lieu, il soutient que du fait de sa présence au Canada au moment de l’introduction de l’action, il a qualité pour invoquer la Charte, citant à l’appui l’arrêt *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pages 201 et 202, où le juge Wilson, analysant le champ d’application de l’article 7, conclut que le mot «chacun» qui y figure:

^h ... englobe tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne.

Le demandeur soutient qu’il faut donner au mot «tous» figurant au paragraphe 15(1) le même sens que celui donné par le juge Wilson au mot «chacun» figurant à l’article 7. En deuxième lieu, l’avocat du demandeur soutient que la Charte s’applique aux étrangers se trouvant à l’étranger, et engage la Cour à voir dans le fait d’être «assujéti à la loi canadienne» et non dans la «présence physique» le facteur déterminant de la question de savoir si le demandeur peut

Charter sections specifically apply to citizens or permanent residents (section 3, subsections 6(1), 6(2), 20(1)), one must read "every individual" as all inclusive, since subsection 15(1) includes no express qualification or limitation upon its application. Thirdly, it is contended that subsection 32(1) of the Charter applies to all matters within the authority of Parliament and thus, the Charter should be applied equally to all individuals subject to Canadian law whether or not they are present in Canada. Fourthly, it was argued that the particular nature of the plaintiff's claim allows for standing. Essentially it was argued that it would be contrary to the values of the Charter to deny the plaintiff standing on the basis that he lacks Canadian citizenship as it is the denial of this status which he is seeking to challenge as discriminatory.

The defendants contend that whether the plaintiff claims to have sufficient private interest standing or satisfies the requirements for public interest standing, he is a non-citizen residing outside Canada and, therefore, has no standing to invoke the protection of the Charter. To apply the Charter would amount, in the submission of the defendants, to giving the Charter extraterritorial effect. The defendants submit that only in exceptional circumstances has the Charter been applied in such a manner; *R. v. A*, [1990] 1 S.C.R. 995, at page 1001. The defendants argue that the Court should be concerned with the proper allocation of judicial resources and that a broad finding that the Charter applies to aliens outside of Canada would severely jeopardize the access of both Canadian citizens and aliens resident in Canada to the courts. These cautions have been traditionally considered by the courts in cases where public interest standing has been invoked.

The question of the extraterritorial application of the Charter has arisen in the context of extradition proceedings. In *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, the Supreme Court held that the guarantee against cruel and unusual punishment in section 12 of the Charter does not apply to section 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, which allows the Minister of Justice to make the final decision regarding the surrender of a fugitive. Cory J. describes the approach that should be

invoker la Charte. Puisque d'autres dispositions de ce texte (article 3, paragraphes 6(1), 6(2), 20(1)) s'appliquent expressément aux citoyens et résidents permanents, dit-il, il faut attribuer au mot «tous» un sens indéfini, puisque le paragraphe 15(1) n'est soumis à aucune réserve ou limitation expresse. En troisième lieu, le paragraphe 32(1) de la Charte s'applique à tous les domaines relevant du Parlement et ainsi, la Charte doit s'appliquer également à tous les individus assujettis à la loi canadienne, qu'ils se trouvent au Canada ou non. En quatrième lieu, la nature particulière de la plainte du demandeur lui donne qualité, et ce serait aller à l'encontre des valeurs consacrées par la Charte que de lui refuser la qualité par ce motif qu'il n'a pas la nationalité canadienne, puisque c'est justement ce refus de lui reconnaître la qualité qu'il cherche à contester comme étant discriminatoire.

Les défendeurs répliquent que peu importe que le demandeur justifie d'un intérêt privé suffisant ou remplisse les conditions d'intérêt public pour lui donner qualité, il est un étranger résidant à l'étranger et, de ce fait, n'est pas admissible à invoquer la protection de la Charte. Appliquer celle-ci à son égard reviendrait à lui donner effet à l'extérieur du Canada. Les défendeurs soutiennent que ce n'est que dans des cas exceptionnels que la Charte a été appliquée de cette manière; voir *R. c. A*, [1990] 1 R.C.S. 995, à la page 1001. Et que la Cour doit prendre en considération l'utilisation à bon escient des ressources judiciaires, et que juger libéralement que la Charte s'applique aux étrangers se trouvant à l'étranger compromettrait gravement l'accès à la justice et pour les citoyens canadiens et pour les étrangers résidant au Canada. Cette précaution a été traditionnellement observée par les tribunaux canadiens dans les cas où l'intérêt public est invoqué.

La question de l'application à l'étranger de la Charte a été soulevée dans des affaires d'extradition. Dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, la Cour suprême a jugé que la protection assurée par l'article 12 de la Charte contre les peines cruelles et inusitées ne s'étend pas à l'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, qui habilite le ministre de la Justice à décider en dernier ressort pour ce qui est de livrer un fugitif. C'est en ces termes que le juge Cory explique com-

taken in applying the Charter in an extradition context as follows, at page 819:

Although the *Charter* has no extraterritorial application, persons in Canada who are subject to extradition proceedings must be accorded all the rights which flow from the *Charter*. The approach to be taken is indicated by this court in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. In that case the refugee claimants contended that Canada's decision not to extend Convention refugee status to them placed them at risk that they would be prosecuted in their home country for their political beliefs. Wilson J., for the plurality, found that this decision deprived the claimants of their s. 7 right to security of the person and that this was sufficient to trigger the protection of the *Charter*. Specifically, Wilson J., stressed that the *Charter* affords freedom not only from actual punishment but also from the threat of punishment. [Own emphasis.]

Moreover, at page 845 of *Kindler, supra*, McLachlin J. stated:

For the same reasons, this Court has emphasized that we must avoid extraterritorial application of the guarantees of our *Charter* under the guise of ruling extradition procedures unconstitutional. As La Forest J. put it in *Schmidt*, at p. 518, "the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted." [Own emphasis.]

If Mr. Crease was granted standing, would this, in the words of McLachlin J. in *Kindler, supra*, at page 846, improperly "cast the net of the *Charter* broadly in extraterritorial waters"? Caution against imposing our constitutional guarantees on other states was advocated by the Supreme Court. Therefore, it would appear that the *Charter* should not be applied in an extraterritorial manner to the legal process of a foreign jurisdiction. The extraterritorial application of Canadian law can give rise to friction between nation states. Of course, extradition and citizenship involve vastly different legal and policy considerations. Citizenship law is an important component of a country's sovereignty whereas extradition (assistance to another country) is a vital component of a country's criminal justice system. The application of the *Citizenship Act*, while having both domestic and international implications, does not involve the application of the *Charter* to the actions of a foreign government or to foreign nationals appearing before foreign courts. Thus, the primary concerns regarding the extraterritorial application of the *Charter* in extradi-

ment il faut appliquer la Charte dans une affaire d'extradition, à la page 819:

Bien que la *Charte* ne s'applique pas extraterritorialement, les personnes qui sont assujetties à la procédure d'extradition au Canada doivent se voir conférer tous les droits qu'elle garantit. Notre Cour a indiqué la façon d'aborder la question dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Dans cette affaire, les revendicateurs du statut de réfugié ont soutenu qu'à la suite de la décision du Canada de ne pas leur accorder le statut de réfugié au sens de la Convention, ils risquaient de faire l'objet de poursuites dans leur propre pays en raison de leurs convictions politiques. Au nom de la pluralité des juges, le juge Wilson a conclu que la décision privait les revendicateurs du droit à la sécurité de la personne prévu par l'art. 7 et que cela suffisait pour que la protection fournie par la *Charte* s'applique. Le juge Wilson a souligné tout particulièrement que la *Charte* assure une protection non seulement contre la punition elle-même, mais également contre la menace de punition. [Non souligné dans le texte.]

On trouve par ailleurs dans l'arrêt *Kindler, supra*, cette conclusion du juge McLachlin, à la page 845:

Pour les mêmes motifs, notre Cour a souligné que nous devons éviter d'appliquer dans un pays étranger les garanties que confère notre *Charte* sous le couvert de décisions qui déclarent inconstitutionnelles des procédures en matière d'extradition. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *Schmidt*, à la p. 518, «on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger.» [Non souligné dans le texte.]

Si on reconnaissait à M. Crease la qualité pour agir, cela reviendrait-il, pour reprendre les termes employés par le juge McLachlin dans *Kindler, supra*, à la page 846, à jeter «les filets de la *Charte* dans des eaux extraterritoriales»? La Cour suprême a toujours mis en garde contre toute tentative d'imposer nos garanties constitutionnelles à d'autres États. Il s'ensuit que la *Charte* n'est pas applicable, hors du Canada, au processus judiciaire d'une juridiction étrangère. D'appliquer la loi canadienne hors des frontières du pays pourrait provoquer des frictions avec d'autres nations. Bien entendu, les questions d'extradition et de citoyenneté mettent en jeu des considérations juridiques et politiques très différentes. La loi en matière de citoyenneté est un élément important de la souveraineté d'un pays, alors que l'extradition (assistance à un autre pays) est un élément vital de son système de justice pénale. L'application de la *Loi sur la citoyenneté*, si elle a des répercussions à la fois nationales et internationales, n'entraîne pas l'application de la *Charte* aux actions d'un gouvernement étranger ou aux étrangers compa-

tion cases are not present in the citizenship context. As such, I do not view this line of authority dealing with extradition as a bar to the application of the Charter in this case. Of course, that does not end the matter. Also, it should be noted that the application of the Charter to Canadian citizens resident outside of Canada has not been entirely precluded; *R. v. A, supra*. However, at this time, only the application of the Charter to Canadian citizens beyond the borders of Canada has been considered by the courts.

Counsel for the defendants relies on two authorities of the Federal Court which circumscribe the capacity of a non-citizen who permanently resides outside of Canada to invoke the protections of the Charter. In *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534 (C.A.); affd on other grounds, [1992] 1 S.C.R. 236, the Council sought public interest standing in a declaratory action challenging certain provisions of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as unconstitutional. In addition to the question of public interest standing, the Court also considered whether the statement of claim disclosed a reasonable cause of action. In considering various aspects of a very "wide, sweeping and disjointed" statement of claim, MacGuigan J.A. in the Court of Appeal, stated at page 563:

In paragraph 15 the respondent claims violations of sections 2, 7, 8 and 10(b) of the Charter in relation to certain criminal sanctions, including those which criminalize the aiding and abetting of the entry into Canada of persons not in possession of required visas, passports or travel documents. In my analysis all such provisions can effectively be challenged by the claimants themselves or by the other persons who may also be charged with infractions, with the possible exception of the claim in paragraph 15(b) to the effect that, by deterring lawyers from giving proper advice to undocumented refugees through threat of sanctions, the Act may deny claimants the right to counsel. This could found a right of standing, but cannot constitute a reasonable cause of action since the claimants affected would all be non-citizens outside Canada with no claim to admission, and therefore beyond the scope of the Charter. [Emphasis added.]

raissant devant une juridiction étrangère. Ainsi donc, les préoccupations premières qui s'attachent à l'application à l'étranger de la Charte dans les affaires d'extradition sont absentes du contexte de la citoyenneté. C'est ainsi qu'à mon avis, cette jurisprudence relative aux affaires d'extradition n'interdit pas d'appliquer la Charte en l'espèce. Bien entendu, la question n'est pas résolue pour autant. Il y a également lieu de noter que l'application de la Charte aux citoyens canadiens résidant à l'étranger n'a pas été entièrement exclue; voir *R. c. A, supra*. Il se trouve cependant que jusqu'à cette date, seule l'application de la Charte aux citoyens canadiens en dehors des frontières du Canada a été examinée par les tribunaux.

L'avocate des défendeurs cite deux précédents de la Cour fédérale qui limitent la faculté d'étrangers, qui ont résidence permanente à l'étranger, d'invoquer la protection de la Charte. Dans l'arrêt *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.); confirmé à d'autres égards par [1992] 1 R.C.S. 236, le Conseil cherchait à se faire reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public dans une action en jugement déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52. Outre la question de la qualité pour agir, la Cour était appelée à décider si la déclaration révélait une cause raisonnable d'action. Analysant les divers aspects d'une déclaration très «large, générale et décousue», le juge MacGuigan de la Cour d'appel a fait la constatation suivante, à la page 563:

Au paragraphe 15, l'intimé prétend que certaines sanctions pénales violent les articles 2, 7 et 8 et l'alinéa 10b) de la Charte; ce serait notamment le cas des dispositions pénalisant le fait d'aider ou d'encourager l'entrée au Canada d'une personne qui n'est pas munie d'un visa, d'un passeport ou d'un titre de voyage requis. À mon point de vue, les demandeurs eux-mêmes—tous comme les autres personnes qui peuvent aussi être inculpées—peuvent contester efficacement toutes ces dispositions sauf peut-être quant à l'allégation formulée à l'alinéa 15b), selon laquelle la Loi, en dissuadant par la menace de sanctions les avocats de conseiller les réfugiés non munis des papiers nécessaires, priverait peut-être les intéressés du droit à l'assistance d'un avocat. Cette assertion pourrait fonder la qualité pour agir, mais elle ne saurait constituer une cause raisonnable d'action car les personnes touchées seraient toutes des personnes non titulaires de la citoyenneté canadienne, se trouvant à l'étranger et n'ayant pas le droit de demander leur admission, et qui ne seraient donc pas visées par la Charte. [Non souligné dans le texte.]

The Supreme Court of Canada denied the Canadian Council of Churches standing to challenge the constitutionality of various provisions of the *Immigration Act, 1976* on the basis that refugee claimants who were directly affected could themselves challenge the provisions. While the Court was concerned that laws not be immunized from review (a rationale for public interest standing) it also had to consider the impact of allowing such claims on strained judicial resources; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, 1994, at pages 5-11 and 5-12. It is my view that in the case at bar, the considerations relevant to public interest standing cases are not necessarily applicable since the *Citizenship Act* is being challenged by a private litigant who is directly and personally affected by the law. The Supreme Court in *Canadian Council of Churches, supra*, did not address the question of the application of the Charter to non-citizens, nor did they consider the comments of MacGuigan J.A. cited above.

Canadian Council of Churches, supra, was applied by Muldoon J. in *Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 615 (T.D.). Mr. Ruparel applied for permanent residence from the United Kingdom but was refused on the basis that he was an inadmissible person under subparagraph 19(2)(a)(i) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. He had a conviction for drunk driving in England. The impugned provision required a waiting period of five years if the applicant was over 21 years old at the time of the offence. If the applicant was under 21, the provision required only a two-year waiting period. Mr. Ruparel contended that subparagraph 19(2)(a)(i) of the *Immigration Act, 1976* was discriminatory on the basis of age and therefore, contrary to subsection 15(1) of the Charter.

Mr. Justice Muldoon concluded that the provisions under review violated subsection 15(1) of the Charter, but reluctantly dismissed the claim because the plaintiff was not physically present in Canada and, therefore, had no cause of action. Muldoon J. applied *Singh, supra*, concluding that physical presence in Canada was a condition precedent to invoking all

La Cour suprême du Canada a refusé au Conseil canadien des églises la qualité pour contester la constitutionnalité de diverses dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*, par ce motif que les demandeurs d'asile directement affectés pouvaient les contester eux-mêmes. Tout en soulignant que les lois ne devraient pas être soustraites au contrôle de l'autorité judiciaire (considération qui justifie la qualité pour agir dans l'intérêt public), la Cour devait aussi prendre en considération les effets d'un accueil des plaintes de ce genre sur les ressources judiciaires qui sont déjà lourdement grevées; voir K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, 1994, aux pages 5-11 et 5-12. J'estime que les considérations justifiant la qualité pour agir dans l'intérêt public n'ont pas nécessairement application en l'espèce puisque la *Loi sur la citoyenneté* est contestée par un particulier qu'elle touche directement et personnellement. Dans *Conseil canadien des Églises, supra*, la Cour suprême ne s'est pas penchée sur la question de l'application de la Charte aux étrangers, ni sur les conclusions susmentionnées du juge MacGuigan, J.C.A.

Le juge Muldoon a appliqué la règle dégagée par la jurisprudence *Conseil canadien des églises, supra*, dans *Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 615 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, la demande de résidence permanente de Ruparel, qui se trouvait au Royaume-Uni, a été rejetée parce qu'il était une personne non admissible par application du sous-alinéa 19(2)a)(i) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, ayant été condamné en Angleterre pour conduite automobile en état d'ébriété. La disposition contestée prévoyait une période d'attente de cinq ans si le demandeur avait 21 ans révolus au moment de l'infraction. Cette période d'attente n'était que de deux ans s'il avait moins de 21 ans. M. Ruparel soutenait que le sous-alinéa 19(2)a)(i) de la *Loi sur l'immigration de 1976* était discriminatoire au regard de l'âge et, de ce fait, contraire au paragraphe 15(1) de la Charte.

Le juge Muldoon a conclu que les dispositions en cause allaient à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte, mais a débouté le demandeur par ce motif qu'il ne se trouvait pas au Canada et ne justifiait donc pas d'une cause d'action. Le juge Muldoon a appliqué le principe dégagé par l'arrêt *Singh, supra*, concluant que la présence physique au Canada était la

those Charter rights not reserved for citizens; D. Gallo-
 way, "The Extraterritorial Application of the *Char-*
ter to Visa Applicants" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.*
 335. Both *Canadian Council of Churches, supra*, and
Ruparel, supra, were cases under the *Immigration*
Act, 1976. The former dealt with refugee matters, the
 latter with an application for permanent residence.
 The case at bar involves an application for citizenship
 and I will consider later whether Mr. Crease has a
 "claim to admission" unlike the non-citizens in the
Canadian Council of Churches decision, *supra*, and
Ruparel, supra.

While I am of the opinion that Mr. Crease has been
 directly affected by the alleged unconstitutional pro-
 vision of the Act and that public interest standing
 considerations should not apply, the defendants argue
 that in considering the issue of standing generally,
 the Court must always balance access to the courts
 with the allocation of judicial resources. In particular,
 the defendants argue that a number of the same con-
 siderations that the courts have adopted regarding the
 test for public interest standing should be adopted for
 non-resident, non-citizen actions dependent upon the
 Charter. The defendants submit that to allow the
 resources of the Court to be taken up by Charter
 actions instituted by aliens outside Canada would be
 unfair to litigants, both aliens and citizens resident in
 Canada. This submission dictates that physical pres-
 ence in Canada be the determinative factor with
 respect to the ability of a private litigant to invoke the
 Charter.

For the purposes of determining whether Mr.
 Crease is entitled to invoke the Charter, I do not
 accept that arguments of judicial resources are per-
 suasive in this case. In *Canadian Council of*
Churches, supra, Cory J., writing for the Court, com-
 ments on the role of the courts as follows, at
 page 252:

It is essential that a balance be struck between ensuring access
 to the courts and preserving judicial resources. It would be dis-
 astrous if the courts were allowed to become hopelessly
 overburdened as a result of the unnecessary proliferation of
 marginal or redundant suits brought by well-meaning organi-
 zations pursuing their own particular cases certain in the
 knowledge that their cause is all important. It would be detri-

condition préalable de l'assertion des droits que la
 Charte ne réserve pas aux citoyens; voir D. Gallo-
 way, «The Extraterritorial Application of the *Char-*
ter to Visa Applicants» (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 335.

^a Les causes *Conseil canadien des églises, supra*, et
Ruparel, supra, portaient l'une et l'autre sur la *Loi*
sur l'immigration de 1976. La première touchait au
 statut de réfugié, la seconde à la résidence perma-
 nente. L'affaire en instance porte sur une demande de
 citoyenneté, et j'examinerai plus loin si M. Crease a
^b un «droit à l'admission», au contraire des étrangers
 dans les causes *Conseil canadien des églises, supra*,
 et *Ruparel, supra*.

^c Bien qu'à mon avis, M. Crease soit directement
 touché par la disposition soi-disant inconstitution-
 nelle de la Loi et que les considérations relatives à la
 qualité pour agir dans l'intérêt public n'aient pas
^d application dans son cas, les défendeurs soutiennent
 que dans l'examen de la question générale de la qua-
 lité pour agir, la Cour doit toujours concilier accès à
 la justice et distribution judicieuse des ressources
 judiciaires. En particulier que certaines des mêmes
^e considérations adoptées par les tribunaux à l'égard du
 critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public
 doivent s'étendre aux actions d'étrangers non rési-
^f dents qui invoquent la Charte. Que d'affecter des res-
 sources de la Cour aux actions intentées par des
 étrangers se trouvant hors du Canada mais se récla-
 mant de la Charte serait injuste pour les justiciables
 résidant au Canada, qu'ils soient étrangers ou
 citoyens. Et que la présence physique au Canada doit
^g être le facteur déterminant pour ce qui est de la possi-
 bilité pour un particulier d'invoquer la Charte.

Afin de décider si M. Crease peut invoquer la
 Charte, je ne pense pas que l'argument des ressources
 judiciaires soit convaincant en l'espèce. Dans *Conseil*
canadien des Églises, supra, le juge Cory, pronon-
 çant les motifs de la Cour, a tiré à la page 252 la con-
 clusion suivante sur le rôle des tribunaux:

ⁱ Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux
 et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Ce
 serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement
 submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites
 insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes
 bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objec-
 tifs, convaincus que leur cause est fort importante. Cela serait

mental, if not devastating, to our system of justice and unfair to private litigants.

The case brought by the plaintiff is fundamentally different from that considered by Cory J. above, in that Mr. Crease is a private litigant. The courts appear to make reference to citizens when considering issues of standing. At page 250 of *Canadian Council of Churches, supra*, Cory J. quotes from Martland J. in *Canada v. Borowski, supra*:

... to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. [Own emphasis.]

Borowski, supra, was also a public interest standing case. Further, at page 250, Cory J. refers to citizens wherein he states:

The rule of law is thus recognized as a corner stone of our democratic form of government. It is the rule of law which guarantees the rights of citizens to protection against arbitrary and unconstitutional government action. This same right is affirmed in s. 52(1) [Own emphasis.]

However, I do not believe that the reference to citizens restricts the invocation of the Charter to only such persons, *Singh, supra*. The issue to be determined is whether Mr. Crease, as a directly affected non-citizen outside Canada, has standing to invoke the Charter. This determination requires the consideration of two further questions:

(a) Does the Charter exclude Mr. Crease from initiating the proceeding?

(b) Does Mr. Crease have a claim to apply for a grant of citizenship?

(a) Exclusion

Mr. Crease is not expressly excluded from either the capacity to bring a Charter action under subsection 24(1) nor is he expressly disentitled from the equality rights conferred by subsection 15(1). Both provisions utilize the phrase "every individual" and as indicated previously, other provisions of the Charter make reference to "every citizen" (mobility rights,

préjudiciable, voire accablant, pour notre système de justice et injuste pour les particuliers.

Le cas du demandeur est fondamentalement différent de l'affaire soumise au juge Cory en ce que M. Crease est un particulier. Il appert que les tribunaux ont à l'esprit des citoyens quand ils ont à se prononcer sur la question de la qualité pour agir. À la page 250 de *Conseil canadien des Églises, supra*, le juge Cory cite cette conclusion tirée par le juge Martland dans *Canada c. Borowski, supra*:

... pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. [Non souligné dans le texte.]

L'affaire *Borowski* susmentionnée portait également sur la qualité pour agir dans l'intérêt public. Le juge Cory parle aussi de citoyens dans ce passage à la page 250:

La primauté du droit est donc reconnue comme la pierre angulaire de notre système démocratique. C'est la primauté du droit qui garantit au citoyen le droit d'être protégé contre toute mesure gouvernementale arbitraire et inconstitutionnelle. Ce même droit est confirmé au par. 52(1) . . . [Non souligné dans le texte.]

Je ne pense cependant pas que la mention de citoyens signifie que la Charte s'applique à eux seuls; voir *Singh, supra*. La question qui se pose est de savoir si M. Crease, étant un étranger directement touché résident à l'extérieur du Canada, a qualité pour invoquer la Charte, ce qui requiert à son tour l'examen de deux autres questions, savoir:

a) M. Crease est-il inadmissible à invoquer la Charte pour agir en justice?

b) M. Crease a-t-il le droit de demander l'octroi de la citoyenneté?

a) Exclusion

M. Crease n'est expressément exclu ni de la capacité d'intenter une action fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte ni des droits à l'égalité que garantit le paragraphe 15(1). Ces deux dispositions emploient les mots «toute personne» et «tous» et, comme indiqué *supra*, il est question dans d'autres dispositions de la Charte de «tout citoyen» (liberté de

section 6), “citizens of Canada” (minority language educational rights, section 23), “permanent residents” (mobility rights, section 6), and “members of the public in Canada” (official languages, subsection 20(1)).

The plaintiff submits that if a limitation on the application of subsection 24(1) or subsection 15(1) was intended, then Parliament would have manifested such a limitation as in other parts of the Charter. It is also contended that subsection 15(1) should be interpreted in accordance with its plain and ordinary meaning so that it can be relied upon by persons who, regardless of their physical presence in Canada, are “amenable to Canadian law.”

Professor D. Galloway, *supra*, comments on this as follows, at page 339:

Second, physical presence in Canada was not presented by Wilson J. in *Singh* as a factor which is important in itself. Her precise words should be noted. The word “everyone” was held to include “every human being who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law”. Wilson J. raised the issue of physical presence only because those who are in Canada are amenable to Canadian law. It was this latter factor that was the salient one. Singh had a cause of action because he was subject to Canadian law. The more reasonable extrapolation from her precise words is that everyone who is amenable to Canadian law, whether or not they find themselves in Canada, is embraced by the relevant sections of the *Charter*. [Footnotes omitted.]

While I can accept such an interpretation, the meaning of “amenable to Canadian law” must still be considered. Mr. Crease lives in Venezuela so it cannot be said that he is accountable or answerable to the laws of Canada in a general sense. He is, however, subject to Canadian citizenship law and he has been deprived of the recognition of his birth to a Canadian mother by paragraph 5(2)(b) of the Act. Does this make him amenable to Canadian law? *Singh, supra*, was dealing with a refugee situation in which the application of the Charter to the claimants before the Court was conceded by the crown. The question of the scope of the Charter before Wilson J. emanates from the perspective of inclusion rather than exclusion. In addition, section 7, which protects the security of the person from the arbitrary action of the state, is fundamentally different from subsection 15(1)

circulation et d'établissement, article 6), de «citoyens canadiens» (droits à l'instruction dans la langue de la minorité, article 23), de «résident permanent» (liberté de circulation et d'établissement, article 6), et de «public au Canada» (langues officielles, paragraphe 20(1)).

Le demandeur soutient que si le législateur avait voulu limiter l'application des paragraphes 24(1) ou 15(1), il aurait exprimé cette limitation comme c'est le cas d'autres parties de la Charte. Et qu'il faut interpréter le paragraphe 15(1) selon son sens ordinaire afin que puissent l'invoquer tous ceux qui sont «assujettis à la loi canadienne», qu'ils se trouvent au Canada ou non.

Le professeur D. Galloway, *supra*, a fait cette observation à ce sujet, à la page 339:

[TRADUCTION] En second lieu, il ressort de l'arrêt *Singh* que le juge Wilson ne voyait pas dans la présence physique au Canada un facteur important en soi. Il y a lieu de noter les termes mêmes qu'elle a employés. À son sens, le mot «chacun» s'entend de «tout être qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujetti à la loi canadienne». Le juge Wilson n'a soulevé la question de la présence physique que parce que ceux qui se trouvent au Canada sont assujettis à la loi canadienne. C'est ce dernier facteur qui est le plus important. Singh avait une cause d'action parce qu'il était assujetti à la loi canadienne. Une extrapolation plus raisonnable des termes précis qu'elle a employés est que tous ceux qui sont assujettis à la loi canadienne, qu'ils se trouvent ou non au Canada, sont couverts par les articles applicables de la *Charte*. [Notes de bas de page supprimées.]

Bien que je trouve cet argument acceptable, il reste encore à expliciter le sens de l'expression «assujetti à la loi canadienne». M. Crease vit au Vénézuéla; on ne peut donc dire qu'il soit, dans un sens général, soumis aux lois du Canada. Il est cependant soumis à la loi canadienne sur la citoyenneté et il a été privé par l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de la reconnaissance du fait que sa mère est canadienne. Est-il de ce fait assujetti à la loi canadienne? L'affaire *Singh, supra*, était une affaire de réfugié dans laquelle la Couronne a reconnu que la Charte s'appliquait aux plaignants devant la Cour. La question du champ d'application de la Charte se posait, devant le juge Wilson, sous l'angle de l'inclusion et non de l'exclusion. En outre, l'article 7, qui protège la sécurité de la personne contre les mesures arbitraires de l'État, est fondamentalement différent du paragraphe 15(1) qui protège contre

which provides protection against discriminatory state action. Mr. Crease has been deprived of a benefit which he alleges is based upon a discriminatory distinction. In my view, neither the provisions of the Charter nor the language of Wilson J. in *Singh*,^a *supra*, precludes standing in this case.

(b) The Claim

Osborne's Concise Law Dictionary, 6th ed. defines claim as "the assertion of a right." Dukelow & Nuse, *The Dictionary of Canadian Law* defines claim as "[t]he demand or the subject matter for which any action, suit, or proceeding is brought."

Citizenship itself is not a right but rather a political status conferred by the state; *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887, at pages 918-919; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 196. While the *Citizenship Act* has international implications it is essentially a domestic law. As indicated previously, certain rights are only available to citizens; the right to vote, to become members in the House of Commons or a provincial legislature, the right to freedom of movement and the right to obtain a minority-language education. The defendants submit that the determination of who shall be recognized as a Canadian citizen is a policy matter involving considerations such as national security, the impact of Canadian citizenship on foreign states and Canada's national identity. Obviously, the power to confer citizenship is an inherent part of a nation's sovereignty. In W. Kaplan, *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*, (Montréal: McGill-Queen's University Press, 1993), at page 250, the author states:

It is fair to say that the most fundamental principle underlying all legal entitlements to citizenship is the existence of a connection with the state.

Connection is established by legal title, and most nationality legislation is based on one of the following titles, or on a combination of them: (a) *jus soli*; (b) *jus sanguinis*; (c) marriage; (d) incorporation of territory; (e) option in special circumstance; (f) adoption, legitimation, and recognition of paternity; or (g) naturalization. Of these, *jus soli*, *jus sanguinis*, and natu-

les mesures discriminatoires de l'État. M. Crease a été privé d'un bénéfice à cause, dit-il, d'une distinction discriminatoire. À mon avis, ni les dispositions de la Charte ni les termes employés par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh*, *supra*, n'excluent la qualité pour agir en l'espèce.

b) Prétention

Selon le dictionnaire de droit *Osborne's Concise Law Dictionary*, 6^e édition, prétention (*claim*) signifie [TRADUCTION] «assertion d'un droit». D'après le dictionnaire de droit *The Dictionary of Canadian Law*, Dukelow & Nuse, prétention est [TRADUCTION] «la réclamation ou le chef de demande de toute action ou procédure».

La citoyenneté n'est pas en soi un droit, mais un statut politique conféré par l'État; voir *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887, aux pages 918 et 919; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 196. Bien que la *Loi sur la citoyenneté* ait des répercussions internationales, elle est essentiellement une loi interne. Comme indiqué *supra*, certains droits et libertés sont maintenant réservés aux citoyens: droit de vote, droit de devenir membre du Parlement ou d'une assemblée législative provinciale, liberté de mouvement et droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Les défendeurs tiennent que la décision sur la question de savoir qui doit être reconnu comme citoyen canadien est une décision de politique fondamentale mettant en jeu des considérations comme la sécurité nationale, les effets de la citoyenneté canadienne sur des États étrangers et l'identité nationale du Canada. Il est manifeste que le pouvoir de conférer la citoyenneté fait partie intégrante de la souveraineté d'une nation. Dans son ouvrage *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (Montréal: McGill-Queen's University Press, 1993), à la page 250, W. Kaplan fait cette observation:

[TRADUCTION] On peut dire que le principe le plus fondamental qui sous-tend tous les droits relatifs à la citoyenneté est l'existence d'un lien avec l'État.

Le lien est établi par un titre légal, et la plupart des lois sur la nationalité sont fondées sur l'un ou sur une combinaison des titres suivants: a) la nationalité à raison de la naissance sur le territoire, *jus soli*; b) la nationalité à raison de la filiation, *jus sanguinis*; c) le mariage; d) le rattachement du territoire; e) le choix dans des cas exceptionnels; f) l'adoption, la légitimation

ralization are the most common methods of acquiring citizenship in a state.

Jus soli is the rule under which nationality is acquired by the mere fact of birth within the territory of the state (although by international custom, it does not apply to the birth of children of diplomatic staff, and so on, born on the territory of the receiving state). Depending on the particular country, the nationality of the parents may or may not be relevant. Jus sanguinis provides that nationality is acquired by descent wherever the child is born. Application of this rule varies considerably from one country to the next. Historically, jus sanguinis has been limited to transmission of the nationality of the father only or, where the mother was unmarried, to allow for transmission of her nationality. Most countries have now amended their domestic legislation so as to do away with this discriminatory characteristic. [Footnotes omitted.]

Canadian nationality law incorporates a number of the methods of acquiring citizenship discussed by Kaplan above. Paragraphs 3(1)(b) and 5(2)(b) of the Act in particular operate on the basis of *jus sanguinis*. The historical discrimination referred to by Kaplan was removed from the Canadian law in 1977. Mr. Crease claims however, that a discriminatory effect remains in the operation of the *jus sanguinis* rule in paragraph 5(2)(b). While there are clearly international policy implications associated with citizenship, there is little doubt that it is domestic law which ultimately determines state citizenship and that this law is subject to Charter scrutiny. The question of course is whether Mr. Crease has the capacity to put this process of Charter scrutiny into motion. An important consideration with respect to this question is the connection Mr. Crease has to Canada.

The plaintiff wishes to obtain citizenship by application of the rule *jus sanguinis*. In this regard he has a connection to Canada which is based upon his mother's birth in Canada. However, because his birth was before 1947, this connection is not recognized by paragraph 5(2)(b) and as a result his applications for citizenship have been rejected. In *Ruparel, supra*, the application for permanent residence was made from outside the country by an individual with absolutely no relationship by birth to Canada and he was held to have no claim. Mr. Crease, however, has a connection by birth to Canada, which I view as a claim to Canada. Nor is this a situation similar to the factual

et la reconnaissance de paternité; ou g) la naturalisation. De ces méthodes, la nationalité à raison de la naissance sur le territoire, la nationalité à raison de la filiation et la naturalisation sont les plus courantes pour l'acquisition de la citoyenneté.

a L'attribution de la nationalité à raison de la naissance sur le territoire est la règle selon laquelle la nationalité est acquise du seul fait de la naissance à l'intérieur de l'État (bien que par coutume internationale, elle ne s'applique pas aux enfants d'agents diplomatiques, etc., nés sur le territoire de l'État d'accueil). Selon le pays concerné, la nationalité des parents peut entrer ou non en ligne de compte. L'attribution de la nationalité à raison de la filiation se fait sans référence au lieu de naissance. L'application de cette règle varie considérablement d'un pays à l'autre. Par le passé, l'enfant acquérait la nationalité du père ou, si elle n'était pas mariée, celle de la mère. La plupart des pays ont maintenant modifié leur législation interne pour supprimer cette disposition discriminatoire. [Notes de bas de page supprimées.]

On retrouve dans la législation canadienne en matière de nationalité certaines des méthodes d'attribution de la citoyenneté évoquées ci-dessus par Kaplan. En particulier, les alinéas 3(1)(b) et 5(2)(b) de la Loi appliquent l'attribution de la nationalité à raison de la filiation. La discrimination traditionnelle que mentionne Kaplan a été supprimée de la loi canadienne en 1977. M. Crease prétend cependant qu'un effet discriminatoire subsiste dans la règle de la nationalité à raison de la filiation, prévue à l'alinéa 5(2)(b). Bien que la citoyenneté ait manifestement des effets sur le plan international, c'est la loi interne qui détermine en dernière analyse la citoyenneté, et cette loi interne est soumise au contrôle au regard de la Charte. Il convient bien entendu d'examiner si M. Crease a qualité pour mettre en branle ce processus de contrôle au regard de la Charte. Un élément important de cette question est le lien entre M. Crease et le Canada.

Le demandeur souhaite acquérir la citoyenneté par application de la règle de l'attribution de la nationalité à raison de la filiation, *jus sanguinis*. À cet égard, il a un lien avec le Canada du fait que sa mère était née dans ce pays. Mais puisqu'il était né avant 1947, ce lien n'est pas reconnu par l'alinéa 5(2)(b) et par la suite, sa demande de citoyenneté a été rejetée. Dans *Ruparel, supra*, la demande de résidence permanente a été faite à l'extérieur du pays, par un individu qui n'avait absolument aucun lien avec le Canada à raison de la naissance; c'est pourquoi il a été jugé qu'il ne justifiait d'aucune prétention. M. Crease a cependant un lien avec le Canada à raison de la naissance,

vacuum referred to by MacGuigan J.A. in *Canadian Council of Churches, supra*, where there were no directly affected claimants before the Court.

The facts of this case, in my view, weigh in favour of granting standing to Mr. Crease. First, the best possible litigant is before the Court as Mr. Crease has been directly affected by the application of the Act. Secondly, this application does not in my view raise concerns regarding the extraterritorial application of the Charter. Thirdly, Mr. Crease has a direct connection to Canada by birth to a Canadian born mother. Finally, a negative finding on standing would put Mr. Crease in the untenable position of being denied standing on the basis that he is a non-citizen when he would be able to make an application to become a citizen but for the very distinction in the Act which he is seeking to challenge under subsection 15(1) as being discriminatory. Therefore, Mr. Crease has standing to commence this action.

2. Retrospectivity

Does the Charter apply to the facts before the Court? The answer to this question depends on whether the Charter is being applied retrospectively. Briefly, the plaintiff submits that the Charter is being applied prospectively and asks the Court to focus its attention on the continued operation and effect of the discrimination contained in paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act which is currently in force.

Prior to 1947, there was no status known as Canadian citizenship. Those born in Canada prior to 1947 were British subjects. Between 1947 and 1977 only persons born abroad to Canadian citizen fathers and unwed Canadian citizen mothers were granted citizenship at birth. In 1977, the present *Citizenship Act* came into force and from that point forward, children born outside Canada to Canadian mothers and fathers would be treated equally. By means of paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act, a child born outside Canada to a married Canadian mother between 1947 and 1977 could also apply for a grant of Canadian citizenship. Paragraph 5(2)(b) specifically refers to a person who was born outside Canada to a mother who was a citizen at the time of his birth. Mr. Crease was born

et j'y vois une prétention au Canada. L'affaire en instance ne ressemble pas non plus à la cause *Conseil canadien des églises, supra*, où le juge MacGuigan, J.C.A., a relevé l'«absence de tout fondement factuel» puisque les demandeurs n'étaient pas directement touchés.

À mon avis, les faits de la cause font pencher la balance du côté de M. Crease. En premier lieu, voilà un demandeur avec tous les attributs voulus, qui a été directement touché par l'application de la Loi. En deuxième lieu, sa demande ne soulève à mon avis aucune des préoccupations relatives à l'application de la Charte hors des frontières. En troisième lieu, M. Crease a un lien direct avec le Canada du fait que sa mère était née dans ce pays. Enfin, juger qu'il n'a pas qualité mettrait M. Crease dans la situation impossible de se voir refuser la qualité parce qu'il n'est pas citoyen alors qu'il serait habile à faire une demande de nationalité n'eût été la distinction faite par la Loi, distinction qu'il conteste comme étant discriminatoire au regard du paragraphe 15(1). En conséquence, M. Crease a qualité pour intenter cette action.

2. Application rétrospective

La Charte s'applique-t-elle aux faits de la cause? Pour répondre à cette question, il faut examiner s'il y a application rétrospective. En bref, le demandeur soutient que la Charte s'applique de façon prospective et demande à la Cour de porter son attention sur la continuation de l'effet discriminatoire de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977, tel qu'il est toujours en vigueur.

Avant 1947, la citoyenneté canadienne n'existait pas. Ceux qui étaient nés au Canada avant 1947 étaient sujets britanniques. Pour les personnes nées à l'étranger entre 1947 et 1977, seuls ceux dont le père était canadien ou dont la mère canadienne n'était pas mariée, étaient Canadiens de naissance. L'actuelle *Loi sur la citoyenneté* est entrée en vigueur en 1977; désormais les enfants nés à l'étranger de mère canadienne ou de père canadien sont traités sur un pied d'égalité. Par l'effet de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977, l'enfant né à l'étranger entre 1947 et 1977 d'une mère canadienne mariée peut aussi demander la citoyenneté canadienne. L'alinéa 5(2)(b) vise expressément la personne née à l'étranger d'une mère canadienne qui était à ce moment-là citoyenne cana-

in 1943 and his mother was not a citizen at the time of his birth. The present Act continues to accord different treatment to persons born outside of Canada to a Canadian mother before 1947. A person born before 1947 outside Canada of a Canadian father or Canadian unmarried mother could be a citizen if, before 1947, that person obtained permanent residence in Canada or was a minor. Therefore, if this was a paternal or maternal (unmarried woman) case, Mr. Crease would have been eligible for a grant of citizenship. In summary, I would describe Mr. Crease's status under the law as a person born before 1947 outside of Canada to a Canadian non-citizen mother married to a foreign national. The plaintiff argues that the 1977 Act is currently discriminatory and discriminated against him when he applied for citizenship in 1979 as well as 1989.

Both parties agree that the Charter cannot be applied retrospectively and that subsection 15(1) cannot be used to remedy discrimination which had its full effect prior to April 17, 1985; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153. In *Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, [1994] 1 F.C. 603 (T.D.), Rothstein J. extensively examined the law relating to the retrospective application of the Charter. After considering *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pages 625-626, Rothstein J. considers two types of cases that involve the application of the Charter. He states, at pages 615-616 as follows:

The first is what may be termed the "event-related" case. This would be a case in which the alleged contravention of the Charter is related to a discrete event which occurred before the Charter came into force. The jurisprudence indicates that in a pre-Charter event related case, an applicant will not have a Charter remedy. Criminal cases often fall into this category, with the time an offence is committed, a conviction entered or sentence imposed being the critical elements. When an offence has been committed, conviction entered or sentence imposed before the coming into force of the Charter, Charter relief will not normally be available to an accused. See for example, *R. v. Stevens*, *supra*.

The second type of case that touches on the issue of the retrospective application of the Charter is what may be termed the "status related" case. This is a case in which regard is to be had to an ongoing state of affairs. In such a case, a Charter remedy

dienne. M. Crease est né en 1943 et sa mère n'était pas citoyenne à ce moment-là. La Loi actuellement en vigueur continue à réserver un traitement différent aux personnes nées à l'étranger de mère canadienne avant 1947. Une personne née à l'étranger avant 1947 d'un père canadien ou d'une mère canadienne non mariée pourrait obtenir la citoyenneté si, avant 1947, cette personne était encore mineure ou avait obtenu la résidence permanente au Canada. Donc, s'il s'était agi d'une question de filiation paternelle ou de filiation maternelle (la mère n'étant pas mariée), M. Crease eût été admissible à demander la citoyenneté. En bref, son statut juridique serait celui d'une personne née avant 1947 d'une mère non canadienne mariée à un étranger. Le demandeur soutient que la Loi de 1977 est actuellement discriminatoire, et était un texte discriminatoire à son endroit lorsqu'il a demandé la citoyenneté en 1979 puis en 1989.

Les deux parties conviennent que la Charte ne saurait s'appliquer de façon rétrospective et que le paragraphe 15(1) ne saurait être invoqué pour remédier à une mesure discriminatoire qui avait plein effet avant le 17 avril 1985; voir *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153. Dans *Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1994] 1 C.F. 603 (1^{re} inst.), le juge Rothstein a analysé en détail l'état du droit pour ce qui est de l'application rétrospective de la Charte. Après avoir passé en revue la jurisprudence *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, aux pages 625 et 626, il relève en ces termes, aux pages 615 et 616, deux types d'affaires portant sur l'application de la Charte:

On peut qualifier le premier cas de cas [TRADUCTION] «relié à des événements». Il s'agirait d'un cas où la prétendue violation de la Charte est reliée à un événement précis et isolé qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur de celle-ci. Il découle de la jurisprudence que dans un cas relié à des événements antérieurs à la Charte, le requérant n'obtiendra pas une réparation prévue par cette dernière. Les affaires criminelles tombent souvent dans cette catégorie, le moment où une infraction est commise, une condamnation prononcée ou une peine imposée étant l'élément crucial. Lorsqu'une infraction a été commise, une condamnation prononcée ou une peine imposée avant l'entrée en vigueur de la Charte, l'accusé n'aura normalement pas droit à une réparation prévue par elle. Voir par exemple l'arrêt *R. c. Stephens* précité.

Pour ce qui est du second type de cas qui touche la question de l'application rétroactive de la Charte, on peut le qualifier de cas [TRADUCTION] «relié à une situation». Il s'agit d'un cas dans lequel il faut tenir compte de la situation en cours. En pareil

may be available if it can be demonstrated that there is an ongoing violation of the Charter, even though, for this to be found, there may have to be some cognizance of pre-Charter events.

Recognizing that sharp distinctions between status and event related cases are not always achievable, Rothstein J. suggests that it is necessary to examine the following matters, at page 618:

(i) the provisions of the Charter upon which reliance is placed, (ii) where applicable, the statutory provision being challenged and (iii) the relevant event or ongoing condition.

Firstly, the plaintiff submitted that this is a case involving an ongoing condition or status requiring the application of subsection 15(1) of the Charter. The plaintiff submitted that section 15 of the Charter is broad enough to protect against such discrimination. I am satisfied that it is; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1992] 1 F.C. 771 (T.D.); *affd* [1994] 1 F.C. 250 (C.A.); leave to appeal granted (March 10, 1994), No. 23811 (S.C.C.); and *Murray, supra*, at pages 618-619.

Secondly, the plaintiff, in arguing that paragraph 5(2)(b) creates the alleged discrimination on the basis of status, submitted that paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act does not have regard to a discrete date and that the two dates found in the section are of little significance. It is submitted that the first date, February 15, 1977, only determines the date which persons born to Canadian mothers abroad would be entitled to apply for citizenship. The second date, February 15, 1979, is simply a deadline for applications from individuals entitled to apply under this section. Counsel for the plaintiff pointed out that this date has been repeatedly extended by the Minister, most recently until February 1994, thereby suggesting that it is related to an on-going condition. The plaintiff argues that the reference in the section to the date of birth of the plaintiff, i.e., prior to 1947, arises only by implication.

With respect to the third matter, the plaintiff submits that the event in this case, the birth of Mr. Crease, has resulted in an on-going condition, i.e., the status of being a person born outside Canada to a Canadian mother prior to 1947 who is precluded from applying for citizenship. When a discrete event does give rise to an on-going status, it is necessary to

cas, une réparation prévue par la Charte est possible si on peut démontrer qu'il existe une violation continue de la Charte, même si cette conclusion peut obliger à prendre connaissance d'événements antérieurs à la Charte.

^a Reconnaissant qu'il n'est pas toujours possible de distinguer nettement entre le fait ponctuel et l'état continu, le juge Rothstein estime, à la page 618, qu'il est nécessaire d'examiner les questions suivantes:

^b (i) les dispositions de la Charte invoquées, (ii) le cas échéant, la disposition législative contestée et (iii) l'événement pertinent ou la condition en cours.

En premier lieu, le demandeur soutient qu'il s'agit en l'espèce d'un état continu qui appelle l'application du paragraphe 15(1) de la Charte, et que celui-ci est suffisamment général pour protéger contre ce genre de discrimination. J'en conviens; voir *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1992] 1 C.F. 771 (1^{re} inst.); confirmé [1994] 1 C.F. 250 (C.A.); autorisation de pourvoi accordée (10 mars 1994), n° 23811 (C.S.C.); et *Murray, supra*, aux pages 618 et 619.

^e En deuxième lieu, le demandeur, en alléguant que l'alinéa 5(2)(b) opère discrimination pour cause d'état, soutient que cette disposition de la Loi de 1977 ne vise pas une date distincte et que les deux dates mentionnées n'ont guère d'importance. Et que la première date mentionnée, le 15 février 1977, ne détermine que le moment où les personnes nées à l'étranger de mère canadienne seraient admissibles à demander la citoyenneté. La seconde date, le 15 février 1979, représente seulement le dernier délai de dépôt de la demande des personnes admissibles par application de cette disposition. L'avocat du demandeur souligne que ce délai a été prorogé à de multiples reprises par le ministre, tout récemment jusqu'en février 1994, ce qui signifie qu'il se rapporte à un état continu. Le demandeur soutient que la référence dans cet alinéa à sa date de naissance, savoir avant 1947, ne se manifeste que de façon implicite.

ⁱ Pour ce qui est de la troisième question, le demandeur soutient que l'événement visé en l'espèce, c.-à-d. la naissance de M. Crease, a donné lieu à un état continu, savoir l'état d'une personne née à l'étranger de mère canadienne avant 1947 et qui, de ce fait, n'est pas admissible à demander la citoyenneté. Lorsqu'un fait ponctuel engendre un état con-

examine the section, in this case paragraph 5(2)(b), to determine whether it is event or status related.

In *Benner, supra*, a majority of the Federal Court of Appeal found that the application of the Charter was retrospective. However, the plaintiff submits that *Benner, supra*, is inapplicable to the case at bar. In *Benner, supra*, the applicant was born in wedlock to a Canadian mother and an American father outside Canada in 1962. Subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 Act provided that a person born outside of Canada after December 31, 1946 was a citizen if his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, was a Canadian citizen. Prior to 1977, there was no similar benefit accorded maternal lineage. Accordingly, Mr. Benner, at the time of his birth (1962) was not entitled to an automatic grant of citizenship.

In *Benner, supra*, Létourneau J.A. was of the opinion that since the applicant was alleging discrimination on the basis of maternal lineage, the real complaint was not with paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act, but rather with subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 Act which first distinguished the treatment between children of Canadian mothers and children of Canadian fathers. Paragraph 5(2)(b) eliminated, in part, this discriminatory treatment for the past and fully for the future. It is submitted that Mr. Benner was in fact seeking an automatic grant of citizenship which was not available to him under the circumstances. Subparagraph 5(1)(b)(i) was repealed in 1977, and as such, it ceased to have any effect before the Charter came into effect. In other words, subparagraph 5(1)(b)(i) had its complete effect before subsection 15(1) of the Charter came into force. *Benner, supra*, was asking the Court to use the Charter to correct an inequality which had its complete effect prior to 1977. In this regard the application of the Charter would be retrospective. The plaintiff also distinguished this case in that Mr. Benner was seeking an automatic grant of citizenship retroactive to the date of his birth and therefore the crucial event was the date of his birth. In this case, counsel contends that Mr. Crease is not seeking to change his citizenship as of 1943. He is only requesting the right to apply for citizenship prospectively.

tinu, il est nécessaire d'examiner si la disposition en cause, en l'occurrence l'alinéa 5(2)(b), porte sur le fait ou sur l'état.

Dans *Benner, supra*, la Cour d'appel fédérale a jugé à la majorité que la Charte s'applique de façon rétrospective. Le demandeur soutient cependant que ce précédent n'est pas applicable en l'espèce. Dans cette affaire, le demandeur était né en 1962 à l'étranger, du mariage de sa mère canadienne et de son père qui était américain. Le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la Loi de 1947 reconnaissait la qualité de citoyen à la personne née à l'étranger après le 31 décembre 1946, d'un père ayant qualité de citoyen ou d'une mère canadienne non mariée. Avant 1977, la filiation maternelle ne bénéficiait pas du même traitement. En conséquence, M. Benner n'avait pas droit à sa naissance (1962) à l'octroi automatique de la citoyenneté.

Dans *Benner, supra*, le juge Létourneau, J.C.A., était d'avis que, le demandeur se plaignant de discrimination pour cause de filiation maternelle, son grief ne portait pas vraiment sur l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977, mais sur le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la Loi de 1947, qui prévoyait un traitement différent selon que l'intéressé était né de père canadien ou de mère canadienne. L'alinéa 5(2)(b) a éliminé ce traitement discriminatoire, en partie pour le passé et complètement pour l'avenir. Le demandeur soutient que M. Benner demandait en fait un octroi automatique de la citoyenneté auquel il n'avait pas droit dans les circonstances. Le sous-alinéa 5(1)(b)(i) a été abrogé en 1977 et, de ce fait, n'avait plus aucun effet avant l'entrée en vigueur de la Charte. En d'autres termes, le sous-alinéa 5(1)(b)(i) n'avait effet qu'avant l'entrée en vigueur du paragraphe 15(1) de la Charte. Dans l'affaire susmentionnée, Benner demandait à la Cour de se fonder sur la Charte pour remédier à une iniquité qui n'avait effet qu'avant 1977. Dans ce contexte, l'application de la Charte serait rétrospective. Le demandeur fait aussi ressortir la différence entre son cas et celui de M. Benner qui demandait l'octroi automatique de la citoyenneté rétroactivement à la date de sa naissance, ce qui signifie que l'événement crucial était la date de naissance. En l'espèce, son avocat soutient que M. Crease ne demande pas l'octroi de la citoyenneté rétroactivement à 1943, mais seulement pour l'avenir.

In *Murray, supra*, the plaintiff submits that while the Court found that the Charter was being applied retrospectively that case was also distinguishable. In *Murray, supra*, the plaintiff was alleging that subsection 53.2(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5 [as enacted by S.C. 1976-77, c. 36, s. 7], was discriminatory on the basis of marital status, age and sex. Rothstein J. found that subsection 15(1) was broad enough to cover ongoing discrimination and that divorce was a discrete event which gave rise to an on-going condition of being divorced. In this regard, Rothstein J. returned to focus on the statute and concluded that the provision in issue was event related. The plaintiff argued that in *Murray, supra*, the focus of subsection 53.2(1) was on two specific dates which resulted in the subsection being characterized as event related. He distinguishes paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act by concluding that the date of February 15, 1977, is simply a cutoff date for applications which has been frequently extended. The plaintiff submits that there is a lower cutoff date that arises by implication in that paragraph 5(2)(b) refers to the 1947 Act. I cannot accept this characterization of paragraph 5(2)(b). Paragraph 5(2)(b) specifically makes reference to the former Act and indeed the use of the language "citizen at the time of his birth" requires that the 1947 Act be part of the legislative framework applicable to citizenship.

The defendants took a somewhat different approach in considering the application of the Charter to the facts in this case. In relying upon *R. v. Gamble, supra*, counsel addressed three matters discussed by Wilson J. at pages 625-630:

- (i) What is the event alleged to be in contravention of the Charter?
- (ii) What is the nature of the constitutional right which is alleged to have been violated?
- (iii) What are the particular facts of the claim?

Regarding the first question, it is submitted that citizenship is a status acquired at birth or is conferred on particular categories of applicants pursuant to the Act. It is contended that the event is the plaintiff's date of birth, April 3, 1943, since Mr. Crease claims

Le demandeur soutient que son cas est aussi différent de celui de la demanderesse dans *Murray, supra*, où la Cour a conclu à l'application rétrospective de la Charte. Dans l'affaire citée, la demanderesse soutenait que le paragraphe 53.2(1) du *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5 [édicte par S.C. 1976-77, ch. 36, art. 7], était discriminatoire pour cause d'état matrimonial, d'âge et de sexe. Le juge Rothstein a conclu que le paragraphe 15(1) était suffisamment général pour couvrir la discrimination continue et que le divorce était un fait ponctuel qui donnait lieu à l'état continu de divorcée. À cet égard, il a centré son analyse sur la loi pour conclure que la disposition en cause s'attachait au fait ponctuel. Le demandeur soutient que dans *Murray, supra*, le paragraphe 53.2(1) était centré sur deux dates spécifiques, ce qui fait qu'il a été jugé qu'il s'attachait à l'événement. Il note la différence avec l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977 en concluant que la date du 15 février 1977 n'est qu'un dernier délai pour les demandes, lequel dernier délai a été fréquemment prorogé. Selon le demandeur, il y a une date limite moins stricte qui se dégage implicitement du fait que l'alinéa 5(2)(b) fait référence à la Loi de 1947. Je ne peux accepter cette interprétation de l'alinéa 5(2)(b), qui fait expressément référence à l'ancienne loi; d'ailleurs l'emploi de l'expression «ayant à ce moment-là qualité de citoyen» fait que la Loi de 1947 doit faire partie du régime légal de la citoyenneté.

Les défendeurs adoptent une approche quelque peu différente pour ce qui est de l'application de la Charte aux faits de la cause. Se fondant sur *R. c. Gamble, supra*, leur avocat analyse la situation au regard des trois questions examinées par le juge Wilson aux pages 625 à 630:

- (i) Quel est l'événement qui serait en contravention à la Charte?
- (ii) Quelle est la nature du droit constitutionnellement garanti qui aurait été violé?
- (iii) Quels sont les faits particuliers de la plainte?

En ce qui concerne la première question, les défendeurs soutiennent que la citoyenneté est un état acquis à la naissance ou conféré à certaines catégories de demandeurs conformément à la Loi. Que l'événement pertinent est la date de naissance du

Canadian citizenship by virtue of his mother's status as a Canadian born British subject. Alternatively, the event is the refusal of Canadian citizenship communicated by letter on May 14, 1979. The nature of the Charter right involved is subsection 15(1) which did not come into force until April 17, 1985. The defendants argue that subsection 15(1) cannot reach back before April 17, 1985, and reverse the legal consequences of fact and law existing before that time. Stated another way by counsel, one cannot use subsection 15(1) to avoid having the law apply as it existed at that time. As to the facts of the claim, the defendants argue that there was no concept of Canadian citizenship before 1947 and that paragraph 5(2)(b) simply excludes persons, like the plaintiff, who were born outside Canada before 1947 of a mother born in Canada but who was not a citizen. Counsel argued that to invoke subsection 15(1) would require reaching back in time to change the legal consequences which attached to the plaintiff on the date of his birth in 1943.

The defendants accept that subsection 15(1) is broad enough to remedy ongoing discrimination and that the birth of Mr. Crease has given rise to an ongoing condition. However, counsel contends that paragraph 5(2)(b) hinges upon the birth of the applicant to a Canadian citizen abroad and that this event must take place after December 31, 1946, since paragraph 5(2)(b) refers to the 1947 Act. The defendants rely upon the opinion of Létourneau J.A. in *Benner*, *supra*, at pages 291-292, wherein he held that the alleged discrimination in that case crystallized on the date of Mr. Benner's birth. Counsel submits that Mr. Crease is in the same position and seeks the retroactive application of the Charter to the facts before the Court.

A date in legislation dictates that considerable emphasis should be accorded the event envisaged therein; *Murray*, *supra*, at pages 618-619. Subsection 15(1) of the Charter is applicable to a discrete event of discrimination as well as discrimination of an

demandeur, le 3 avril 1943, puisque M. Crease revendique la citoyenneté canadienne en se réclamant de la qualité de sa mère, celle de sujet britannique né au Canada. Subsidiativement, l'événement pertinent est le refus d'octroyer la citoyenneté canadienne, notifié le 14 mai 1979. Le droit garanti par la Charte et qui serait en cause est prévu au paragraphe 15(1), lequel n'est entré en vigueur que le 17 avril 1985. Les défendeurs soutiennent que le paragraphe 15(1) ne peut s'appliquer rétroactivement à la période antérieure au 17 avril 1985 pour anéantir les conséquences juridiques de fait et de droit existant avant cette date. En d'autres termes, on ne saurait invoquer le paragraphe 15(1) pour se soustraire à l'application de la loi telle qu'elle était en vigueur à l'époque. Pour ce qui est des faits particuliers de la demande, les défendeurs soutiennent que le concept de citoyenneté canadienne n'existait pas avant 1947 et que l'alinéa 5(2)b) exclut tout simplement les personnes se trouvant dans le même cas que le demandeur, c'est-à-dire les personnes nées à l'étranger avant 1947 et dont la mère était née au Canada mais n'avait pas qualité de citoyen. Leur avocate fait valoir que d'invoquer le paragraphe 15(1) reviendrait à remonter dans le temps pour changer les conséquences juridiques qui s'attachèrent au demandeur au moment de sa naissance en 1943.

Les défendeurs conviennent que le paragraphe 15(1) est suffisamment général pour embrasser la discrimination qui se poursuit dans le temps, et que la naissance de M. Crease a donné lieu à un état continu; mais que l'alinéa 5(2)b) vise uniquement le cas du citoyen canadien né à l'étranger et que cette naissance doit avoir lieu après le 31 décembre 1946, puisque l'alinéa 5(2)b) fait référence à la Loi de 1947. Ils citent à l'appui la conclusion tirée par le juge Létourneau, J.C.A., aux pages 291 et 292 de *Benner*, *supra*, savoir que la discrimination reprochée se cristallisa à la naissance de M. Benner. Ils font valoir que M. Crease est dans le même cas et qu'il demande l'application rétroactive de la Charte aux faits de la cause.

La mention d'une date dans un texte de loi signifie qu'il faut accorder une attention particulière à l'événement visé dans ce texte; voir *Murray*, *supra*, aux pages 618 et 619. Le paragraphe 15(1) de la Charte s'applique à l'acte discriminatoire ponctuel tout

ongoing nature; *Gamble, supra*, at pages 627-629; *Benner, supra*, at pages 291-292; *Murray, supra*, at pages 618-619. The birth of Mr. Crease has given rise to an ongoing condition or status, being the child, born outside Canada prior to 1947, of a mother born in Canada. Such a person continues to be unable to apply for citizenship under the *Citizenship Act*. However, it must be determined whether the primary focus of paragraph 5(2)(b) is the date of his birth (the event giving rise to Mr. Crease's status) or whether it is on his ongoing condition (status).

The *Citizenship Act* creates categories of individuals who have an entitlement to citizenship based on their place of birth, their date of birth, their nationality and, in some cases, the marital status of their parents. In this case, the combination of these factors makes Mr. Crease a member of a class of individuals who was born abroad to Canadian mothers wed to foreign nationals prior to 1947. Paragraph 5(2)(b) is obviously concerned with the status of those who make an application pursuant to that provision. However, it also focuses on the date of birth as an important factor in determining a person's status that gives rise to an entitlement to citizenship. It is apparent that, under these circumstances, the focus of the section becomes problematic. The Court is of the opinion that what is of primary importance in the application of paragraph 5(2)(b) is whether Mr. Crease's mother was a citizen at the time of his birth. Since citizenship did not exist prior to 1947 in Canada, paragraph 5(2)(b) is event driven, and, therefore, the application of subsection 15(1) to the facts before the Court would be retrospective.

3. Discrimination under subsection 15(1)

The plaintiff challenges paragraph 5(2)(b) of the Act as contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]*, which provides as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without dis-

comme à la discrimination continue dans le temps; voir *Gamble, supra*, aux pages 627 à 629; *Benner, supra*, aux pages 291 et 292; *Murray, supra*, aux pages 618 et 619. La naissance de M. Crease a donné lieu à un état continu, celui de l'enfant né à l'étranger avant 1947, d'une mère née au Canada. Une personne se trouvant dans cette situation continue à ne pouvoir demander la citoyenneté sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté*. Il faut cependant déterminer si le point focal de l'alinéa 5(2)b) est la date de naissance (l'événement qui est à l'origine de la situation dans laquelle se trouve M. Crease) ou sa situation qui se poursuit dans le temps (c'est-à-dire son état).

La *Loi sur la citoyenneté* prévoit des catégories de personnes qui ont droit à la citoyenneté en raison du lieu de naissance, de la date de naissance, de la nationalité et, dans certains cas, de l'état matrimonial des parents. En l'espèce, la combinaison de ces facteurs fait que M. Crease appartient à la catégorie des personnes nées à l'étranger avant 1947 du mariage de leur mère canadienne et de leur père étranger. L'alinéa 5(2)b) s'attache manifestement à l'état de ceux qui l'invoquent pour demander la citoyenneté. Cependant, il est également centré sur la date de naissance qui constitue un facteur important pour ce qui est de savoir si l'état d'une personne lui donne droit à la citoyenneté. Il est manifeste que dans ces conditions, le point focal de la disposition devient problématique. La Cour estime que le plus important dans l'application de l'alinéa 5(2)b), c'est de savoir si la mère de M. Crease avait qualité de citoyen à la naissance de celui-ci. Puisque la citoyenneté canadienne n'existait pas avant 1947, l'alinéa 5(2)b) se rapporte à l'événement et, de ce fait, l'application du paragraphe 15(1) aux faits de la cause serait rétroactive.

h 3. Discrimination au regard du paragraphe 15(1)

Le demandeur conteste l'alinéa 5(2)b) de la Loi par ce motif qu'il va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]*. Voici ce que porte ce paragraphe 15(1):

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimina-

crimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Both parties agree that the two-fold approach established in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, and adopted in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296 is the proper framework to determine whether subsection 15(1) has been breached in this case. First, the party alleging an infringement of subsection 15(1) must establish a violation of one of the four equality rights, namely the rights of equality before and under the law and the rights of equal benefit and equal protection of the law. Secondly, this violation of the right must be shown to be discriminatory in its purpose or effect. The plaintiff submits, and the defendants concede, that the threshold for the satisfaction of the first branch of the test is very low. It need only be established that there is a distinction in treatment which results in the denial of a benefit which is available to others.

In moving to the second stage of the analysis, which requires an examination as to whether the violation of one of the four equality rights is discriminatory in purpose or effect, the plaintiff relies on the statements of McIntyre J. in *Andrews, supra*, who at pages 174-175 defined discrimination as:

... a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

The plaintiff submits that if it is positively determined that the distinction is made solely on the basis of an enumerated ground, in this case age, there is no need to engage in an analysis of historical disadvantage or stereotyping to make a finding that the distinction is discriminatory. The plaintiff relies on *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.), at pages 528-529; *affd* [1990] 2 F.C. 129 (C.A.) which held that such an analysis should be reserved for situ-

tion, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Les deux parties conviennent que l'analyse à deux volets définie par l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*, et adoptée dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, constitue le cadre indiqué pour examiner s'il y a eu atteinte au paragraphe 15(1) en l'espèce. En premier lieu, la partie se plaignant de l'atteinte au paragraphe 15(1) doit faire la preuve de la violation de l'un des quatre droits à l'égalité, savoir le droit à l'égalité devant et dans la loi, et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. En second lieu, il faut prouver que l'atteinte au droit est discriminatoire dans son but ou dans ses effets. Le demandeur soutient, et les défendeurs en conviennent, qu'il suffit de peu pour satisfaire au premier volet du critère: il suffit de prouver qu'il y a eu différence de traitement qui se traduit par le refus d'un bénéfice ouvert aux autres.

Passant à la seconde étape de l'analyse, savoir si la violation de l'un des quatre droits à l'égalité est discriminatoire dans son but ou dans ses effets, le demandeur invoque la conclusion suivante tirée aux pages 174 et 175 de *Andrews, supra*, par le juge McIntyre qui a défini la discrimination comme:

... une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Le demandeur soutient que s'il est établi qu'il y a eu distinction pour l'un des motifs énumérés, en l'occurrence l'âge, il n'est pas nécessaire d'entreprendre une analyse du désavantage ou du stéréotype traditionnel pour conclure que la distinction est discriminatoire. Il cite à cet effet *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.), aux pages 528 et 529; confirmé [1990] 2 C.F. 129 (C.A.): il a été jugé qu'il faut réserver cette analyse aux cas où il y a distinction pour

ations in which distinctions are held to be made on the basis of grounds analogous to those enumerated in subsection 15(1).

Counsel for the plaintiff points out that Mr. Crease has the same ties to Canada as a person born abroad to a Canadian mother after December 31, 1946. Under paragraph 4(a) of the 1947 Act, Mr. Crease would have automatically become a Canadian citizen. The plaintiff submits that he has been denied the equal benefit of the law solely on the basis that he was born to a Canadian mother abroad three years and nine months prior to January 1, 1947. Counsel for the plaintiff also pointed out that prior to 1947 Canadian born British subjects travelled on passports which were identified on the front cover as originating from Canada. The plaintiff contends that Canadian born British subjects had all the rights and obligations of Canadian citizens and the distinction in treatment arises only from the arbitrary choice of 1947 as the cutoff date to define individuals who were previously British subjects as Canadian citizens. This distinction, which the plaintiff characterizes as solely age based, precludes an entire group of individuals from the benefit of citizenship without any consideration that those born abroad to Canadian mothers before 1947 have the same ties and connections to Canada as those born abroad to Canadian mothers after 1947.

In *Benner, supra*, the applicant was born in 1962 in the United States to an American father and a Canadian mother. After the amendments to the Act in 1977, Mr. Benner was entitled to apply for citizenship under paragraph 5(2)(b); however, his application was subject to a review process and particularly section 22 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11] of the Act which precludes the grant of citizenship to individuals who have been convicted of an indictable offence. At the time of his citizenship application, Mr. Benner was serving a sentence in a Canadian prison for manslaughter. Mr. Benner argued that paragraph 5(2)(b) discriminated on the basis of sex because, if his father had been Canadian citizen, he would have been entitled to an automatic grant of citizenship effective from the date of his birth and section 22 would have no application. Both Marceau J.A. and Létourneau J.A. held that the distinction in treatment was not made upon the enumer-

l'un des motifs analogues aux motifs énumérés au paragraphe 15(1).

L'avocat du demandeur souligne que M. Crease a le même lien avec le Canada qu'une personne née à l'étranger de mère canadienne après le 31 décembre 1946. Sous le régime de l'alinéa 4a) de la Loi de 1947, celui-ci serait automatiquement devenu citoyen canadien. Le demandeur soutient qu'il a été privé du même bénéfice de la loi du seul fait qu'il était né d'une mère canadienne à l'étranger, trois ans et neuf mois avant le 1^{er} janvier 1947. Son avocat souligne aussi qu'avant 1947, les sujets britanniques nés au Canada voyageaient à l'étranger avec un passeport dont la couverture indiquait qu'il était délivré au Canada. Le demandeur soutient que les sujets britanniques nés au Canada avaient tous les droits et obligations des citoyens canadiens, et la différence de traitement tenait uniquement au choix de 1947 comme date limite pour ce qui était d'octroyer la qualité de citoyen canadien à des personnes qui étaient auparavant sujets britanniques. Cette distinction, fondée selon le demandeur uniquement sur l'âge, soustrait toute une catégorie d'individus au bénéfice de la citoyenneté, sans avoir égard au fait que les individus nés à l'étranger avant 1947 de mère canadienne ont les mêmes liens avec le Canada que les individus nés à l'étranger de mère canadienne après 1947.

Dans *Benner, supra*, le demandeur était né en 1962 aux États-Unis d'un père américain et d'une mère canadienne. Par suite des modifications apportées à la Loi en 1977, M. Benner avait le droit de demander la citoyenneté en application de l'alinéa 5(2)b); sa demande était cependant soumise à un processus de contrôle, en application notamment de l'article 22 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 11] de la Loi qui interdit d'octroyer la citoyenneté aux individus qui ont été déclarés coupables d'un acte criminel. Au moment de sa demande de citoyenneté, M. Benner purgeait une peine pour homicide involontaire coupable dans une prison canadienne. Il reprochait à l'alinéa 5(2)b) d'être discriminatoire à raison du sexe, par ce motif que si son père avait été canadien, il aurait été lui-même citoyen canadien de naissance et l'article 22 n'aurait pas eu application à son égard. Les juges Marceau et Létourneau de la Cour d'appel ont conclu que la différence de traitement

ated ground of sex. Létourneau J.A. found that this distinction was made upon marital status because under the 1947 Act a child born abroad of an unmarried Canadian mother was entitled to citizenship while the child born abroad of a Canadian mother married to a foreign national could not. Marceau J.A. held that the distinction was drawn on the basis of parental lineage. Both concluded that paragraph 5(2)(b) did not infringe Mr. Benner's rights under subsection 15(1).

The plaintiff submits that *Benner, supra*, is also distinguishable with respect to the discrimination issue. In the case at bar, the distinction which denies Mr. Crease the benefit of citizenship does not depend on his mother's marital status but rather arises from the difference in treatment between those born abroad to Canadian mothers before 1947 and those born abroad to Canadian mothers after 1947 and before January 1, 1977. The latter group is entitled to the benefit of applying for Canadian citizenship, while the former group, of which Mr. Crease is a member, is denied this benefit by the operation of paragraph 5(2)(b). This distinction in treatment is, in the plaintiff's view, based solely upon the enumerated ground of age.

The defendants concede that the first arm of the two-part test is met in this case in that there has been a distinction which has given rise to a denial of one of the four basic equality rights. However, the defendants submit that the differential treatment accorded to the plaintiff is not based on the enumerated ground of age but rather upon several factors, including the plaintiff's status as a foreign national, the date on which the legal concept of Canadian citizenship was created and the statutory regime which was in place at the time of the plaintiff's birth. This distinction arises from the differential treatment of various categories of applicants for citizenship. The defendants submit that none of these distinctions are based upon personal characteristics which are enumerated in subsection 15(1).

The defendants further argue that if the distinctions are based upon personal characteristics which constitute analogous grounds, it is necessary to examine the

n'était pas fondée sur le motif énuméré de discrimination en raison du sexe. Le juge Létourneau, J.C.A., a jugé que la différence de traitement était fondée sur l'état matrimonial puisque sous le régime de la Loi de 1947, l'enfant né à l'étranger d'une mère canadienne non mariée avait droit à la qualité de citoyen, au contraire de l'enfant né à l'étranger d'une mère canadienne mariée à un étranger. Le juge Marceau, J.C.A., a conclu que la distinction tenait à la filiation paternelle. Les deux juges ont conclu que l'alinéa 5(2)(b) ne portait pas atteinte aux droits que M. Benner tenait du paragraphe 15(1).

Le demandeur soutient que l'affaire *Benner, supra*, est également différente de son cas pour ce qui est de la question de la discrimination. En l'espèce, la distinction qui privait M. Crease de la qualité de citoyen n'est pas fondée sur l'état matrimonial de sa mère, mais tient à la différence de traitement entre les personnes nées à l'étranger de mère canadienne avant 1947 et les personnes nées à l'étranger de mère canadienne après 1947 et avant le 1^{er} janvier 1977. Ces dernières sont admissibles à demander la citoyenneté canadienne, alors que le premier groupe, dont fait partie M. Crease, est privé de ce bénéfice par l'effet de l'alinéa 5(2)(b). Selon le demandeur, la différence de traitement tient exclusivement à l'âge, qui est un motif énuméré.

Les défendeurs concèdent que les conditions du premier volet du double critère sont réunies en l'espèce, puisqu'il y a distinction donnant lieu à la privation de l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité. Ils soutiennent cependant que le traitement différent réservé au demandeur n'est pas fondé sur le motif énuméré de l'âge, mais sur plusieurs facteurs, dont son statut d'étranger, la date à laquelle le concept de citoyenneté canadienne a vu le jour et le régime juridique en place au moment de sa naissance. Cette distinction tient à la différence de traitement entre diverses catégories de demandeurs de citoyenneté. Les défendeurs affirment qu'aucune de ces distinctions n'est fondée sur les caractéristiques personnelles qu'énumère le paragraphe 15(1).

Ils soutiennent encore que si les distinctions sont fondées sur des caractéristiques personnelles qui constituent des motifs analogues, il est nécessaire

larger social and political context in order to determine whether the distinction is truly discriminatory; *R. v. Turpin*, *supra*, at pages 1331-1332:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. . . .

Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

Counsel for the defendants contend that the distinctions made in paragraph 5(2)(b) create a disparate group of individuals born prior to 1947. There is no defining characteristic which draws them together and identifies them as a historically disadvantaged group. Therefore, having established no distinction based on either enumerated or analogous grounds, the defendants submit that paragraph 5(2)(b) does not infringe subsection 15(1) of the Charter.

The Court recognizes that a distinction in treatment has been made with respect to Mr. Crease as he is denied the equal benefit of applying for citizenship under paragraph 5(2)(b) of the Act, but not every distinction in the law can be considered discriminatory; *Andrews*, *supra*, at page 168. Rather, subsection 15(1) is intended to promote the ideal that “a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another”: *Andrews*, *supra*, at page 165. The Supreme Court of Canada has provided some guidance in determining when distinctions are in fact discriminatory. Lamer C.J. in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933 reframed the two-part test first set out in *Andrews*, *supra*. This approach was recently followed by the majority in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695. In *Swain*, *supra*, Lamer C.J. stated, at page 992:

d’examiner le contexte social et politique pour s’assurer qu’elles sont vraiment discriminatoires; voir *R. c. Turpin*, *supra*, aux pages 1331 et 1332:

^a Pour déterminer s’il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, il importe non seulement d’examiner la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l’égalité, mais aussi d’examiner l’ensemble des contextes social, politique et juridique . . .

^b En conséquence, ce n’est qu’en examinant le contexte général qu’une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l’identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d’une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

^c L’avocate des défendeurs soutient que les distinctions prévues à l’alinéa 5(2)b) créent une catégorie disparate d’individus nés avant 1947. Aucune caractéristique déterminante ne les marque ni ne les identifie en tant que groupe traditionnellement défavorisé. Démontrant ainsi qu’il n’y a en l’espèce aucune distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues, les défendeurs affirment que l’alinéa 5(2)b) ne va pas à l’encontre du paragraphe 15(1) de la Charte.

^d La Cour prend acte qu’il y a eu traitement différent réservé à M. Crease puisqu’il est privé du même bénéfice de la loi, savoir l’admissibilité à demander la citoyenneté sous le régime de l’alinéa 5(2)b), mais on ne saurait considérer comme discriminatoires toutes les distinctions prévues par la loi; voir *Andrews*, *supra*, à la page 168. Au contraire, le paragraphe 15(1) vise à promouvoir cet idéal selon lequel «une loi destinée à s’appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l’un que sur l’autre»: *Andrews*, *supra*, à la page 165. La Cour suprême du Canada a donné des indications sur la question de savoir dans quels cas une distinction est en fait discriminatoire. Dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge en chef Lamer a reformulé le double critère défini pour la première fois dans *Andrews*, *supra*. Cette approche a été récemment suivie par la majorité des juges dans *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695. Dans *Swain*, *supra*, le juge en chef Lamer a tiré la conclusion suivante, à la page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed on others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been violated the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Having found that there is a denial of one of the four equality rights, which can be described as the right to apply for citizenship under paragraph 5(2)(b), I will now deal with the plaintiff's submission that this distinction in treatment is based solely on the enumerated ground of age.

Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 discussed the significance of the enumerated grounds in subsection 15(1) and clarified the approach which should be taken. The case specifically dealt with the enumerated ground of age in the context of mandatory retirement, at pages 392-393:

The grounds enumerated in s. 15 represent some blatant examples of discrimination which society has at last come to recognize as such. Their common characteristic is political, social and legal disadvantage and vulnerability. The listing of sex, age and race, for example, is not meant to suggest that any distinction drawn on these grounds is *per se* discriminatory. Their enumeration is intended rather to assist in the recognition of prejudice when it exists. At the same time, however, once a distinction on one of the enumerated grounds has been drawn, one would be hard pressed to show that the distinction was not in fact discriminatory.

It follows in my opinion, that the mere fact that the distinction drawn in this case has been drawn on the basis of age does not automatically lead to some kind of irrefutable presumption of prejudice. Rather it compels one to ask the question: is there prejudice? Is the mandatory retirement policy a reflection of the stereotype of old age? Is there an element of human dignity at issue? Are academics being required to retire at age 65 on

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Ayant conclu en l'espèce qu'il y a eu privation de l'un des quatre droits à l'égalité, savoir le droit de demander la citoyenneté sous le régime de l'alinéa 5(2)(b), j'en viens maintenant à l'argument du demandeur selon lequel cette différence de traitement tient exclusivement au motif énuméré de l'âge.

Dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge Wilson analyse la signification des motifs énumérés au paragraphe 15(1) et explique l'approche qu'il faut adopter en la matière. Cette affaire portait expressément sur le motif énuméré de l'âge, dans le contexte de la retraite obligatoire, et on peut lire aux pages 392 et 393:

Les motifs énumérés à l'art. 15 sont des exemples flagrants de discrimination que la société a enfin reconnus comme tels. Leur caractéristique commune est le désavantage et la vulnérabilité sur les plans politique, social et juridique. L'énumération du sexe, de l'âge et de la race, par exemple, ne veut pas dire que toute distinction fondée sur ces motifs est en soi discriminatoire. Leur énumération a plutôt pour but de nous aider à reconnaître le préjugé lorsqu'il existe. Cependant, en même temps, une fois que l'on a établi l'existence d'une distinction fondée sur l'un des motifs énumérés, il serait très difficile d'établir que la distinction n'est pas en fait discriminatoire.

À mon avis, il s'ensuit que le simple fait qu'en l'espèce la distinction soit fondée sur l'âge ne donne pas automatiquement lieu à une quelconque présomption irréfutable de préjugé. Cette distinction nous force plutôt à nous poser la question suivante: Y a-t-il préjugé? La politique de retraite obligatoire reflète-t-elle le stéréotype de la vieillesse? Un élément de dignité humaine est-il en cause? Les professeurs sont-ils tenus

the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity? I think the answer to these questions is clearly yes and that s. 15 is accordingly infringed.

One cannot deny that the plaintiff would have been able to apply for citizenship under paragraph 5(2)(b) had he been born three years and nine months later. However, does this signify that the differential treatment afforded to the plaintiff is based upon age? In determining whether the plaintiff falls within the scope of paragraph 5(2)(b) of the Act it is of absolutely no consequence how old the plaintiff was in 1947 when the Act was passed. If he was 3, 13, or 23 years old in 1947, he would still be denied the opportunity of applying for citizenship under paragraph 5(2)(b). The distinction is made between two broad groups of people, those born before January 1, 1947, and those born after this date. It is this distinction which must be examined to determine if it is drawn upon the basis of age within the meaning of subsection 15(1).

To compare the case at bar to the mandatory retirement situation in *McKinney*, *supra*, one cannot say that the distinction made with respect to Mr. Crease is based on the assumption that persons of a particular age are in some sense unable to receive a particular benefit. Rather a distinction is drawn between two categories of people, where the members of each category represent people of different ages. In other words, neither category is defined by a particular age which is relevant to the differential treatment they have received.

Legislation may attach particular legal rights associated with the attainment of a specific age. For example, the right to consume alcohol in a public place, to drive a motor vehicle or to vote in public elections. A condition precedent to participation in these activities is, among other things, a specific age. In this case, while Mr. Crease is unable to apply because he was born before 1947, he is not being denied citizenship because he was a particular age in 1947. Being born before a certain date is not the same as a distinction dependent upon being a particular age at a certain date.

de prendre leur retraite à 65 ans pour la raison non fondée qu'il y a diminution de la compétence et des capacités intellectuelles avec l'âge? Je pense que la réponse à ces questions est clairement affirmative et que l'art. 15 est par conséquent violé.

^a Il est indiscutable que le demandeur eût été admissible à demander la citoyenneté sous le régime de l'alinéa 5(2)b) s'il était né trois ans et neuf mois plus tard. Cependant, cela signifie-t-il que le traitement différent qu'il recevait est fondé sur l'âge? Pour savoir s'il tombe dans le champ d'application de l'alinéa 5(2)b) de la Loi, l'âge qu'avait le demandeur au moment de l'adoption de la Loi en 1947 n'a absolument aucune espèce d'importance. Qu'il eût 3 ans, 13 ans ou 23 ans cette année-là, il serait toujours inadmissible à demander la citoyenneté sous le régime de l'alinéa 5(2)b). La distinction se fait entre deux catégories générales de personnes, celles qui sont nées avant le 1^{er} janvier 1947 et celles qui sont nées après cette date. C'est cette distinction qu'il faut examiner pour savoir si elle est fondée sur l'âge au sens du paragraphe 15(1).

^e Comparant l'affaire en instance et la question de la retraite obligatoire examinée dans *McKinney*, *supra*, on ne peut dire que la distinction faite à l'égard de M. Crease soit fondée sur la présomption que les personnes de ce groupe d'âge sont dans un certain sens incapables de recevoir tel ou tel bénéfice. Au contraire, il y a distinction entre deux catégories de personnes, dont l'âge n'est pas le même à l'intérieur de chaque catégorie. Autrement dit, ni l'une ni l'autre catégorie n'est définie par un âge particulier qui serait à l'origine de la différence de traitement entre les deux.

^h La loi peut subordonner la jouissance de certains droits à une condition d'âge. Par exemple, le droit de consommer des boissons alcooliques dans un lieu public, de conduire un véhicule à moteur ou de voter dans les élections publiques. Une condition nécessaire de la jouissance de ces droits est, entre autres, un âge spécifique. En l'espèce, M. Crease n'est certes pas admissible à demander la citoyenneté parce qu'il est né avant 1947, mais il ne s'est pas vu refuser la citoyenneté parce qu'il avait un certain âge en 1947. Être né avant une certaine date n'est pas la même chose qu'une distinction fondée sur un certain âge à une certaine date.

In comparing those born before January 1947 and those born after, the best that can be said is that one group will be older than the other. The plaintiff, and all those who belong to the group born before 1947, are being denied the opportunity to apply under paragraph 5(2)(b) because their mothers were not Canadian citizens when they were born. Their ages have little to do with the determination that they fall outside the scope of paragraph 5(2)(b). Therefore, the distinction in my view, is not based upon the enumerated ground of age. In my view, the differential treatment accorded to Mr. Crease is based upon other considerations; particularly the status of his mother when he was born.

The defendants contend that the differential treatment of Mr. Crease results from the fact that Parliament chose in 1947 to legislate Canadian citizenship. Prior to this, all those born in Canada were British subjects. These individuals became Canadian citizens automatically by virtue of the 1947 Act. However, those born abroad to Canadian parents warranted different consideration. It was argued that the members of this class of individuals were born on foreign soil and were likely subject to the citizenship laws in that country. This would have been a key consideration in determining the treatment of individuals like Mr. Crease when the Act was passed in 1947.

There was virtually no evidence before the Court with respect to the policy underlying the passage of the Act in 1947. Therefore, the Court is unable to determine the purpose, intent or underlying objectives of Parliament in 1947 in treating differently those born to Canadian mothers abroad before this time; a policy decision which is still reflected in paragraph 5(2)(b) of the Act. The comments of Létourneau J.A. in *Benner*, *supra*, are, however, of some assistance in highlighting the international concerns and implications which were considered by Parliament in amending the Act in 1977 to allow those individuals born to Canadian mothers abroad between January 1, 1947 and January 1, 1977 to apply for citizenship. Létourneau J.A. states, at page 294:

En comparant les personnes nées avant et après janvier 1947, tout ce qu'on peut dire, c'est qu'un groupe sera plus âgé que l'autre. Le demandeur, et tous ceux appartenant au groupe de personnes nées avant 1947, sont inadmissibles à demander la citoyenneté sous le régime de l'alinéa 5(2)b) parce que leur mère n'avait pas qualité de citoyen à ce moment-là. Leur âge n'a pratiquement rien à voir avec la décision de les exclure du champ d'application de l'alinéa 5(2)b). La distinction n'est donc pas, à mon avis, fondée sur le motif énuméré de l'âge. J'estime que le traitement différent réservé à M. Crease est fondé sur d'autres considérations, en particulier sur le statut de sa mère au moment de sa naissance.

Les défendeurs affirment que le traitement différent réservé à M. Crease vient de ce que le législateur a choisi en 1947 de légiférer en matière de citoyenneté canadienne. Auparavant, toutes les personnes nées au Canada étaient sujets britanniques. Elles sont devenues citoyens canadiens de plein droit par l'effet de la Loi de 1947. Cependant, ceux qui étaient nés à l'étranger de parents canadiens mettaient en jeu une autre considération, savoir qu'ils étaient probablement soumis à la législation de leur pays de naissance en matière de nationalité. Ce doit être là le facteur déterminant du traitement réservé aux personnes comme M. Crease au moment de l'adoption de la Loi en 1947.

Il n'y a pratiquement aucune preuve produite devant la Cour au sujet de la politique fondamentale qui présidait à l'adoption de la Loi en 1947. La Cour n'est donc pas en mesure de déterminer le but visé par le législateur en 1947 lorsqu'il décida de réserver un traitement différent aux personnes nées de mère canadienne avant cette date à l'étranger, but que poursuit toujours l'alinéa 5(2)b) de la Loi. Cependant, l'observation faite par le juge Létourneau, J.C.A., dans *Benner*, *supra*, éclaire dans une certaine mesure la question en faisant ressortir les considérations et répercussions d'ordre international que le législateur avait à l'esprit lorsqu'il modifia la Loi en 1977 pour étendre le droit de demander la citoyenneté aux personnes nées à l'étranger de mère canadienne, entre le 1^{er} janvier 1947 et le 1^{er} janvier 1977. Voici ce qu'on peut lire, à la page 294 de sa décision:

Parliament was very much aware of the second option which involved retroactively conferring and imposing Canadian citizenship on foreign nationals. This would have eliminated the distinction created in 1947 between the children born to a married Canadian mother and those born to a Canadian father whose Canadian citizenship was legally maintained by paragraph 3(1)(e) of the 1977 Act. However, Parliament was sensitive to the national and international as well as individual implications that a retroactive legislation could have. For instance, one could lose his foreign nationality if his country of origin did not allow its nationals to have a double nationality. One could avoid compulsory military service. In other words, one could be relieved of duties imposed by his country of origin or could become, by virtue of a new nationality imposed upon him, subject to all kinds of obligations that he does not necessarily want.

The denial of an entitlement to citizenship, or the right to apply for citizenship under paragraph 5(2)(b), arises from the regime applicable in Canada which determined that the plaintiff's mother was a British subject in 1943 when the plaintiff was born. The fact that Mr. Crease would have been entitled to apply for citizenship under paragraph 5(2)(b) had he been born three years and nine months later does not in itself give rise to discrimination based on age. This distinction is an unavoidable consequence of the fact that the concept of Canadian citizenship did not exist in 1943 and that Parliament decided in 1947 to enact the first Citizenship Act. This distinction must be examined in the context of the considerations outlined by Létourneau J.A., in *Benner, supra*. I conclude, therefore, that on the facts before the Court, the plaintiff's rights under subsection 15(1) of the Charter have not been infringed or denied.

a Le législateur était bien conscient de la deuxième option qui consistait à attribuer et à imposer rétroactivement la citoyenneté canadienne à des étrangers. Cette mesure aurait éliminé la distinction créée en 1947 entre l'enfant né du mariage de sa mère canadienne et l'enfant né d'un père canadien, dont la citoyenneté canadienne était légalement maintenue par l'alinéa 3(1)e) de la Loi de 1977. Le législateur avait cependant conscience des répercussions nationales et internationales aussi bien que personnelles pour l'intéressé, que pourrait avoir une loi rétroactive. Par exemple, l'intéressé pourrait perdre sa nationalité étrangère si son pays d'origine n'autorisait pas la double nationalité. Ou il pourrait se soustraire au service militaire obligatoire. En d'autres termes, l'intéressé pourrait se libérer de toutes les obligations imposées par son pays d'origine ou pourrait se voir imposer, par suite de la nouvelle nationalité qu'on lui impose, toutes sortes d'obligations dont il ne voudrait pas nécessairement.

c Le refus de reconnaître le droit à la citoyenneté, ou le droit de demander la citoyenneté sous le régime de l'alinéa 5(2)b), s'explique par le régime applicable au Canada, selon lequel la mère du demandeur était sujet britannique à la naissance de celui-ci. Le fait que M. Crease eût été admissible à demander la citoyenneté en application de l'alinéa 5(2)b) s'il était né trois ans et neuf mois plus tard, ne vaut pas en soi discrimination à raison de l'âge. Cette distinction est une conséquence inéluctable du fait que le concept de citoyenneté canadienne n'existait pas en 1943 et que le législateur a décidé en 1947 d'adopter la première Loi sur la citoyenneté. Elle doit être examinée à la lumière des considérations évoquées par le juge Létourneau, J.C.A., dans *Benner, supra*. Je conclus par conséquent qu'à la lumière des faits de la cause, les droits que le demandeur tient du paragraphe 15(1) de la Charte n'ont été ni enfreints ni déniés.

A-443-93

A-443-93

Jose Adan Equizabal (*Appellant*)Jose Adan Equizabal (*appellant*)

v.

c.

Minister of Employment and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration
(*intimé*)

INDEXED AS: EQUIZABAL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: EQUIZABAL c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and Décary J.J.A.—
Vancouver, May 11; Ottawa, May 26, 1994.

Cour d'appel, juges Heald, Stone et Décary, J.C.A.—
Vancouver, 11 mai; Ottawa, 26 mai 1994.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Crimes against humanity — Appellant deserted from Guatemalan army after participating in torture of civilians — S.C.C. decision in Finta applied re: definition of crimes against humanity and defence of obedience to orders of superior based on compulsion — Consequences of desertion — Failure to desert at earliest opportunity.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugié au sens de la Convention — Crimes contre l'humanité — L'appelant a déserté de l'armée guatémaltèque après avoir participé à des actes de torture contre des civils — Applicabilité de l'arrêt Finta de la Cour suprême du Canada à la définition des crimes contre l'humanité et au moyen de défense de la contrainte tenant à l'obéissance aux ordres — Conséquences de la désertion — Défaut de désertion le plus tôt possible.

The appellant, a citizen of Guatemala, was forcibly recruited by the Guatemalan army and trained in the use of weapons and in techniques of torture. He took part in four military missions, the purpose of which was to interrogate and torture peasant farmers "to get the truth out of them." On the first two, he actively participated in torture. When he told his superior that what was being done to the people was a sin and that he was not going on the next mission, he was beaten and forced to drink a mixture which made him sick. He took part in two other missions in which his company tortured and murdered civilians. He then deserted and came to Canada where he claimed refugee status. The penalty for desertion was 12 months in prison but the appellant said he knew of deserters who were caught and never heard from again.

L'appelant, citoyen du Guatemala, avait été enrôlé de force dans l'armée guatémaltèque où il apprit le maniement des armes et les techniques de torture. Il prit part à quatre opérations militaires visant à interroger et à torturer des paysans «afin de leur faire dire la vérité». Au cours des deux premières opérations, il participa activement aux actes de torture. Lorsqu'il dit à son supérieur que ce qu'ils faisaient aux gens était un péché, il a été battu et forcé de boire un mélange qui l'a rendu malade. Il a pris part à deux autres opérations au cours desquelles sa compagnie a torturé et tué des civils. C'est alors qu'il a déserté et qu'il est parti pour le Canada où il revendiqua le statut de réfugié. La peine applicable à la désertion était un emprisonnement de 12 mois mais l'appelant connaissait des déserteurs qui avaient été repris et qui étaient disparus sans laisser de traces.

The Refugee Division found that the appellant did not leave the army at the earliest possible date and that his presence at and participation in the incidents of torture clearly constituted complicity in the commission of crimes against humanity. It therefore determined that the appellant fell within Article 1F of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and that he was thereby excluded from the definition of Convention refugee. His application for judicial review was dismissed but the Trial Judge certified two serious questions of general importance: 1. Did the Refugee Division err in law by finding that the exclusion clause, Article 1F, applied to the appellant? 2. If so, did the Refugee Division err in law in finding that the appellant would be subject to a law of general application in respect of sanctions for desertion from the army and therefore was not a Convention refugee?

La section du statut a conclu que l'appelant n'a pas déserté le plus tôt possible et que sa présence et sa participation aux actes de torture valaient indiscutablement complicité dans la commission de crimes contre l'humanité. Elle en a décidé que le demandeur tombait sous le coup de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* et était, de ce fait, exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention. Son recours en contrôle judiciaire a été rejeté mais le juge de première instance a certifié que l'affaire soulevait deux questions graves de portée générale: 1. La section du statut a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'appelant tombait sous le coup de la clause d'exclusion, savoir la section F de l'article premier? 2. Dans l'affirmative, la section du statut a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'appelant serait passible de sanctions de droit commun pour désertion et que, de ce fait, il n'était pas un réfugié au sens de la Convention?

Held, the first question should be answered in the negative and the second need not be answered.

Arrêt: il faut répondre par la négative à la première question et il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde.

The appellant could not rely on the defence of obedience to the orders of a superior based on compulsion. In the case of *R. v. Finta*, it was established that that defence was limited to "imminent, real, and inevitable" threats to the subordinate's life. The *Finta* decision was distinguishable because it involved a prosecution under the *Criminal Code* requiring proof beyond a reasonable doubt whereas this appeal concerned a hearing under the *Immigration Act* in which the standard of proof was a "serious reason for considering" that the appellant had committed one of the offences enumerated in Article 1F. Nevertheless, *Finta* was relevant herein with respect to the nature of crimes against humanity and with respect to the defence of obedience to the orders of a superior based on compulsion. Based on the definition in *Finta*, it was clear that the appellant, who had committed acts of "barbarous cruelty," was guilty of crimes against humanity. Since the orders in issue were manifestly unlawful and since there was no "imminent, real, and inevitable threat" to the appellant's life, the defence of obedience to the orders of a superior was not available to him. Moreover, the appellant could have deserted sooner than he did. On one occasion, when given two days' leave, he spent the time strolling around town with his fellow soldiers "looking at the young girls" rather than taking this opportunity for desertion.

L'appelant ne saurait invoquer la contrainte tenant à l'obéissance aux ordres. Dans l'arrêt *R. c. Finta*, la Cour suprême du Canada a posé pour règle que le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur du fait d'une contrainte se limite aux menaces «imminentes, réelles et inévitables» qui pèsent sur la vie du subalterne. La cause *Finta* est différente de l'affaire en instance, du fait que dans la première, il y avait poursuite au criminel soumise à la norme de la preuve sans l'ombre d'un doute raisonnable, alors que cet appel porte sur une décision rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, où la norme de preuve est définie par «des raisons sérieuses de penser» que l'appelant a commis l'un des crimes visés à la section F de l'article premier. La décision *Finta* s'applique cependant en l'espèce pour ce qui est de la définition des crimes contre l'humanité et du moyen de défense de la contrainte tenant à l'obéissance aux ordres. À la lumière de la définition donnée par l'arrêt *Finta*, il est clair que l'appelant, qui a commis des actes de «cruauté barbare», était coupable de crimes contre l'humanité. Puisque les ordres en question étaient manifestement illégaux et qu'aucune «menace imminente, réelle et inévitable» ne pesait sur la vie de l'appelant, celui-ci ne pouvait invoquer l'obéissance aux ordres d'un supérieur. Qui plus est, il aurait pu désertier plus tôt qu'il ne l'a fait. Une fois, il avait deux jours de permission, mais au lieu d'en profiter pour désertier, il s'est promené dans la ville en compagnie de camarades pour «regarder les jeunes filles».

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, Sch. (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34).

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

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; (1994), 165 N.R. 1 (as to the nature of crimes against humanity and as to the defence of obedience to the orders of a superior based on compulsion).

DISTINGUISHED:

R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701; (1994), 165 N.R. 1 (as to the burden of proof).

AUTHORS CITED

Bakker, Jeanne L. "The Defense of Obedience to Superior Orders: The *Mens Rea* Requirement" (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55.

Green, Leslie Claude. "Superior Orders and Command Responsibility" (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.

APPEAL brought pursuant to the certification of the following questions (92-A-7342, Joyal J., order

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, ann. (éditée par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 34).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; (1994), 165 N.R. 1 (pour ce qui est de la nature des crimes contre l'humanité et du moyen de défense de la contrainte tenant à l'obéissance aux ordres).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701; (1994), 165 N.R. 1 (pour ce qui est de la norme de preuve).

DOCTRINE

Bakker, Jeanne L. «The Defense of Obedience to Superior Orders: The *Mens Rea* Requirement» (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55.

Green, Leslie Claude. «Superior Orders and Command Responsibility» (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.

APPEL interjeté par voie de certification des questions suivantes (92-A-7342, juge Joyal, ordonnance

dated 28/7/93, not yet reported): 1. Did the Refugee Division err in law by finding that the exclusion clause in Article 1F of the U.N. Convention on the Status of Refugees applied to the appellant? 2. If so, did the Refugee Division err in law in finding that the appellant would be subject to a law of general application in respect of sanctions for desertion from the army and therefore was not a Convention refugee? Question No. 1 was answered in the negative and question No. 2., therefore, did not need to be answered.

COUNSEL:

Larry A. Gold for the appellant.
Deirdre A. Rice for the respondent.

SOLICITORS:

Larry A. Gold, Vancouver, for the appellant.
Deputy Attorney General of Canada for the respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: The appellant is a 23-year-old citizen of Guatemala who entered Canada in 1991. The Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board determined that the appellant is not a Convention refugee and concluded further that he is a person who falls within Article 1F of the Convention and is, therefore, excluded from the definition of Convention refugee.¹ Their specific finding was that he committed crimes against humanity by torturing civilians.

¹ Article 1F of the Schedule to the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2, Sch. (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34)], adopted from the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], provides:

F. The provision of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

(Continued on next page)

en date du 28/7/93, encore inédite): 1. La section du statut a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'appelant tombait sous le coup de la clause d'exclusion, savoir l'article 1F? 2. Dans l'affirmative, la section du statut a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'appelant serait passible de sanctions de droit commun pour désertion et que, de ce fait, il n'était pas un réfugié au sens de la Convention? Répondu par la négative à la question n° 1, il n'est donc pas nécessaire de répondre à la question n° 2.

AVOCATS:

Larry A. Gold pour l'appellant.
Deirdre A. Rice pour l'intimé.

PROCUREURS:

Larry A. Gold, Vancouver, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: L'appelant, qui a 23 ans et est citoyen du Guatemala, est arrivé au Canada en 1991. La section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention et qu'au surplus, il tombait sous le coup de la section F de l'article premier de la Convention et, de ce fait, était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention¹. Sa conclusion spécifique en la matière était que l'appelant avait commis des crimes contre l'humanité en torturant des civils.

¹ L'article 1F de l'annexe de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2, ann. (éditée par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 34)], tiré de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], porte:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

(Suite à la page suivante)

The appellant sought and obtained leave to apply for judicial review of that decision. His application for judicial review was dismissed by Joyal J. [92-A-7342, order dated 28/7/93, not reported]. Mr. Justice Joyal decided, nevertheless, to certify a serious question of general importance which he stated as follows:

1. Did the Refugee Division err in law by finding that the exclusion clause, Article 1F, applies to the appellant?
2. If so, did the Refugee Division err in law in finding that the appellant would be subject to a law of general application in respect of sanctions for desertion from the army and therefore is not a Convention Refugee?

This appeal is brought pursuant to that certification.

THE FACTS

The appellant is a citizen of Guatemala with only six years of formal education. He worked with his father on the family farm which was located near the El Salvador border. On November 28, 1990, he and a friend were forcibly recruited by the Guatemalan military. He received military training in the use of weapons and in techniques of torture. He was assigned to a company of 60 men and ordered to go to the Guija area for four days in February of 1991. They were given two days leave and were then dispatched to interrogate and torture peasant farmers "to get the truth out of them." The appellant fears the consequences of deserting the Guatemalan military. He testified that he deserted because he was required to commit atrocities against civilians. He described four military missions in which he was involved:

- (a) The first incident occurred on February 6, 1991. The appellant went to a farm as part of a group of 15 soldiers. Their lieutenant questioned a lady at the farm concerning the guerillas. She denied any knowledge of guerillas whereupon the lieutenant

(Continued from previous page)

- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

Le recours en contrôle judiciaire exercé par l'appellant contre cette décision a été rejeté par le juge Joyal [92-A-7342, ordonnance en date du 28-7-93, inédite], qui a cependant certifié que l'affaire présentait une question grave de portée générale, qu'il a formulée en ces termes:

- [TRADUCTION] 1. La section du statut a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'appellant tombait sous le coup de la clause d'exclusion, savoir l'article 1F?
2. Dans l'affirmative, la section du statut a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'appellant serait passible de sanctions de droit commun pour désertion et que, de ce fait, il n'était pas un réfugié au sens de la Convention?

Cet appel est fondé sur l'attestation ci-dessus.

LES FAITS DE LA CAUSE

L'appellant, qui est citoyen du Guatemala, n'a eu que six années de scolarité. Il travaillait avec son père dans l'exploitation agricole familiale près de la frontière du Salvador. Le 28 novembre 1990, il fut, en même temps qu'un ami, enrôlé de force dans l'armée guatémalteque. Durant son entraînement militaire, on lui apprenait le maniement des armes et les techniques de torture. Il fut affecté à une compagnie de 60 hommes, qui reçut l'ordre de gagner la région de Guija et d'y rester quatre jours en février 1991. Les hommes eurent deux jours de permission puis se virent confier la tâche d'interroger et de torturer des paysans afin de «leur faire dire la vérité». L'appellant redoute les conséquences de sa désertion. Selon son témoignage, il a déserté parce qu'il avait été forcé de commettre des atrocités contre des civils. Voici sa relation de quatre opérations militaires auxquelles il a participé:

- a) Le premier incident eut lieu le 6 février 1991. L'appellant faisait partie d'un groupe de 15 soldats qui se rendit dans une ferme, où leur lieutenant interrogea une femme au sujet des guérilleros. Celle-ci ayant dit qu'elle ne savait rien à leur sujet, le lieute-

(Suite de la page précédente)

- b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;
- c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

ordered the appellant and two other soldiers to beat her and "to get the truth out of her." The appellant said that he and two other soldiers beat her, her two children (aged 18 and 20 years) and her husband. They also tortured them by sticking their heads in water-filled containers and pricking their fingers and tongues with thorns. This incident occurred over a three-hour period.

(b) The second incident occurred on February 7, 1991. Once again the appellant and other soldiers were sent to another farm. Again torture and beatings occurred. He said that he did not do everything he did on the first occasion but admitted to beating a young man under orders to do so. The appellant also told the Refugee Division that, before the second incident, he had decided to never again become involved in such events.

(c) The appellant was ordered to go on a third mission on February 10, 1991. Before this mission, and probably on or about February 9, 1991, he told the lieutenant that what was being done to the people was not right and was a sin. The lieutenant told him that this was none of his business and that he "had to do it whether [he] wanted to or not." The appellant then advised the lieutenant that he was not going on the next mission. Consequently, the lieutenant told two other soldiers that they could do whatever they wished with the appellant. The appellant was then punched, kicked and forced to drink a mixture of water, salt and oil. As a result of this treatment the appellant became ill.

On the third mission, the appellant was required to stand guard while people were being tortured by other soldiers. He could hear their screams. The army commander ordered the soldiers to burn their homes.

(d) The fourth mission involving the appellant took place on March 10, 1991. He was one of a group of nine soldiers that visited another farm. The appellant and three other soldiers were searching the house when they heard two shots. When he came out of the house he discovered that a woman and her 16-year old son had been shot and killed. The appellant felt he could no longer tolerate the situation. He believed that he would be killed if he disobeyed orders so he

nant a ordonné à l'appellant et à deux autres soldats de la battre pour «lui faire dire la vérité». L'appellant fait savoir que lui-même et deux autres soldats battirent la femme, ses deux enfants (âgés respectivement de 18 et de 20 ans) et son mari. Ils les ont aussi torturés en plongeant leur tête dans des récipients remplis d'eau et en piquant leurs doigts et leur langue avec des épines. Cet incident a duré trois heures.

b) Le deuxième incident eut lieu le 7 février 1991. Cette fois encore, l'appellant et deux autres soldats furent envoyés dans une ferme, où il y eut encore des coups et des actes de torture. L'appellant fait savoir qu'à cette occasion, il ne faisait pas tout ce qu'il avait fait la première fois, mais avoue avoir battu un jeune homme parce qu'il en avait reçu l'ordre. L'appellant a encore dit à la section du statut qu'avant ce deuxième incident, il avait décidé de ne plus jamais participer à ce genre d'activités.

c) L'appellant reçut l'ordre de prendre part à une troisième descente le 10 février 1991. Avant que celle-ci n'eût lieu, donc probablement vers le 9 février 1991, il dit au lieutenant que ce qu'ils faisaient aux gens était mauvais et était un péché. Le lieutenant lui a dit de se mêler de ses propres affaires et qu'«il devait le faire qu'il le veuille ou non». L'appellant a répondu au lieutenant qu'il ne participerait pas à la troisième descente. C'est alors que celui-ci a dit à deux autres soldats qu'ils pouvaient faire ce qu'ils voulaient avec l'appellant, qui fut roué de coups de poing et de pied et forcé à boire un mélange d'eau, de sel et d'huile, ce qui l'a rendu malade.

Au cours de cette troisième descente, l'appellant reçut l'ordre de monter la garde pendant que les autres soldats torturaient les gens, dont il pouvait entendre les hurlements. L'officier commandant leur a ordonné de mettre le feu aux maisons de ces gens.

d) Au cours de la quatrième mission qui eut lieu le 10 mars 1991, l'appellant faisait partie d'un groupe de neuf soldats qui fit une descente dans une autre ferme. Lui-même et deux autres soldats étaient en train de fouiller la maison quand ils entendirent deux coups de feu. En sortant de la maison, il vit qu'une femme et son fils, qui avait 16 ans, avaient été abattus. Il sentit qu'il ne pouvait plus accepter ce qui se passait. Il était convaincu qu'il serait tué s'il désobéissait.

and another soldier deserted the Guatemalan military on March 16, 1991, whilst on short-term leave. They walked to the capital and eventually returned to their home village. They spent a few days in El Salvador, returning home at night. On May 7, 1991, the appellant's friend was shot and killed by the military at his home. On May 8, 1991, the appellant fled to El Salvador. The appellant arrived at the Canadian border on June 8, 1991 and made his refugee claim on that date.

In training he was told that the penalty for desertion was 12 months in prison. However, he knows of three other deserters who were caught and never heard from again. He fears that he will be killed by the military for deserting and for the further reason that he possesses information relating to his lieutenant's actions in torturing certain individuals which information he could relate to the surviving relatives of those persons.

THE DECISION OF THE REFUGEE DIVISION

After a comprehensive review of the evidence given by the appellant, the Division drew certain inferences from that evidence. (Appeal Book, at page 12):

In my opinion, the claimant did not leave the Guatemalan military at the earliest possible date. He testified that after the first mission involving torture he decided that he would not participate in such activity again. Yet, despite this resolve, he took part in three further incidents. He had received permission to leave the military camp on two earlier occasions but never sought to escape at those times. His explanation that he thought about leaving but did not know his way around the area is not credible. I do not find it credible that the claimant could not have escaped from the military much sooner than he did.

At page 14, the Division concluded:

... the claimant did not seek to escape from the military until after being involved in four missions where torture was either perpetrated by the claimant or by his colleagues with the claimant's knowledge. He described in testimony the training he received in torture methods. He was aware after the first torture mission on 6 February 1991 that he did not want to participate in any further missions of that nature. The claimant did not desert the military until 16 March 1991. This delay leads me to conclude that the claimant continued to participate in atrocious acts against civilians even though he had an alternative course of action open to him.

I accept the fact that the claimant had no choice the first time he was ordered to torture civilians. I cannot accept that he did so again the following day and then accompanied and

béissait aux ordres, c'est pourquoi, profitant d'une permission de courte durée, lui-même et un autre soldat ont déserté le 16 mars 1991. Ils se rendirent à pied jusqu'à la capitale puis regagnèrent leur village natal. Ils passèrent quelques jours au Salvador, retournant chez eux la nuit. Le 7 mai 1991, l'ami de l'appellant fut abattu chez lui par les militaires. Le 8 mai 1991, l'appellant s'enfuit au Salvador. Il arriva à la frontière canadienne le 8 juin 1991, date à laquelle il revendiqua le statut de réfugié.

Au cours de son entraînement militaire, on lui avait appris que la peine prévue pour la désertion était un emprisonnement de 12 mois. Il connaît cependant le cas de trois autres déserteurs qui ont été repris et qui ont disparu sans laisser de traces. Il craint d'être tué par l'armée pour avoir déserté, et aussi parce qu'il avait des informations sur les actes de torture commis par son lieutenant sur certains individus et qu'il pourrait rapporter aux parents des victimes.

LA DÉCISION DE LA SECTION DU STATUT

Après un examen minutieux du témoignage de l'appellant, la section du statut en a tiré les conclusions suivantes. (Dossier d'appel, à la page 12):

[TRADUCTION] À mon avis, le demandeur n'a pas déserté le plus tôt possible. Il témoigne qu'après la première mission au cours de laquelle des gens avaient été torturés, il a décidé de ne plus participer à ce genre d'activités. Pourtant, malgré cette résolution, il a pris part à trois autres incidents. Il avait eu deux permissions mais n'en a pas profité pour s'enfuir. Son explication, savoir qu'il songeait à désertier mais ne connaissait pas la région, n'est pas digne de foi. Je n'ajoute pas foi à son assertion qu'il n'avait pu désertier plus tôt.

À la page 14:

[TRADUCTION] ... le demandeur n'a cherché à désertier qu'après avoir pris part à quatre missions, au cours desquelles des actes de torture ont été commis soit par lui-même soit par ses camarades au su du demandeur. Il a décrit dans son témoignage l'entraînement qu'il avait reçu en techniques de torture. Il savait après la première mission de torture du 6 février 1991 qu'il ne voulait plus participer aux missions de ce genre. Pourtant il n'a déserté que le 16 mars 1991. Je dois conclure de ce long intervalle que le demandeur a continué à participer aux atrocités commises contre des civils bien qu'il eût un autre choix.

Je veux bien croire que le demandeur n'avait pas d'autre choix la première fois où il reçut l'ordre de torturer des civils. Je ne comprends pas qu'il l'eût fait de nouveau le lendemain et

guarded his fellow soldiers on two further occasions of torture without even attempting to flee the situation.

And at pages 14-15:

The claimant had personal training in torture techniques and knowingly participated in the torture of civilians. The claimant was not a mere on-looker; he was a knowledgeable participant in the torture. His presence at this number of incidents and his participation therein clearly constitutes complicity.

For these reasons, the Refugee Division concluded that the applicant falls within Article 1F of the Convention and is thereby excluded from the definition of Convention refugee.

ANALYSIS

The appellant alleges twofold error on the part of the Refugee Division: firstly, the Refugee Division erred in excluding this appellant from the definition of Convention refugee pursuant to Article 1F of the Schedule to the *Immigration Act*, and, secondly, the Refugee Division further erred in failing to conclude that since desertion from the military could result in imprisonment, such a circumstance constituted persecution rather than a prosecution for a violation of a law of general application.

The Exclusion Clause (Article 1F)

At the outset of his submissions, counsel for the appellant described the overall environment in Guatemala during the relevant period. Relying on the documentary evidence, he stressed the fact that, at all relevant times, Guatemala was a country where "violence itself has become a principle (*sic*) method of political expression" and "Indiscriminate violence and human rights abuses against those who oppose, or are suspected of opposing the regime, are viewed as responsible for the omnipresent terror in Guatemala."² Witnesses to crimes are one of many groups that are singled out for human rights abuses, both physical and psychological.

Thereafter, counsel turned to the factual situation in this case. This appellant was forcibly recruited into

² A.B., at p. 63.

qu'il eût accompagné ses camarades pour lesquels il a monté la garde deux fois encore, sans même chercher à s'échapper.

Et aux pages 14 et 15:

^a [TRANSDUCTION] Le demandeur a reçu un entraînement en techniques de torture et a sciemment participé aux tortures infligées à des civils. Il n'était pas un simple spectateur; il participait sciemment aux actes de torture. Sa présence et sa participation à divers incidents valent indiscutablement complicité.

^b Par ces motifs, la section du statut conclut que le demandeur tombe sous le coup de la section F de l'article premier de la Convention et est, de ce fait, exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention.

ANALYSE

L'appelant conclut à une double erreur de la part de la section du statut: en premier lieu, celle-ci a commis une erreur en l'excluant de la définition de réfugié au sens de la Convention par application de la section F de l'article premier de l'annexe de la *Loi sur l'immigration*; en second lieu, elle a commis une erreur pour ne pas avoir conclu que la désertion étant punissable par une peine d'emprisonnement, il y avait là persécution et non pas poursuite de droit commun.

^f La clause d'exclusion (section F de l'article premier)

L'avocat de l'appelant ouvre sa plaidoirie par un aperçu général de la situation au Guatemala à l'époque. S'appuyant sur des preuves documentaires, il souligne que pendant toute cette période, le Guatemala était un pays dans lequel [TRANSDUCTION] «la violence elle-même est devenue le principal mode d'expression politique» et où «la violence généralisée et les violations généralisées des droits de la personne, auxquelles sont soumis ceux qui s'opposent ou qui sont soupçonnés de s'opposer au régime, sont à l'origine de la terreur omniprésente qui règne au Guatemala»². Les témoins de ces crimes sont l'un des nombreux groupes formant la cible des violations, physiques et psychologiques, des droits de la personne.

Il en vient ensuite aux faits de la cause. L'appelant a été enrôlé de force dans l'armée en novembre 1990.

² D.A., à la p. 63.

the army in November of 1990. He was a witness to crimes committed by his commanding lieutenant. He was a farm boy, 20 years of age with a grade 6 education when the incidents described *supra* occurred. He knew of other soldiers who “escaped from the military.” Three such deserters were recaptured and then disappeared.³

In counsel’s view, this is clearly a case where the appellant is entitled to rely on the defence of obedience to the orders of a superior. He submitted that the facts at bar were “on all fours” with the facts in the *Finta* case.⁴ He relies on the appellant’s testimony⁵ that he wanted to desert but did not have the opportunity to do so. Counsel also relies on his evidence *supra*, concerning the three deserters who were recaptured but never heard from again. He refers to the judgment of Cory J. in *Finta*, *supra*, at page 837:

The defence of obedience to superior orders based on compulsion is limited to “imminent, real, and inevitable” threats to the subordinate’s life . . . the problem is to determine when threats become so imminent, real, and inevitable that they rise to the level of compulsion that disables a subordinate from forming a culpable state of mind.

He also refers to pages 837-838 where Mr. Justice Cory, in referring to an article by J. L. Bakker entitled “The Defense of Obedience to Superior Orders: The *Mens Rea* Requirement” (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55, stated:

Bakker suggests that it is only when the soldier faces an imminent, real and inevitable threat to his or her life that the defence of compulsion may be used as a defence to the killing of innocent people. “Stern punishment” or demotion would not be sufficient. She states at p. 74:

Whether a subordinate’s belief in the existence of an imminent, real and inevitable threat to his life is justified should be a function of circumstances surrounding the subordinate faced with an illegal order. A number of circumstances may be considered including age, education, intelligence, general conditions in which subordinates find themselves, length of time spent in action, nature of the hostilities, the type of enemy confronted, and opposing methods of warfare.

Circumstances that go directly to the state of mind of the offender confronted with a moral choice include the

Il a été témoin des crimes commis par le lieutenant qui commandait sa compagnie. C’était un paysan de 20 ans avec six années de scolarité, au moment des incidents évoqués *supra*. Il connaissait d’autres soldats qui «se sont enfuis de l’armée». Trois de ces déserteurs ont été repris et ont disparu depuis³.

L’avocat de l’appelant soutient qu’il s’agit bien d’un cas où l’appelant est fondé à invoquer l’excuse de l’obéissance aux ordres, et que les faits de la cause «s’accordent parfaitement» avec ceux de la cause *Finta*⁴. Il cite le témoignage de l’appelant⁵ selon lequel celui-ci voulait désertier mais n’en avait pas l’occasion, de même que son témoignage, *supra* au sujet des trois déserteurs qui ont été repris et qui ont disparu sans laisser de traces. Il cite cette conclusion tirée par le juge Cory dans *Finta*, *supra*, à la page 837:

Le moyen de défense fondé sur l’obéissance aux ordres d’un supérieur du fait d’une contrainte se limite aux menaces [TRADUCTION] «imminentes, réelles et inévitables» qui pèsent sur la vie du subalterne . . . la difficulté réside dans la détermination du moment où les menaces deviennent si imminentes, réelles et inévitables qu’elles se transforment en contrainte qui rend le subalterne incapable de former un état d’esprit coupable.

L’avocat de l’appelant cite encore les pages 837 et 838 où le juge Cory, évoquant l’article de J. L. Bakker intitulé «The Defense of Obedience to Superior Orders: The *Mens Rea* Requirement» (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55, a fait l’observation suivante:

D’après Bakker, ce n’est que lorsque la vie du soldat est menacée de façon imminente, réelle et inévitable que le moyen de défense fondé sur la contrainte peut être invoqué à titre de défense au meurtre d’innocentes personnes. La crainte d’une «peine sévère» ou d’une rétrogradation ne serait pas suffisante. Elle dit, à la p. 74:

[TRADUCTION] La question de savoir si le subalterne est fondé à croire qu’une menace réelle, imminente et inévitable pèse sur sa vie devrait être résolue en fonction de la situation dans laquelle se trouve le subalterne qui a reçu l’ordre illégal. De nombreux facteurs peuvent être considérés, notamment l’âge, l’éducation, l’intelligence, les conditions générales dans lesquelles les subalternes se trouvent, le temps passé en service, la nature des hostilités, le genre d’ennemi auquel ils font face et les méthodes de guerre de ce dernier.

Les facteurs qui affectent directement l’état d’esprit de l’auteur de l’infraction à qui s’offre une liberté morale sont

³ A.B., at p. 39.

⁴ *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701.

⁵ A.B., at p. 29.

³ D.A., à la p. 39.

⁴ *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

⁵ D.A., à la p. 29.

announced penalty for disobeying orders, the probable penalty for disobedience, the typical subordinate's reasonable beliefs about the penalty, the subordinate's belief as to what the penalty is, and any alternatives available to the subordinate to escape execution of the penalty.

The element of moral choice was, I believe, added to the superior orders defence for those cases where, although it can readily be established that the orders were manifestly illegal and that the subordinate was aware of their illegality, nonetheless, due to circumstances such as compulsion, there was no choice for the accused but to comply with the orders. In those circumstances the accused would not have the requisite culpable intent.

I would add this to the comments of the text writers. The lower the rank of the recipient of an order the greater will be the sense of compulsion that will exist and the less will be the likelihood that the individual will experience any real moral choice. It cannot be forgotten that the whole concept of the military is to a certain extent coercive. Orders must be obeyed. The question of moral choice will arise far less in the case of a private accused of a war crime or a crime against humanity than in the case of a general or other high ranking officer.

The *Finta* case, *supra*, is distinguishable from the case at bar since it was a prosecution under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] requiring proof beyond a reasonable doubt whereas this appeal concerns a hearing under the *Immigration Act* where the standard of proof is defined as "serious reasons for considering that" the appellant has committed one of the offences enumerated in Article 1 F *supra*. Nevertheless, the *Finta* decision is relevant to the issues in this appeal because, firstly, this appeal requires a consideration of the nature of war crimes and crimes against humanity, and, secondly, the appellant's principal defence for his actions is that of obedience to his superior's orders based on compulsion. Both of these matters are discussed at length in *Finta*.

"A War Crime," or "A Crime Against Humanity"

In dealing with the nature of crimes against humanity and war crimes, Mr. Justice Cory stated in the *Finta* case, at pages 817-818:

The trial judge . . . explained to the jury that one of the ways that the domestic offences of kidnapping, confinement, and

notamment la nature de la peine prévue pour la désobéissance à des ordres, la peine probable pour la désobéissance, les croyances raisonnables du subalterne type relativement à la peine, la connaissance du subalterne quant à la nature de la peine, et toutes les solutions qui s'offrent à lui pour éviter qu'elle lui soit infligée.

L'élément de la liberté morale a été, je crois, ajouté au moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur dans les cas où, bien qu'il puisse être facilement établi que les ordres étaient manifestement illégaux et que le subalterne était conscient de leur illégalité, l'accusé n'avait néanmoins d'autre choix en raison de circonstances comme la contrainte, que d'obéir aux ordres. Dans un tel cas, l'accusé n'aurait pas l'intention coupable requise.

J'ajouterais ceci aux commentaires des auteurs. Plus on descend dans la hiérarchie, plus le sentiment de contrainte de celui qui reçoit l'ordre sera grand et moins il sera vraisemblable que l'individu ait vraiment une liberté morale. Il faut se rappeler que le concept global de l'organisation militaire est dans une certaine mesure coercitif. Il faut obéir aux ordres. La question de la liberté morale sera beaucoup plus rarement soulevée dans le cas du simple soldat accusé d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité que dans le cas d'un général ou autre haut gradé.

La cause *Finta*, *supra*, est différente de l'affaire en instance, du fait que dans la première, il y avait poursuite au criminel [sous le régime du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46] soumise à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable, alors que le présent appel porte sur une décision rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, où la norme de preuve est définie par «des raisons sérieuses de penser que» l'appelant a commis l'un des crimes visés à la section F de l'article premier, *supra*. L'arrêt *Finta* s'applique cependant aux questions soulevées en l'espèce puisque, en premier lieu, l'appel en instance requiert une analyse de la nature des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et qu'en second lieu, le principal moyen de défense proposé par l'appelant pour justifier ses agissements est la contrainte tenant à l'obéissance aux ordres de ses supérieurs. Ces deux questions ont fait l'objet d'une longue analyse dans *Finta*.

«Crime de guerre» ou «crime contre l'humanité»

En ce qui concerne la nature des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, le juge Cory s'est prononcé en ces termes dans *Finta*, aux pages 817 et 818:

Le juge du procès . . . a expliqué au jury que les infractions de droit interne d'enlèvement, de séquestration et de vol quali-

robbery could achieve the level of a crime against humanity was if the acts could be considered to be inhumane.

In my view, this is an appropriate characterization which emphasizes that for example robbery, without the additional component of barbarous cruelty is not a crime against humanity. It cannot be inferred that someone who robs civilians of their valuables during a war has thereby committed a crime against humanity. To convict someone of an offence when it has not been established beyond a reasonable doubt that he or she was aware of conditions that would bring to his or her actions that requisite added dimension of cruelty and barbarism violates the principles of fundamental justice. The degree of moral turpitude that attaches to crimes against humanity and war crimes must exceed that of the domestic offences of manslaughter or robbery. It follows that the accused must be aware of the conditions which render his or her actions more blameworthy than the domestic offence. [Emphasis added.]

On this basis, it seems clear that a crime against humanity is not only a domestic offence but is rather an offence with “the additional component of barbarous cruelty.” On the uncontradicted evidence of the appellant himself, it is obvious that he was guilty of “barbarous cruelty.” I refer specifically to the first incident on February 6, 1991, and the second incident on February 7, 1991 when the appellant admitted to the torture and beating of helpless civilians. The jurisprudence of this Court makes it clear that where someone personally commits physical acts that amount to a crime against humanity, that person is responsible.⁶ In the circumstances at bar, there is little doubt that the appellant, by his own admission, committed crimes against humanity as that expression is used in Article IF *supra*.

The Defence of Obedience to the Orders of a Superior Based on Compulsion

Applying the *Finta* criteria, the first matter for consideration is whether the orders in issue are “manifestly unlawful.” A manifestly unlawful order “must be one that offends the conscience of every reasonable, right-thinking person; it must be an order which is obviously and flagrantly wrong.”⁷ In this respect, Mr. Justice Cory cites with approval a passage from Green “Superior Orders and Command Responsibil-

⁶ See *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.).

⁷ See *Finta*, *supra*, at p. 834.

fié pourraient revêtir la nature du crime contre l’humanité notamment si les actes pouvaient être qualifiés d’inhumains.

À mon avis, il s’agit là d’une qualification appropriée qui souligne que, le vol qualifié par exemple, sans l’élément additionnel de cruauté barbare, n’est pas un crime contre l’humanité. On ne saurait en effet présumer que celui qui a dépossédé des civils de leurs biens de valeur au cours de la guerre a de ce fait commis un crime contre l’humanité. Déclarer quelqu’un coupable d’une infraction alors qu’il n’a pas été établi hors de tout doute raisonnable qu’il connaissait l’existence de conditions donnant à ses actions cette autre dimension requise de cruauté et de barbarisme viole les principes de justice fondamentale. Le degré de turpitude morale qui se greffe aux crimes contre l’humanité et aux crimes de guerre doit excéder celui des infractions de droit interne d’homicide involontaire coupable ou de vol qualifié. L’accusé doit donc être conscient des conditions qui rendent ses actes plus blâmables que l’infraction de droit interne. [Non souligné dans le texte.]

Sur cette base, il est clair qu’un crime contre l’humanité n’est pas une simple infraction à la loi interne, mais une infraction à laquelle s’ajoute «l’élément additionnel de cruauté barbare». Il ressort du propre témoignage non réfuté de l’appelant que celui-ci était coupable de «cruauté barbare». Je veux parler du premier incident, survenu le 6 février 1991, et du deuxième incident, survenu le 7 février 1991, au cours desquels l’appelant, de son propre aveu, a battu et torturé des civils sans défense. La jurisprudence de cette Cour ne laisse aucun doute que quand quelqu’un a personnellement commis des actes matériels qui constituent un crime contre l’humanité, ce quelqu’un en assume la responsabilité⁶. En l’espèce, il n’y a aucun doute que l’appelant, de son propre aveu, a commis des crimes contre l’humanité au sens de la section F de l’article premier, *supra*.

Le moyen de défense de la contrainte tenant à l’obéissance aux ordres des supérieurs

En appliquant les critères définis par l’arrêt *Finta*, il convient d’examiner en premier lieu si les ordres en question sont «manifestement illégaux». Un ordre manifestement illégal «doit être de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée. Il doit être clairement et manifestement répréhensible»⁷. À cet égard, le juge Cory souscrit à ce passage de Green «Superior Orders and Command

⁶ Voir *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.).

⁷ Voir *Finta*, *supra*, à la p. 834.

ity" ((1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167, at page 169, note 8):

The identifying mark of a 'manifestly unlawful' order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: 'forbidden'. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of 'manifest' illegality required in order to annul the soldier's duty to obey and render him criminally responsible for his actions.⁸

On the facts in this case, I have no difficulty in concluding that the orders here in issue were manifestly unlawful. I refer particularly to the incident on February 6, 1991, where the appellant and two other soldiers beat four persons and tortured them over a period of three hours. Similarly, the incident on February 7, 1991 was also manifestly unlawful since it involved the vicious beating of a young man by this appellant. Surely the concept of torturing "the truth out" of someone is manifestly unlawful, by any standard. Undoubtedly such activity possesses the necessary level of moral turpitude to describe crimes against humanity.

The next matter for consideration pursuant to the *Finta* criteria is whether, on these facts, the appellant faced an "imminent, real, and inevitable threat" to his life. "Stern punishment" or demotion would not be sufficient. The appellant's evidence as summarized *supra*, sets out two reasons why, notwithstanding his understanding that the penalty for desertion was only 12 months in jail,⁹ he would be killed by the military if he returned: firstly, because he knew of three other deserters who had been apprehended and never heard from again; and, secondly, he would be killed by his lieutenant because of his knowledge of relatives of persons whom the lieutenant had tortured personally.

With respect to the first reason, the Refugee Division dismissed it as pure speculation without any

⁸ See *Finta*, *supra*, at p. 835.

⁹ See, A.B., at p. 55.

Responsibility» ((1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167, à la page 169, note 8):

[TRADUCTION] Le signe déterminant d'un ordre «manifestement illégal» doit flotter au-dessus de l'ordre donné comme un drapeau noir en guise de mise en garde disant: «interdit». La question importante en l'espèce n'est pas l'illégalité formelle, dissimulée ou à demi dissimulée, ni l'illégalité qui se détecte par les seuls experts juridiques, mais une violation manifeste et frappante de la loi, une illégalité certaine et évidente qui découle de l'ordre lui-même, de la nature criminelle de ce dernier ou des actes qui doivent être commis de ce fait, une illégalité qui transperce et trouble le cœur, si l'œil n'est pas aveugle ni le cœur fermé ou corrompu. Il s'agit là du degré d'illégalité «manifeste» requis pour annuler le devoir d'obéissance du soldat et rendre ce dernier criminellement responsable de ses actes⁸.

Je n'ai aucun mal à conclure des faits de la cause que les ordres étaient manifestement illégaux en l'espèce. Je pense en particulier à l'incident du 6 février 1991, où l'appelant et deux autres soldats battirent et torturèrent quatre personnes pendant quelque trois heures. De même, l'incident du 7 février 1991 était aussi manifestement illégal puisque, à cette occasion, l'appelant a sauvagement battu un jeune homme. Il est indiscutable que le fait de torturer quelqu'un pour «lui faire dire la vérité» est manifestement illégal, quelle que soit la norme invoquée. Il est indubitable que pareil acte comporte le degré de turpitude nécessaire pour constituer un crime contre l'humanité.

Ce qu'il convient d'examiner ensuite à la lumière des critères définis par l'arrêt *Finta*, c'est la question de savoir si «une menace imminente, réelle et inévitable» pesait sur la vie de l'appelant. Une «punition sévère» ou la rétrogradation ne suffirait pas. Le témoignage de l'appelant, tel qu'il est résumé *supra*, donne deux raisons pour lesquelles il pensait que l'armée le tuerait s'il revenait dans son pays, bien qu'il sache que la désertion n'est punissable que de 12 mois de prison⁹: en premier lieu, parce qu'il connaissait trois autres déserteurs qui avaient été repris et qui depuis ont disparu sans laisser de traces; et en second lieu, parce que son lieutenant le tuerait puisqu'il connaissait les parents des personnes que ce lieutenant avait personnellement torturées.

Pour ce qui est de la première raison, la section du statut l'a rejetée, en y voyant une simple conjecture

⁸ Voir *Finta*, *supra*, à la p. 835.

⁹ D.A., à la p. 55.

credible evidence to support it.¹⁰ In my view, the Refugee Division was entitled to so conclude on this record. There is nothing on the record to support the appellant's conclusion that the three captured deserters had "disappeared." I agree that such a conclusion was sheer speculation on the part of the appellant.

In so far as the second reason is concerned, it is, likewise, not supported by the record. The record establishes that, before the third mission, and, probably on February 9, 1991, he advised his lieutenant that he would no longer participate in such torture. As a result he was not engaged in any further torture or shootings in either the third or fourth incidents. He was never forced to torture anyone again. His assignment on both of these occasions was to act as a guard. It is a necessary inference, in these circumstances, that the orders with respect to the third and fourth incidents came from his lieutenant. Since he appears to have performed these duties without any complaint on the part of his superiors, I am unable to conclude that he was facing an "imminent, real, and inevitable threat to his life" when he deserted on March 16, 1991.

Moreover, I share the concern of the Refugee Division concerning the credibility of the appellant's claim that he could not have deserted sooner than he did. In referring to the four days in early February of 1991 that he spent in the Guija area, he stated that on two of these days, they were given "two days off to go around getting to know the town."¹¹ On page 29 of the transcript, he was asked:

Q. . . . how did you feel about being taught to do these kinds of things, or instructed by the military that this is what they wanted you to do?

A. Well, I felt . . . well, I didn't feel right that we should go and do that to people. And that's why, before we were sent to Guija, I wanted to desert from the army. But as I didn't have the opportunity of escaping, that's why I didn't do it before.

On the basis of this evidence, in January of 1991 the appellant formed an intention to desert from the army before being sent to Guija. Yet, after he arrived in

¹⁰ See, A.B., at p. 13.

¹¹ A.B., at pp. 25-26.

que ne vient corroborer aucune preuve digne de foi¹⁰. À mon avis, la section du statut est fondée à tirer pareille conclusion au vu du dossier. Il n'y a aucune preuve à l'appui de l'assertion de l'appelant que les trois déserteurs repris ont «disparu». Je conviens que cette dernière assertion n'est que conjecture de la part de l'appelant.

En ce qui concerne la seconde raison, elle n'est fondée non plus sur aucune preuve ressortant du dossier. D'après le dossier, l'appelant a informé son lieutenant avant la troisième sortie, probablement le 9 février 1991, qu'il ne participerait plus à ces actes de torture. En conséquence, il ne participait plus aux tortures ni aux fusillades lors des troisième et quatrième incidents. Il n'était plus jamais forcé à torturer qui que ce fût. Lors de ces deux dernières descentes, il était seulement chargé de monter la garde. Dans ces conditions, on est obligé de conclure que les ordres concernant ces troisième et quatrième incidents venaient de son lieutenant. Puisque selon toute évidence, l'appelant s'est acquitté de ces tâches sans que ses supérieurs eussent à s'en plaindre, il m'est impossible de conclure qu'une «menace imminente, réelle et inévitable pesait sur sa vie» lorsqu'il déserta le 16 mars 1991.

En outre, je partage les doutes de la section du statut quant à l'assertion faite par l'appelant, savoir qu'il n'avait pu déserté plus tôt. Parlant des quatre journées qu'il passait au début de février 1991 dans la région de Guija, il a fait savoir qu'à cette occasion, lui et ses camarades avaient «une permission de deux jours pour visiter la ville»¹¹. Voici ce qu'on peut lire à la page 29 de la transcription:

[TRADUCTION] Q. . . . quels étaient vos sentiments lorsqu'on vous apprenait à faire ce genre de choses, ou lorsque l'armée vous disait que c'était là ce qu'elle voulait vous faire faire?

R. Eh bien . . . ça ne me disait rien de faire ce genre de choses aux gens. C'est pourquoi avant que nous n'allions à Guija, je voulais déjà déserté. Mais je n'en avais pas l'occasion, c'est pourquoi je ne l'ai pas fait plus tôt.

Selon ce témoignage, l'appelant a formé en janvier 1991 l'intention de déserté avant d'être envoyé à Guija. Il se trouve cependant qu'après son arrivée

¹⁰ D.A., à la p. 13.

¹¹ D.A., aux p. 25 et 26.

Guija, he had two days of leave when he and some of his fellow soldiers “strolled around” the town “looking at the young girls.”¹² In my view, these visits to Guija afforded the appellant an excellent opportunity to desert if he was so inclined. Accordingly the Refugee Division’s negative findings with respect to the appellant’s credibility on this point are amply supported by the evidence.

CONCLUSION

For the reasons advanced *supra*, I have concluded, firstly that the appellant committed a “crime against humanity” as that expression appears in Article 1 F(a) of the Schedule to the *Immigration Act*. I have also concluded that the defence of obedience to the orders of a superior has not been made out in the circumstances of this case.

Accordingly, the appeal should be dismissed and the question posed by Joyal J. in the order dated June 28, 1993 should be answered as follows:

Q. Did the Refugee Division err in law by finding that the exclusion clause, Article 1F, applies to the applicant?

A. No.

Since question No. 1 has been answered in the negative, question No. 2 need not be answered.

STONE J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I concur.

dans la région, il avait deux jours de permission au cours desquels lui-même et certains de ses camarades «se promenaient» dans la ville pour «regarder les jeunes filles»¹². Je pense que ces visites à Guija étaient une occasion parfaite pour désertier s’il avait voulu le faire. En conséquence, la décision de la section du statut concluant au manque de crédibilité de l’appelant sur ce point est amplement justifiée par les preuves.

CONCLUSION

Par ces motifs, j’ai conclu en premier lieu que l’appelant avait commis un «crime contre l’humanité» au sens de la section Fa) de l’article premier, de l’annexe de la *Loi sur l’immigration*. J’ai aussi conclu que le moyen de défense de l’obéissance aux ordres d’un supérieur n’était pas fondé à la lumière des faits de la cause.

En conséquence, il faut rejeter l’appel et répondre par la négative à cette question posée par le juge Joyal dans son ordonnance du 28 juin 1993: «1. La section du statut a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l’appelant tombait sous le coup de la clause d’exclusion, savoir la section F de l’article premier 1F?»

Puisque la réponse à la première question est négative, il n’est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

¹² A.B., at p. 50.

¹² D.A., à la p. 50.

T-2573-93

T-2573-93

Robert Sutherland (*Applicant*)**Robert Sutherland** (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Indian and Northern Affairs
(*Respondent*)^a **Le ministre des Affaires indiennes et du Nord
canadien** (*intimé*)

and

et

**The Peguis Indian Band and The Information
Commissioner of Canada** (*Intervenors*)^b **La bande d'Indiens Peguis et le commissaire à
l'information du Canada** (*intervenants*)*INDEXED AS: SUTHERLAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN
AND NORTHERN AFFAIRS) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: SUTHERLAND c. CANADA (MINISTRE DES
c AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (1^{re} INST.)*Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, February 25;
Ottawa, May 6, 1994.Section de première instance, juge Rothstein—Win-
nipeg, 25 février; Ottawa, 6 mai 1994.

Access to information — Application for disclosure of Band's financial information including names of persons owing money to Band or to whom money owed, job descriptions associated with salaries, names of persons whose loans guaranteed by Band, expenditure plans, cash flow statements — Prima facie names of individuals "personal information" not required to be disclosed under s. 19(1) — S. 3(1) definition of personal information excluding information relating to discretionary benefits — Discretionary benefits those conferred by government — Onus on party seeking information to demonstrate exception applies — Applicant not establishing information within s. 3(1) exception — S. 19(2)(c), permitting disclosure of personal information if in accordance with Privacy Act, s. 8, inapplicable as names of individuals not within s. 8(2)(a), (k), (m) — As Band, Minister not satisfying onus of proving cash flow statements, expenditure plans confidential, consistently treated as confidential, must be disclosed — Names of businesses from which Band purchasing goods, services must be disclosed as not information, disclosure of which resulting in material financial loss — Unauthorized pledging of credit preventable.

^d *Accès à l'information — Demande de communication de renseignements financiers concernant une bande, notamment des noms de personnes devant de l'argent à la bande ou auxquelles la bande devait de l'argent, des descriptions de tâches associées aux salaires, des noms de personnes pour lesquelles des emprunts avaient été garantis par la bande, des plans de dépenses et des états de l'évolution de l'encaisse — À première vue, les noms des individus en cause constituent des «renseignements personnels» qui n'ont pas à être communiqués en vertu de l'art. 19(1) — La définition des renseignements personnels figurant à l'art. 3(1) exclut les renseignements concernant des avantages facultatifs — Les avantages facultatifs sont ceux qui sont conférés par l'administration — Il incombe à la partie qui demande des renseignements de démontrer que l'exception s'applique — Le requérant n'a pas établi que les renseignements en question sont visés par l'exception prévue à l'art. 3(1) — L'art. 19(2)c), qui permet la communication de renseignements personnels conformément à l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, ne s'applique pas, étant donné que les noms des individus ne sont pas visés par l'art. 8(2)a), k) et m) — Étant donné que la bande et le ministre ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait de prouver que les états de l'évolution de l'encaisse et que les plans de dépenses étaient confidentiels et qu'ils étaient traités comme tels de façon constante, ces renseignements doivent être communiqués — Les noms des entreprises auxquelles la bande a acheté des biens ou des services doivent être communiqués car il ne s'agit pas de renseignements dont la communication causerait des pertes financières appréciables — Il est possible d'empêcher qu'on engage la responsabilité de la bande sans autorisation.*

Privacy — Names of person owing money to Indian Band, to whom Band owing money, for whom Band guaranteeing loans, whose salary individually set prima facie within Privacy Act, s. 3 definition of "personal information" as relating to financial transaction in which individual involved — Not within s. 3(1) exclusion of discretionary benefits of financial nature —

Protection des renseignements personnels — Les noms des personnes qui devaient de l'argent à la bande, auxquelles la bande devait de l'argent, pour lesquelles la bande a garanti des emprunts et dont le salaire a été fixé individuellement sont à première vue visés par la définition de «renseignements personnels» figurant à l'art. 3 de la Loi sur la protection des ren-

Such benefits must be conferred by government — S. 8(2) authorizing disclosure if (a) for purpose for which information obtained, (k) to aboriginal people to research claims, (m) public interest in disclosure clearly outweighing invasion of privacy — Personal information not under s. 8(2)(a) as information supplied to government for funding purposes — Not within s. 8(2)(k) as paragraph contemplating formal claims by aboriginal peoples in that capacity — Application herein by individual — No basis to conclude discretion under s. 8(2)(m) improperly exercised — Names should not be disclosed.

This was an application for certain financial information of the Band under the control of the Minister of Indian and Northern Affairs. The information sought was from the Band's 1989-1990 financial statement. It included the names of individuals listed as either owing money to the Band or to whom the Band owed money, the job descriptions associated with certain salaries, the names of two persons whose loans had been guaranteed by the Band, and the Band's expenditure plans and cash flow statements. With respect to the names of individuals, the Minister and the Band claimed confidentiality under *Access to Information Act*, subsection 19(1) (personal information). Subject to subsection 19(2), subsection 19(1) requires the Minister to refuse to disclose "personal information" as defined in *Privacy Act*, section 3. Section 3 contains nine paragraphs that more specifically describe the type of information that is "personal information," and concludes with four paragraphs which are exceptions to what would otherwise be "personal information." *Prima facie*, the names of persons who owed money to the Band, or who were owed money by the Band or for whom the Band had guaranteed a loan, or whose salary was individually set, came within paragraph 3(b): information relating to financial transactions in which the individual had been involved. The applicant argued that the exception in paragraph 3(l), which excludes information relating to any discretionary benefit of a financial nature, applied. Under paragraph 19(2)(c) personal information may be disclosed if such disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*. The applicant submitted that even if the names of persons who have financial transactions with the Band constituted "personal information," they should be disclosed under paragraphs 8(2)(a) (purpose for which information was obtained), (k) (to aboriginal people to research claims), or (m) (public interest in disclosure clearly outweighing any invasion of privacy, or disclosure would clearly benefit individual to whom information relating). If the "personal information" fell under subsection 8(2), the opening words of subsection 8(2) and paragraph 19(2)(c) of the *Access to Information Act* conferred a discretion on the head of a government institution as to whether or not such information should be disclosed.

seignements personnels puisqu'ils se rapportent à une opération financière à laquelle l'individu participait — Ils ne sont pas visés par l'exception prévue à l'art. 3l) relativement aux avantages financiers facultatifs — Pareils avantages doivent être accordés par l'administration — L'art. 8(2) autorise la communication si elle est faite a) aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis, k) à des autochtones en vue de l'établissement de droits, m) pour des raisons d'intérêt public qui justifieraient nettement une violation de la vie privée — Les renseignements personnels ne sont pas visés par l'art. 8(2)a) puisqu'ils ont été fournis à l'administration en vue du financement — Ils ne sont pas visés par l'art. 8(2)k) étant donné que cette disposition vise les droits officiellement reconnus aux peuples autochtones en cette qualité — En l'espèce, la demande a été présentée par un individu — Rien ne permet de conclure que le pouvoir discrétionnaire visé par l'art. 8(2)m) a été exercé d'une façon irrégulière — Les noms n'ont pas à être communiqués.

Il s'agissait d'une demande en vue de la communication de certains renseignements financiers concernant une bande, qui relevaient du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. Les renseignements demandés figuraient dans les états financiers de 1989-1990 de la bande. Ils comprenaient les noms d'individus désignés comme devant de l'argent à la bande ou auxquels la bande devait de l'argent, les descriptions de tâches associées à certains salaires, les noms de deux personnes pour lesquelles des emprunts avaient été garantis par la bande, ainsi que les plans de dépenses de la bande et les états de l'évolution de l'encaisse. En ce qui concerne les noms des individus en cause, le ministre et la bande avaient allégué la confidentialité en vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* (renseignements personnels). Sous réserve du paragraphe 19(2), le paragraphe 19(1) oblige le ministre à refuser la communication des «renseignements personnels» visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'article 3 comporte neuf alinéas qui décrivent d'une façon plus précise le genre de renseignements qui sont des «renseignements personnels» et se termine par quatre alinéas qui énoncent des exceptions à ce qui serait par ailleurs des «renseignements personnels». À première vue, les personnes qui devaient de l'argent à la bande, auxquelles la bande devait de l'argent, pour lesquelles la bande avait garanti un emprunt, ou dont le salaire était individuellement fixé, étaient visées par l'alinéa 3b): renseignements relatifs à des opérations financières auxquelles elles avaient participé. Le requérant avait soutenu que l'exception prévue au paragraphe 3l), qui exclut les renseignements se rapportant à des avantages financiers facultatifs, s'appliquait. En vertu de l'alinéa 19(2)c), des renseignements personnels peuvent être communiqués si pareille communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le requérant a soutenu que même si les noms des personnes qui avaient conclu des opérations financières avec la bande constituaient des «renseignements personnels», ils devaient être communiqués en vertu des alinéas 8(2)a) (communication aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis), k) (communication à des autochtones en vue de l'établissement de leurs droits), ou m) (communication dans les cas où des raisons d'in-

Confidentiality was claimed for the Band's expenditure plans and cash flow statements under paragraph 20(1)(b) as information consistently treated as confidential. Finally, confidentiality was claimed for the names of businesses from which the Band had purchased goods or services under paragraph 20(1)(c) as information the disclosure of which could result in financial loss. It was argued that Band members could, without authorization, pledge the Band's credit with those businesses, thus creating unauthorized liabilities for the Band.

Held, the application should be allowed in part.

The names of persons on accounts receivable, loans receivable, and accounts payable statements of the Band and of persons for whom loans were guaranteed by the Band and of the job descriptions associated with specific salaries of employees should not be disclosed. The discretionary benefits referred to in the paragraph 3(l) exclusion are those conferred by a government institution and not by others whose information happens to come under the control of a government institution. The general rule is that information about an identifiable individual is "personal information" to which the right of privacy attaches. That rule is subject to some exceptions as set out in section 3. In deciding that some information about an individual should not be "personal information" entitled to the right of privacy, Parliament was balancing the public interest in disclosure of such information under the control of a government institution against the invasion of an individual's privacy. Even though such information might be information about an identifiable individual, Parliament decided that there were overriding public interest reasons for its disclosure. Non-government information may come under the control of a government institution, as did the financial statements and other financial information of the Band herein, for reasons unrelated to the conferring of discretionary benefits by the Band. It was not apparent what public interest was served by exempting such information about identifiable individuals from the right of privacy. Nor was it apparent why the public interest would require government officials, at public expense, to sort through information received by a government institution for a different purpose altogether, to decide whether some part of such information pertaining to an identifiable individual falls under the discretionary benefit exception. There was no obvious public interest reason for denying the right of privacy to information about discretionary benefits between private parties simply because that information came under the control of a government institution for an unrelated purpose. It was more likely that Parliament intended that disclosure should be considered

térêt public justifieraient nettement une violation de la vie privée, ou dans les cas où l'individu concerné en tirerait un avantage certain). Si les «renseignements personnels» étaient visés par le paragraphe 8(2), le début du paragraphe 8(2) et l'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* conféraient au responsable d'une institution fédérale un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agissait de déterminer si pareils renseignements devaient être communiqués.

La confidentialité a été alléguée à l'égard des plans de dépenses et des états de l'évolution de l'encaisse de la bande, en vertu de l'alinéa 20(1)b), en tant que renseignements traités comme confidentiels de façon constante. Enfin, la confidentialité a été alléguée à l'égard des noms des entreprises auxquelles la bande avait acheté des biens ou services, en vertu de l'alinéa 20(1)c), en tant que renseignements dont la communication pourrait causer des pertes financières. Il a été soutenu que les membres de la bande pourraient, sans autorisation, engager la responsabilité de cette dernière auprès de ces entreprises, et créer ainsi des dettes non autorisées pour le compte de la bande.

Jugement: la demande doit être accueillie en partie.

Les noms des personnes figurant dans les extraits de comptes débiteurs, de prêts en cours et de comptes créditeurs de la bande et des personnes pour lesquelles des prêts ont été garantis par la bande, ainsi que les descriptions de tâches associées aux salaires précis d'employés de la bande, n'ont pas à être communiqués. Les avantages facultatifs visés par l'exception prévue à l'alinéa 3(l) sont ceux qui sont conférés par une institution fédérale et non par d'autres personnes dont les renseignements relèvent d'une institution fédérale. En règle générale, les renseignements concernant un individu identifiable sont des «renseignements personnels» protégés. Toutefois, certaines exceptions sont prévues à l'article 3. En décidant que certains renseignements concernant un individu n'étaient pas des «renseignements personnels» protégés, le législateur établissait l'équilibre entre les raisons d'intérêt public justifiant la communication de pareils renseignements qui relevaient d'une institution fédérale et la violation de la vie privée. Pareils renseignements pouvaient être des renseignements concernant un individu identifiable, mais le législateur avait décidé que l'intérêt public devait l'emporter. Des renseignements non administratifs peuvent relever d'une institution fédérale, comme c'était le cas pour les états et autres renseignements financiers concernant la bande en l'espèce, et ce, pour des raisons n'ayant rien à voir avec l'octroi d'avantages facultatifs par la bande. Il n'était pas évident que l'intérêt public exigeait que pareils renseignements concernant des individus identifiables fussent exemptés du droit à la vie privée. De plus, on ne savait pas trop pourquoi l'intérêt public exigerait que des fonctionnaires du gouvernement trient, aux frais du public, des renseignements reçus par une institution fédérale à une fin tout à fait différente, pour décider si une partie de ces renseignements concernant un individu identifiable était visée par l'exception concernant les avantages facultatifs. Il n'y avait aucune raison évidente liée à l'intérêt public de refuser de protéger des renseignements se rapportant aux avantages facultatifs existant entre des particuliers simplement parce que ceux-ci relevaient d'une institution

on a case-by-case basis in accordance with subsection 8(2). In any event, the evidence did not establish that the information fell within the exception of discretionary benefits of a financial nature. A party wishing to demonstrate that information about an identifiable individual is not "personal information" must show that an exception applies. There was no evidence suggesting that the salaries paid to individuals were grants, gifts or advantages such that they would constitute discretionary benefits. Similarly, there was nothing in the evidence that would indicate that accounts payable to individuals constituted discretionary benefits. Loans receivable consisted of payroll advances to employees of the Band. Presumably, salary advances are given without consideration and therefore might be discretionary benefits, but there was no direct evidence on point. The two loan guarantees by the Band were given to assist certain individuals to set up businesses on the reserve. The nature of loan guarantees suggested that they might be discretionary benefits, but again the applicant did not demonstrate that the discretionary benefit exception applied.

The "personal information" did not fall under paragraph 8(2)(a). The information was supplied to the government to enable it to arrange to fund the Band. Disclosure of the names of individuals who had financial transactions with the Band was not consistent with that purpose. Nor did the "personal information" fall under paragraph 8(2)(k). Applications by individuals, not purporting to act on behalf of an association of aboriginal people, Indian band or government institution or part thereof, are not contemplated by paragraph 8(2)(k). The application herein was brought by an individual. The phrase "researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada" contemplates formal claims or disputes brought by aboriginal peoples in their capacity as aboriginal peoples. They do not apply to any or all disputes between individuals of aboriginal descent. If that were the case, paragraph 8(2)(k) would permit disclosure of "personal information" in disputes involving individuals of aboriginal descent, but not in disputes involving individuals from other ethnic communities, or disputes where the issue of race was irrelevant. The applicant did not demonstrate that paragraph 8(2)(m) applied. When the head of a government institution, in the exercise of a discretion conferred by Parliament, decides that the public interest in disclosure of "personal information" does not clearly outweigh the invasion of privacy, the head of the institution acts within jurisdiction. For the Court to interfere with such a decision, it must conclude that the head of the government institution exercised his discretion improperly. There was no basis for such a conclusion here. It is only when the head of the government institution forms the opinion that the public interest in disclosure "clearly" outweighs the invasion of privacy that there is any discretion to disclose the "personal information."

fédérale à une fin tout à fait différente. Le législateur voulait probablement qu'on envisage la communication dans chaque cas individuel, conformément au paragraphe 8(2). Quoi qu'il en soit, la preuve n'établissait pas que les renseignements en question étaient visés par l'exception concernant les avantages financiers facultatifs. La partie qui veut démontrer que les renseignements concernant un individu identifiable ne sont pas des «renseignements personnels» doit prouver qu'une exception s'applique. Aucun élément de preuve ne laissait entendre que le paiement des salaires était une subvention, un don ou un avantage tel qu'il constituait un avantage facultatif. De même, rien dans la preuve ne montrait que les dettes envers certaines personnes constituaient des avantages facultatifs. Les prêts en cours se rapportaient à des avances sur salaire consenties à des employés de la bande. Les avances sur salaire sont probablement accordées sans contrepartie et il peut donc s'agir d'avantages facultatifs, mais il n'existait aucune preuve directe sur ce point. Les deux garanties fournies par la bande à l'égard des prêts visaient à permettre à certains individus d'ouvrir un commerce dans la réserve. La nature des garanties laissait entendre que celles-ci pouvaient constituer des avantages facultatifs, mais ici encore, le requérant n'avait pas démontré que l'exception concernant les avantages facultatifs s'appliquait.

Les «renseignements personnels» en question n'étaient pas visés par l'alinéa 8(2)a). Les renseignements avaient été fournis de façon à permettre à l'administration de prendre des dispositions en vue du financement de la bande. La communication des noms des individus qui avaient conclu des opérations financières avec la bande n'était pas compatible avec cet objet. De plus les «renseignements personnels» en question n'étaient pas visés par l'alinéa 8(2)k). Les demandes présentées par des individus, qui ne sont pas censés représenter une association d'autochtones, une bande d'Indiens ou une institution fédérale ou subdivision de celle-ci, ne sont pas visées par l'alinéa 8(2)k). La demande en l'espèce était présentée par un individu. L'expression «en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs» vise des droits ou des griefs officiellement reconnus aux peuples autochtones en cette qualité. Ces mots ne s'appliquent pas à tous les litiges entre particuliers d'ascendance autochtone. Si c'était le cas, l'alinéa 8(2)k) permettrait la communication de «renseignements personnels» dans des litiges mettant en cause des individus d'ascendance autochtone, mais non dans des litiges mettant en cause des individus d'autres communautés ethniques ou dans des litiges où la question de la race n'entre pas en ligne de compte. Le requérant n'avait pas démontré que l'alinéa 8(2)m) s'appliquait. Lorsqu'il décide, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur, qu'aucune raison d'intérêt public ne justifierait la violation de la vie privée, le responsable de l'institution fédérale agit dans les limites de ses attributions. Pour modifier pareille décision, la Cour doit conclure que le responsable de l'institution fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon irrégulière. En l'espèce, rien ne permettait de tirer pareille conclusion. Ce n'est que lorsque le responsable de l'institution fédérale décide que des raisons d'intérêt public justifieraient «nettement» la violation de la vie privée qu'il existe un pouvoir discrétionnaire de communiquer des «renseignements personnels».

There was little information as to why the expenditure plans and cash flow statements of the Band was confidential and whether it was consistently treated as being confidential by the Band. The Band and the Minister did not satisfy the onus on them of proving that this information fell under the *Access to Information Act*, paragraph 20(1)(b). Therefore it had to be disclosed.

The names of businesses from which the Band purchased goods or services was not information, the disclosure of which could result in material financial loss to the Band and had to be disclosed. The Band can take measures to prevent the unauthorized pledging of its credit. In any case it would be easy for Band members to determine the names of businesses with which the Band trades.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 19(1),(2), 20(1)(b),(c).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3, 8(1),(2).

AUTHORS CITED

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1973, "benefit."

APPLICATION for access to financial information of an Indian Band under the control of the Minister of Indian and Northern Affairs. Application allowed with respect to expenditure plans, cash flow statements and the names of businesses from which the Band purchased goods or services. Disclosure of the names of individuals on accounts receivable, loans receivable, and accounts payable statements, for whom loans were guaranteed, and of job descriptions associated with specific salaries of employees not ordered.

COUNSEL:

D. M. Sawchuk for applicant.

T. A. Saunders for respondent.

Vic Savino for intervenor, the Peguis Indian Band.

D. Brunet for intervenor, the Information Commissioner of Canada.

Il existait peu d'éléments de preuve au sujet de la raison pour laquelle les renseignements concernant les plans de dépenses et les états de l'évolution de l'encaisse de la bande étaient confidentiels et de la question de savoir s'ils étaient traités comme tels de façon constante par la bande. La bande et le ministre ne s'étaient pas acquittés de l'obligation qui leur incombait de prouver que ces renseignements étaient visés par l'alinéa 20(1)(b) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ces renseignements devaient donc être communiqués.

Les noms des entreprises auxquelles la bande avait acheté des biens ou services ne constituaient pas un renseignement dont la divulgation risquerait de causer des pertes financières appréciables à la bande; ils devaient être communiqués. La bande peut prendre des mesures pour empêcher que sa responsabilité soit engagée sans autorisation. De toute façon, les membres de la bande pouvaient facilement déterminer les noms des entreprises avec lesquelles cette dernière traitait.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 19(1),(2), 20(1)(b),(c).

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3 (mod. par L.C. 1992, ch.1, art. 144), 8(1),(2).

DOCTRINE

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1973, «benefit».

DEMANDE de communication de renseignements financiers concernant une bande d'Indiens, qui relevait du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. Demande accueillie à l'égard des plans de dépenses, des états de l'évolution de l'encaisse et des noms des entreprises auxquelles la bande avait acheté des biens ou services. La communication des noms d'individus figurant dans les extraits de comptes débiteurs, de prêts en cours et de comptes créditeurs et des personnes pour lesquelles des prêts avaient été garantis ainsi que des descriptions de tâche associées aux salaires précis d'employés n'est pas ordonnée.

AVOCATS:

D. M. Sawchuk pour le requérant.

T. A. Saunders pour l'intimé.

Vic Savino pour la bande d'Indiens Peguis, intervenante.

D. Brunet pour le commissaire à l'information du Canada, intervenant.

SOLICITORS:

Szewczyk Wasel Sawchuk, Selkirk, Manitoba, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent. ^a

Savino & Company, Winnipeg, for intervenor, the Peguis Indian Band.

Legal Department, Information Commissioner of Canada, for intervenor, the Information Commissioner of Canada. ^b

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.: This is an application under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, as amended, by Robert Sutherland, a member of the Peguis Indian Band (the Band), for certain financial information of the Band under the control of a government institution, represented, in this case, by the respondent, the Minister of Indian and Northern Affairs (the Minister). ^d

Prior to and during oral argument in this matter, the Minister agreed to release certain information originally alleged to be confidential. The information remaining in issue may be described with reference to the document submitted by counsel for the Information Commissioner of Canada entitled "THE REQUESTED RECORDS": ^f

(1) The names of two persons listed in "SCHEDULE III—ACCOUNTS RECEIVABLE" to the financial statements of the Band for the year ended March 31, 1990. The amounts and reasons for the receivables are disclosed. The corresponding names have not been disclosed (portion of page 55). ^h

(2) The names of a number of persons listed in "SCHEDULE IV—LOANS RECEIVABLE" to the financial statements of the Band for the year ended March 31, 1990. The individual amounts are disclosed but the corresponding names have not been disclosed (portions of pages 56 and 57). ^j

PROCUREURS:

Szewczyk Wasel Sawchuk, Selkirk (Manitoba), pour le requérant.

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

Savino & Company, Winnipeg, pour la bande d'Indiens Peguis, intervenante.

Contentieux, commissaire à l'information du Canada, pour le commissaire à l'information du Canada, intervenant.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: Il s'agit d'une demande qu'un membre de la bande d'Indiens Peguis (la bande), Robert Sutherland, a présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, dans sa forme modifiée, en vue d'obtenir la communication de certains renseignements financiers concernant la bande, qui relevaient d'une institution fédérale représentée, en l'espèce, par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre), partie intimée. ^e

Avant et pendant la présentation des arguments oraux, le ministre s'est engagé à communiquer certains renseignements initialement considérés comme confidentiels. Pour décrire les renseignements qui sont encore en litige, on peut se reporter au document soumis par l'avocat du Commissaire à l'information du Canada, lequel est intitulé [TRADUCTION] «LES DOCUMENTS DEMANDÉS»: ^g

(1) Les noms de deux personnes désignées dans l'[TRADUCTION] «ANNEXE III—COMPTES DÉBITEURS» des états financiers de la bande pour l'exercice ayant pris fin le 31 mars 1990. Les montants des comptes débiteurs et les raisons y afférentes sont communiqués. Les noms correspondants n'ont pas été communiqués (partie de la page 55).

(2) Les noms d'un certain nombre de personnes désignées dans l'[TRADUCTION] «ANNEXE IV—PRÊTS EN COURS» des états financiers de la bande pour l'exercice ayant pris fin le 31 mars 1990. Les montants individuels ont été communiqués, mais les noms correspondants ne l'ont pas été (parties des pages 56 et 57).

(3) The names of a number of persons listed in “SCHEDULE V—ACCOUNTS PAYABLE” to the Band’s financial statements for the year ended March 31, 1990. The amounts of each of the accounts payable and the total have been disclosed. Only the names beside the individual amounts remain confidential (portions of pages 58 and 59).

(4) The job descriptions associated with certain salaries on a statement entitled “ANALYSIS OF RESTRICTED FUND BALANCE FOR THE YEAR ENDED MARCH 31, 1990,” in the financial statements of the Band for that year. The individual amounts have been disclosed but the job descriptions that correspond to the amounts have not been disclosed (portions of pages 41 and 42).

(5) The names of two persons whose loans have been guaranteed by the Band. The names are in the “NOTES TO FINANCIAL STATEMENTS FOR THE YEAR ENDED MARCH 31, 1991” (portion of page 16).

(6) The Band’s expenditure plans and cash flow statements for the fiscal years 1990/1991 to 1994/1995 (pages 93, 94, 95, 107, 108 and 119).

The claims for confidentiality by the Minister and the Band are made under subsection 19(1) (personal information), paragraph 20(1)(b) (information consistently treated as confidential) and paragraph 20(1)(c) (financial loss from disclosure), of the *Access to Information Act*:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(3) Les noms d’un certain nombre de personnes désignées dans l’[TRADUCTION] «ANNEXE V—COMPTES CRÉDITEURS» des états financiers de la bande pour l’exercice ayant pris fin le 31 mars 1990. Les montants de chaque compte créditeur et le total ont été communiqués. Seuls les noms indiqués à côté des montants individuels demeurent confidentiels (parties des pages 58 et 59).

(4) Les descriptions de tâches associées à certains salaires dans un état intitulé [TRADUCTION] «ANALYSE DU SOLDE DES AFFECTATIONS DÉTERMINÉES POUR L’EXERCICE AYANT PRIS FIN LE 31 MARS 1990», faisant partie des états financiers de la bande pour cette année-là. Les montants individuels ont été communiqués, mais les descriptions de tâches qui correspondent aux montants ne l’ont pas été (parties des pages 41 et 42).

(5) Les noms de deux personnes dont les emprunts ont été garantis par la bande. Les noms sont indiqués dans les [TRADUCTION] «NOTES AFFÉRENTES AUX ÉTATS FINANCIERS POUR L’EXERCICE AYANT PRIS FIN LE 31 MARS 1991» (partie de la page 16).

(6) Les plans de dépenses de la bande et les états de l’évolution de l’encaisse pour les exercices financiers 1990-1991 à 1994-1995 (pages 93, 94, 95, 107, 108 et 119).

Le ministre et la bande allèguent la confidentialité en vertu du paragraphe 19(1) (renseignements personnels), de l’alinéa 20(1)(b) (renseignements qui sont traités comme confidentiels de façon constante) et de l’alinéa 20(1)(c) (pertes financières résultant de la divulgation) de la *Loi sur l’accès à l’information*:

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

20. (1) Le responsable d’une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

The personal information exemption is claimed in respect of some of the names listed on the accounts receivable, loans receivable and accounts payable statements, the names of the persons for whom loans have been guaranteed, and the job descriptions associated with specific salaries (pages 16, 41, 42, 55, 56, 57, 58, and 59).

The information consistently treated as confidential exemption is claimed in respect of expenditure plans and cash flow statements (pages 93, 94, 95, 107, 108 and 119).

The claim of financial loss from disclosure pertains to the names of certain firms from which the Band makes purchases on the accounts payable list (portions of pages 58 and 59).

PERSONAL INFORMATION CLAIM

Unless otherwise allowed under subsection 19(2), subsection 19(1) of the *Access to Information Act* requires the Minister to refuse to disclose "personal information" as defined in section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, as amended. It is therefore first necessary to determine whether the information in question is "personal information" as defined in section 3 of the *Privacy Act*. The definition of "personal information" in section 3 commences with the words:

3. In this Act,

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

Without restricting the generality of these opening words, section 3 contains nine paragraphs that, subject to internal exceptions in two of the paragraphs, more specifically describe the type of information

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

a Une exemption concernant les renseignements personnels est alléguée à l'égard de certains noms figurant dans les extraits de comptes débiteurs, de prêts en cours et de comptes créditeurs, des noms des personnes pour lesquelles des emprunts ont été garantis, et des descriptions de tâches associées à des salaires précis (pages 16, 41, 42, 55, 56, 57, 58 et 59).

L'exemption concernant les renseignements qui ont été traités comme confidentiels de façon constante vise les plans de dépenses et les états de l'évolution de l'encaisse (pages 93, 94, 95, 107, 108 et 119).

L'allégation concernant les pertes financières résultant de la divulgation se rapporte à certaines entreprises auprès desquelles la bande effectue des achats et dont le nom figure sur la liste des comptes créditeurs (parties des pages 58 et 59).

e ALLÉGATION CONCERNANT LES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Sous réserve du paragraphe 19(2), le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* oblige le ministre à refuser la communication des «renseignements personnels» visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, dans sa forme modifiée. Il faut donc d'abord déterminer si les renseignements en question sont des «renseignements personnels» visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La définition de l'expression «renseignements personnels» figurant à l'article 3 commence ainsi:

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

Sans limiter le caractère général de ces mots, l'article 3 comporte neuf alinéas qui, sous réserve des exceptions mentionnées dans deux alinéas, décrivent d'une façon plus précise le genre de renseignements

that is “personal information.” The definition of “personal information” concludes with four paragraphs which are exceptions to what would otherwise be “personal information.”

The purpose of the *Privacy Act*, *inter alia*, is to protect the privacy of individuals with respect to “personal information.” Section 2 provides:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

Under subsection 8(1), “personal information” under the control of a government institution is not to be disclosed. Subsection 8(1) provides:

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

In refusing to disclose the alleged “personal information” in this case, the Minister relies on the definition of “personal information” in section 3 of the *Privacy Act* and in particular paragraph (b) thereof:

3. . . .

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

Prima facie, the names of persons who owe money to the Band, or who are owed money by the Band, or for whom the Band guarantees a loan, or whose salary is individually set out, come within the opening words of the definition of “personal information” and the words “information relating to financial transactions in which the individual has been involved” in paragraph (b). The question is whether any of the exceptions in the definition of “personal information” apply, so as to render such information not “personal information.” The applicant relies on paragraph (l) which provides:

3. In this Act,

qui sont des «renseignements personnels». La définition des mots «renseignements personnels» se termine par quatre alinéas qui énoncent des exceptions à ce qui serait par ailleurs des «renseignements personnels».

La *Loi sur la protection des renseignements personnels*, a, entre autres, pour objet de protéger des «renseignements personnels». L'article 2 est ainsi libellé:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

En vertu du paragraphe 8(1), les «renseignements personnels» qui relèvent d'une institution fédérale ne doivent pas être communiqués. Le paragraphe 8(1) prévoit ceci:

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

En refusant de communiquer les présumés «renseignements personnels» en l'espèce, le ministre s'appuie sur la définition de «renseignements personnels» figurant à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, en particulier, sur l'alinéa b) de cet article:

3. . . .

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

À première vue, les personnes qui doivent de l'argent à la bande, auxquelles la bande doit de l'argent, pour lesquelles la bande a garanti un emprunt, ou dont le salaire est individuellement fixé, sont visées par le début de la définition de «renseignements personnels» et par les mots «les renseignements relatifs . . . à des opérations financières auxquelles [elles ont] participé» figurant à l'alinéa b). Il s'agit de savoir si l'une des exceptions mentionnées dans la définition de «renseignements personnels» s'applique, de façon que pareils renseignements ne soient plus des «renseignements personnels». Le requérant s'appuie sur l'alinéa l) qui prévoit ceci:

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“personal information” . . .

«renseignements personnels» . . .

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

a toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

b l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

Applicant's counsel says that the financial transactions at issue here fall within the term “discretionary benefit of a financial nature.” He argues that these financial transactions are discretionary benefits because the decision to enter into them was discretionary on the part of the Band.

c L'avocat du requérant dit que les opérations financières ici en litige sont visées par les mots «avantages financiers facultatifs». Il soutient que ces opérations financières constituent des avantages facultatifs parce que la décision d'y participer relevait de la discrétion de la bande.

The phrase “discretionary benefit of a financial nature” is not defined in the *Privacy Act*. Its meaning must be ascertained from the words used, the context in which they appear and the object and purpose of the *Privacy Act*. The word “benefit” is defined in *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., as, *inter alia*, a “favour,” “gift,” “advantage,” or “profit.” The word “discretionary” suggests that the benefit contemplated in paragraph (l) is one which the donor of the benefit may confer in his or her discretion, unfettered by a requirement to confer the benefit on a recipient.

d L'expression «avantages financiers facultatifs» n'est pas définie dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il faut l'interpréter à l'aide des mots employés, du contexte dans lequel ces mots s'inscrivent ainsi que de l'objet et du but de la Loi. Dans *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., le mot [TRADUCTION] «avantage» est notamment défini comme signifiant [TRADUCTION] «faveur», «don», «bénéfice» ou «profit». Le mot [TRADUCTION] «facultatif» laisse entendre qu'on peut accorder l'avantage prévu à l'alinéa l) à sa discrétion, sans être tenu de le faire.

Counsel for the Minister submits that paragraph (l) only contemplates discretionary benefits conferred or granted by the government. However, the words “government” or “government institution” do not appear in paragraph (l). By contrast, other paragraphs under the definition of “personal information” do make express reference to government institutions, e.g: paragraphs (e) and (h), grants or awards made by government institutions; (j), information about an officer or employee of a government institution; and (k), information about an individual who is or was performing services under a contract for a government institution. Does the absence of the words “government institution” in paragraph (l) mean that its scope encompasses both discretionary benefits, conferred by government institutions and by others?

e L'avocat du ministre soutient que l'alinéa l) vise uniquement les avantages facultatifs conférés ou accordés par l'administration. Toutefois, les mots «administration» ou «institution fédérale» ne figurent pas à l'alinéa l). Par contre, il est expressément fait mention des institutions fédérales dans d'autres alinéas de la définition de «renseignements personnels», c.-à-d. les alinéas e) et h) (subventions ou récompenses octroyées par les institutions fédérales), j) (renseignements concernant un cadre ou employé d'une institution fédérale) et k) [mod. par L.C. 1992, ch. I, art. 144] (renseignements concernant un individu qui a conclu un contrat de prestation de services avec une institution fédérale). L'absence des mots «institution fédérale» à l'alinéa l) signifie-t-elle que les avantages facultatifs qui sont visés sont ceux qui sont accordés tant par des institutions fédérales que par d'autres?

Paragraph (l) includes, as discretionary benefits, licences or permits. Presumably such licences or permits would be those to which the recipient is not entitled as of right, but which are conferred at the discretion of the grantor. Discretionary licences or permits could include those granted by governmental regulatory boards or commissions which are empowered, by their governing statutes, to confer licences or permits in the public interest or according to some other standard which they, in their discretion, decide applicants have satisfied. It was argued by counsel for the Minister, that the specific inclusion in paragraph (l) of the reference to the granting of licences or permits suggests that the discretionary benefits which Parliament had in mind were only benefits conferred by government institutions. However, while licences and permits may generally connote governmental action, they are not, by definition, only granted by government institutions. Professional societies, for example, grant licences to individuals to practice in their professions. Such licences carry with them the opportunity to be financially rewarded for performing professional services. Therefore, I do not find the reference to licences or permits in paragraph (l) to be dispositive of whether or not the paragraph is limited to discretionary benefits granted by government institutions.

An approach in which I have greater confidence, is to consider why Parliament decided that some information about an identifiable individual under the control of a government institution should not be entitled to the right of privacy. The general rule is that information about an identifiable individual is "personal information" to which the right of privacy attaches. However, the general rule is subject to some exceptions. Thus, under paragraph (e) of the definition of "personal information," personal opinions with respect to proposals for grants, awards or prizes to be made to another individual by government institutions specified in the regulations are not considered "personal information." Similarly, in paragraph (j) of the definition, information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual, including the salary range pertaining to the position, is not "personal information." In para-

L'alinéa l) inclut les permis ou les licences parmi les avantages facultatifs. Ces permis ou licences seraient probablement ceux qui ne sont pas conférés de plein droit, mais qui relèvent de la discrétion de celui qui les accorde. Cela pourrait comprendre les permis ou licences qui sont accordés par des organismes de réglementation gouvernementaux autorisés, en vertu de la loi qui les régit à accorder des permis ou des licences dans l'intérêt public ou conformément à quelque autre norme à laquelle, à leur avis, les requérants ont satisfait. L'avocat du ministre a soutenu que le fait que la délivrance de permis ou licences est expressément mentionnée à l'alinéa l) laisse entendre que les avantages facultatifs envisagés par le législateur étaient uniquement ceux qui étaient accordés par les institutions fédérales. Toutefois, bien que la délivrance d'un permis ou d'une licence laisse généralement supposer une action gouvernementale, par définition ceux-ci ne sont pas uniquement accordés par les institutions fédérales. Ainsi, les sociétés professionnelles accordent aux individus des licences leur permettant d'exercer leur profession. Ces licences donnent à leurs titulaires la possibilité d'être financièrement récompensés pour la prestation de leurs services professionnels. À mon avis, le fait que les permis et licences sont mentionnés à l'alinéa l) ne permet donc pas de déterminer si cet alinéa vise uniquement les avantages facultatifs accordés par les institutions fédérales.

Une méthode qui m'inspire davantage confiance consiste à déterminer pourquoi le législateur a décidé que certains renseignements concernant un individu identifiable, qui relèvent d'une institution fédérale, ne devraient pas être protégés à titre de renseignements personnels. En règle générale, les renseignements concernant un individu identifiable sont des «renseignements personnels» protégés. Toutefois, il y a des exceptions. Ainsi, en vertu de l'alinéa e) de la définition de «renseignements personnels», les opinions personnelles qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale visée par règlement ne sont pas considérées comme des «renseignements personnels». De même, selon l'alinéa j) de la définition, les renseignements concernant un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment l'éventail des salaires s'appliquant à son

graph (k) of the definition, information about an individual who is or was performing services under a contract for a government institution that relates to the services performed is not “personal information.” It is apparent that in deciding that some information about an individual should not be “personal information” entitled to the right of privacy, Parliament was balancing the public interest in disclosure of such information under the control of a government institution against the invasion of an individual’s privacy. Even though such information might be information about an identifiable individual, Parliament decided that there are overriding public interest reasons for its disclosure.

In deciding whether paragraph (l) of the “personal information” definition contemplates discretionary benefits of a financial nature not granted by a government institution but by others, it is necessary, in my view, to consider whether there is a reason for the disclosure of such otherwise “personal information.”

It will be remembered that non-government information may come under the control of a government institution, as did the financial statements and other financial information of the Band in this case, for reasons unrelated to the conferring of discretionary benefits by the Band. It is not at all apparent what public interest is served by exempting such information about identifiable individuals from the right of privacy. Nor is it apparent why the public interest would require government officials, at public expense, to sort through information received by a government institution for a different purpose altogether, to decide whether some part of such information pertaining to an identifiable individual falls under the discretionary benefit exception. Accordingly, there does not appear to be any obvious public interest reason for denying the right of privacy to information about discretionary benefits between private parties simply because that information comes under the control of a government institution for an unrelated purpose.

Of course, the conclusion that information about non-government discretionary benefits is not contem-

poste, ne sont pas des «renseignements personnels». Selon l’alinéa k) de la définition, les renseignements concernant un individu qui a conclu un contrat de prestation de services avec une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, ne sont pas des «renseignements personnels». De toute évidence, en décidant que certains renseignements concernant un individu n’étaient pas des «renseignements personnels» protégés, le législateur établissait l’équilibre entre les raisons d’intérêt public justifiant la communication de pareils renseignements qui relevaient d’une institution fédérale, et la violation de la vie privée. Pareils renseignements pourraient être des renseignements concernant un individu identifiable, mais le législateur a décidé que l’intérêt public devait l’emporter.

En décidant si l’alinéa l) de la définition des mots «renseignements personnels» vise les avantages financiers facultatifs accordés non par une institution fédérale, mais par d’autres, il faut, à mon avis, déterminer s’il y a lieu de communiquer ces renseignements par ailleurs «personnels».

Il importe de se rappeler que des renseignements non administratifs peuvent relever d’une institution fédérale, comme c’était le cas pour les états et autres renseignements financiers concernant la bande en l’espèce, et ce, pour des raisons n’ayant rien à voir avec l’octroi d’avantages facultatifs par la bande. Il n’est pas du tout évident que l’intérêt public exige que pareils renseignements concernant des individus identifiables soient exemptés du droit à la vie privée. De plus, on ne sait pas trop pourquoi l’intérêt public exigerait que des fonctionnaires du gouvernement trient, aux frais du public, des renseignements reçus par une institution fédérale à une fin tout à fait différente, pour décider si une partie de ces renseignements concernant un individu identifiable est visée par l’exception concernant les avantages facultatifs. Par conséquent, il ne semble y avoir aucune raison évidente liée à l’intérêt public de refuser de protéger des renseignements se rapportant aux avantages facultatifs existant entre des particuliers simplement parce que ceux-ci relèvent d’une institution fédérale à une fin tout à fait différente.

Bien sûr, la conclusion selon laquelle les renseignements se rapportant à des avantages facultatifs

plated by the exception in paragraph (l) of the definition of “personal information” does not mean that such information may never be disclosed. Under subsection 8(2) of the *Privacy Act*, to which I shall make more extensive reference shortly, in specified circumstances, “personal information” may be disclosed by the head of a government institution. It seems to me that, in the absence of any obvious reason why Parliament would have intended that information relating to all non-government discretionary benefits that comes under the control of a government institution should not be entitled to privacy, it is more likely that Parliament intended that disclosure should be considered on a case-by-case basis in accordance with subsection 8(2).

While resolution of the interpretation of paragraph (l) of the “personal information” definition is not entirely without doubt because of the absence of the words “government institution” in the paragraph, I think the better view is that the discretionary benefits referred to in the paragraph are those conferred by a government institution and not by others whose information happens to come under the control of a government institution.

I would add that even had I come to the opposite conclusion, I do not think the information at issue here has been proven to fall into the category of discretionary benefits of a financial nature. Because the purpose of the *Privacy Act* is to protect the privacy of “personal information,” the general rule is that information about identifiable individuals is “personal information” and only if a specific exception applies, would such information not be “personal information.” It follows that a party wishing to demonstrate that information about an identifiable individual is not “personal information” must show that an exception applies.

The transactions here are loans made by the Band, other transactions resulting in accounts receivable to the Band, the salaries of individuals, accounts payable by the Band to individuals, and two loans guaranteed by the Band. All the transactions are financial

non gouvernementaux ne sont pas visés par l’exception prévue à l’alinéa l) de la définition de «renseignements personnels» ne veut pas dire que pareils renseignements ne peuvent jamais être communiqués.

a En vertu du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, sur lequel je reviendrai ci-après, les «renseignements personnels» peuvent, dans certains cas précis, être communiqués par le responsable d’une institution fédérale. Il me semble qu’en l’absence de quelque raison évidente permettant de penser que le législateur ne voulait pas que les renseignements concernant les avantages facultatifs non gouvernementaux qui relèvent d’une institution fédérale soient protégés à titre de renseignements personnels, le législateur voulait probablement qu’on envisage la communication dans chaque cas individuel, conformément au paragraphe 8(2).

d La façon dont il convient d’interpréter l’alinéa l) de la définition de «renseignements personnels» n’est pas tout à fait claire étant donné l’absence des mots «institution fédérale», mais je crois qu’il est préférable de considérer que les avantages facultatifs mentionnés dans cet alinéa sont ceux qui sont conférés par une institution fédérale et non par d’autres personnes dont les renseignements relèvent d’une institution fédérale.

f J’ajouterais que même si j’étais arrivé à la conclusion contraire, je ne crois pas qu’il ait été prouvé que les renseignements dont il est ici question puissent être considérés comme des avantages financiers facultatifs. Étant donné que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise à protéger les «renseignements personnels», les renseignements concernant des individus identifiables sont, en règle générale, des «renseignements personnels»; ce n’est que dans le cas où une exception précise s’appliquerait, qu’il ne s’agirait pas de «renseignements personnels». Par conséquent, la partie qui veut démontrer que les renseignements concernant un individu identifiable ne sont pas des «renseignements personnels» doit prouver qu’une exception s’applique.

Les opérations dont il est ici question visent des prêts consentis par la bande, d’autres opérations ayant donné lieu à des créances en faveur de la bande, les salaires d’individus, les dettes de la bande envers certaines personnes, ainsi que deux emprunts

transactions involving identifiable individuals and therefore would be, *prima facie*, "personal information." I have reviewed the affidavits of Louis Stevenson, the Chief of the Band, and Daphne Sharon Stevenson, the Band Manager, and the cross-examinations of these two deponents on their affidavits, to determine whether there is evidence to support application of the discretionary benefits exception.

In respect of salaries, I can see nothing in the evidence that suggests that the salaries paid to individuals are not ordinary course of business transactions, but rather, are grants, gifts or advantages such that they would constitute discretionary benefits. Similarly, there is nothing in the evidence that would indicate that accounts payable to individuals constitute discretionary benefits.

There are two accounts receivable at issue. One is for the purchase of a desk. Nothing in the evidence indicates that this was anything other than an ordinary transaction of purchase and sale. There is nothing to demonstrate that the purchase price was not at fair market value, or that the purchaser obtained some other type of benefit in respect of the transaction. The other account receivable in question is for \$2,037 and is designated "excess house construction costs." There is no indication as to how or why this receivable arose, whether interest was payable, the terms of repayment, or anything else that would assist me in determining whether or not it was a discretionary benefit. Although I am less certain about this transaction, as I have indicated, the party seeking to apply the exception contained in paragraph (l) of the "personal information" definition must demonstrate, through evidence, that the transaction is in the nature of a discretionary benefit. The applicant has not done so in this case.

Loans receivable consist of payroll advances to employees of the Band. The evidence is clear that the decision to make a salary advance is discretionary. While I might presume that salary advances are given without consideration, and therefore might be discretionary benefits, I have no evidence directly on this point. Again, the applicant, through cross-examination on affidavits, had the opportunity of demonstrat-

garantis par la bande. Toutes les opérations sont des opérations financières concernant des individus identifiables et seraient donc, à première vue, des «renseignements personnels». J'ai examiné les affidavits du chef de la bande, Louis Stevenson, et de l'administratrice de la bande, Daphne Sharon Stevenson, ainsi que le contre-interrogatoire de ces deux affiants au sujet de leurs affidavits, en vue de déterminer s'il existait une preuve justifiant l'application de l'exception concernant les avantages facultatifs.

Quant aux salaires, je ne puis rien voir dans la preuve qui laisse entendre que le paiement des salaires n'est pas une opération courante ordinaire, mais plutôt une subvention, un don ou un avantage tel qu'il constituerait un avantage facultatif. De même, rien dans la preuve ne montre que les dettes envers certaines personnes constituent des avantages facultatifs.

Deux créances sont en litige. L'une se rapporte à l'achat d'un bureau. Rien dans la preuve ne laisse entendre qu'il s'agissait d'autre chose que d'une opération ordinaire d'achat et de vente. Rien ne montre que le prix d'achat ne correspondait pas à la juste valeur marchande, ou que l'acheteur a obtenu un autre genre d'avantage à l'égard de l'opération. L'autre créance s'élève à 2 037 \$ et représente les [TRADUCTION] «frais excédentaires de construction d'une habitation». Rien ne montre ce qui a donné lieu à cette créance, si un intérêt était payable, quelles étaient les conditions de remboursement, ou tout autre élément qui m'aiderait à déterminer s'il s'agissait d'un avantage facultatif. Cette opération laisse planer un doute dans mon esprit, mais comme je l'ai dit, la partie qui cherche à appliquer l'exception prévue à l'alinéa l) de la définition de «renseignements personnels» doit démontrer, au moyen de la preuve, que l'opération est de la nature d'un avantage facultatif. Or, le requérant ne l'a pas fait en l'espèce.

Les prêts en cours se rapportent à des avances sur salaire consenties à des employés de la bande. La preuve montre clairement que la décision de consentir pareille avance est discrétionnaire. Je pourrais présumer que les avances sur salaire sont accordées sans contrepartie, et qu'il pourrait donc s'agir d'avantages facultatifs, mais je ne dispose d'aucune preuve directe sur ce point. Ici encore, le requérant a eu la

ing that payroll advances were discretionary benefits but did not do so. Without more evidence on this point, I am unable to conclude that loans receivable constitute discretionary benefits of a financial nature.

There are two loan guarantees made by the Band for individuals. The evidence indicates that these guarantees are given to assist certain individuals to set up businesses on the reserve. The nature of loan guarantees generally, and portions of the cross-examinations of Mr. Stevenson and Ms. Stevenson, suggest that these guarantees might be discretionary benefits. On the other hand, the cross-examinations do not address the terms of the guarantees, whether a fee or other charge was payable, what other consideration or security may have been given for the guarantees, or other specifics that might assist in determining whether or not they are discretionary benefits. Again, the applicant must demonstrate that the discretionary benefit exception is applicable, and I am not satisfied, on the basis of the evidence, that this has been done in the case of the two loan guarantees.

For the foregoing reasons, I conclude that even if paragraph (l) in the definition of "personal information" in section 3 of the *Privacy Act* includes information about discretionary benefits of a financial nature between private parties that comes under the control of a government institution, the evidence does not satisfy me that, in this case, the information at issue falls under this exception. I find that the information at issue is "personal information" under section 3 of the *Privacy Act* and, pursuant to subsection 19(1) of the *Access to Information Act*, must not be disclosed by the head of a government institution.

However, this conclusion does not entirely dispose of the matter. Subsection 19(1) of the *Access to Information Act* is subject to subsection 19(2). Under paragraph 19(2)(c), notwithstanding the mandatory nature of subsection 19(1), personal information may be disclosed if such disclosure is in accordance with sec-

possibilité, en contre-interrogeant les auteurs des affidavits, de démontrer que les avances sur salaire constituaient des avantages facultatifs, mais il ne l'a pas fait. En l'absence de quelque autre élément de preuve sur ce point, je ne puis conclure que les prêts en cours constituent des avantages financiers facultatifs.

Deux prêts ont été garantis par la bande. Selon la preuve, ces garanties visent à permettre à certains individus d'ouvrir un commerce dans la réserve. La nature des garanties en général, et certaines parties des contre-interrogatoires de M. Stevenson et de M^{me} Stevenson, laissent entendre que ces garanties pourraient constituer des avantages facultatifs. D'autre part, les contre-interrogatoires ne parlent pas des conditions y afférentes, de la question de savoir si des honoraires ou d'autres frais étaient payables, de quelque autre contrepartie ou sûreté ayant pu être donnée à l'égard des garanties, ou d'autres éléments qui pourraient aider à déterminer s'il s'agit d'avantages facultatifs. Ici encore, le requérant doit démontrer que l'exception concernant les avantages facultatifs s'applique; or, compte tenu de la preuve, je ne suis pas convaincu que cela ait été fait en ce qui concerne les deux garanties en question.

Pour les motifs susmentionnés, même si l'alinéa l) de la définition de «renseignements personnels» figurant à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* comprend les renseignements se rapportant à des avantages financiers facultatifs entre des particuliers et relevant d'une institution fédérale, la preuve ne me convainc pas que les renseignements dont il est ici question soient visés par cette exception. Je conclus que les renseignements en litige sont des «renseignements personnels» au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et que, conformément au paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ils ne doivent pas être communiqués par le responsable d'une institution fédérale.

Toutefois, cette conclusion ne met pas un terme à l'affaire. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* est assujéti au paragraphe 19(2). Or, en vertu de l'alinéa 19(2)c), des renseignements personnels peuvent être communiqués si pareille communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la pro-*

tion 8 of the *Privacy Act*. Paragraph 19(2)(c) of the *Access to Information Act* provides:

19. . . .

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

Subsection 8(2) of the *Privacy Act* provides in part:

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;

(k) to any association of aboriginal people, Indian band, government institution or part thereof, or to any person acting on behalf of such association, band, institution or part thereof, for the purpose of researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada;

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

- (i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or
- (ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

Counsel for the applicant submits that even if the names of persons who have financial transactions with the Band constitute "personal information," they should be disclosed under paragraphs 8(2)(a), (k), or (m) of the *Privacy Act*.

As I comprehend the relationship between the *Privacy Act* and the *Access to Information Act* with respect to "personal information," it is first necessary to determine whether the "personal information" in issue falls under subsection 8(2) of the *Privacy Act*. If it does not, by virtue of subsection 8(1) of the *Privacy Act* and subsection 19(1) of the *Access to Infor-*

tection des renseignements personnels, et ce, malgré le caractère obligatoire du paragraphe 19(1). L'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit ceci:

^a 19. . . .

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

^b

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit notamment ceci:

^c

8. . . .

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

^d

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

^e

k) communication à toute association d'autochtones, bande d'Indiens, institution fédérale ou subdivision de celle-ci, ou à leur représentant, en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs;

^f

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

^g

- (i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée;
- (ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

L'avocat du requérant soutient que, même si les noms des personnes qui ont conclu des opérations financières avec la bande constituent des «renseignements personnels», ils doivent être communiqués en vertu des alinéas 8(2)a), k) ou m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

ⁱ

Si je comprends bien le rapport qui existe entre la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information*, en ce qui concerne les «renseignements personnels», il faut d'abord déterminer si les «renseignements personnels» en question sont visés par le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements person-*

^j

tion Act, such information shall not be disclosed. If the “personal information” does fall under subsection 8(2) of the *Privacy Act*, the opening words of subsection 8(2) of the *Privacy Act* and paragraph 19(2)(c) of the *Access to Information Act* confer a discretion on the head of a government institution as to whether or not such information should be disclosed. Accordingly, before dealing with the jurisdiction of the Court to deal with a discretionary decision of the head of a government institution under paragraph 19(2)(c) of the *Access to Information Act*, it is first necessary to determine if the information in question falls under subsection 8(2) of the *Privacy Act*.

With respect to paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act*, disclosure of the names of individuals who have financial transactions with the Band is not a purpose for which the financial statements and other financial information of the Band were originally supplied to the Government by the Band. The information was supplied to enable the Government to arrange to fund the Band. Nothing in this case suggests that disclosure of personal information to the applicant is a use consistent with that purpose. The “personal information” at issue does not therefore fall under paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

With respect to paragraph 8(2)(k), applicant’s counsel argues that the applicant is a representative of the St. Peter’s Organization Working Committee, a group consisting of seven members of the Peguis Indian Band whose mandate is, according to the affidavit of John Stevenson, to deal with the Band in order to “determine the status of the original St. Peter’s Reserve members.” Counsel for the applicant says the St. Peter’s Committee is an association of aboriginals or part of an association of aboriginal peoples, and that the “personal information” in ques-

nels. Dans la négative, en vertu du paragraphe 8(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*, pareils renseignements ne doivent pas être communiqués. Si les «renseignements personnels» sont visés par le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le début du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et l’alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l’accès à l’information* confèrent au responsable d’une institution fédérale un pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit de déterminer si pareils renseignements doivent être communiqués. Par conséquent, avant de déterminer si la Cour a compétence pour examiner la décision discrétionnaire que le responsable d’une institution fédérale prend en vertu de l’alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l’accès à l’information*, il faut déterminer si les renseignements en question sont visés par le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

En ce qui concerne l’alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la communication des noms des individus qui ont conclu des opérations financières avec la bande n’est pas un objet pour lequel les états et autres renseignements financiers concernant la bande ont initialement été fournis à l’administration par cette dernière. Les renseignements ont été fournis de façon à permettre à l’administration de prendre des dispositions en vue du financement de la bande. En l’espèce, rien ne laisse entendre que la communication de renseignements personnels au requérant constitue une utilisation compatible avec cet objet. Les «renseignements personnels» en litige ne sont donc pas visés par l’alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Quant à l’alinéa 8(2)k), l’avocat du requérant soutient que son client représente le St. Peter’s Organization Working Committee, groupe composé de sept membres de la bande d’Indiens Peguis qui a pour mandat, conformément à l’affidavit de John Stevenson, de traiter avec la bande afin de [TRADUCTION] «déterminer le statut des membres initiaux de la réserve St. Peter’s». L’avocat du requérant dit que le St. Peter’s Committee est une association d’autochtones ou une subdivision d’une association d’autochtones, et que les «renseignements personnels» en

tion, should be made available, in order to enable the Committee to research or validate claims, disputes, or grievances against the Band. However, the application is brought by Robert Sutherland, an individual. Applications by individuals, not purporting to act on behalf of an association of aboriginal people, Indian band or government institution or part thereof, are not contemplated by paragraph 8(2)(k).

Nonetheless, applicant's counsel asserts that, in this case, the applicant does indeed bring his application on behalf of the St. Peter's Committee. However, the documentary evidence suggests that, at best, this may have been an afterthought, since the original access request names only the applicant and not the St. Peter's Committee. By contrast, an unrelated access request made on behalf of the St. Peter's Reserve Committee, some four and one half months after the applicant's access request in this case, was expressly made in a representative capacity by the applicant in that case.

In any event, the phrase "researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada" appears to contemplate formal claims or disputes brought by aboriginal peoples in their capacity as aboriginal peoples. I do not read these words to apply to any or all disputes between individuals of aboriginal descent. If that were the case, paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* would allow for disclosure of "personal information" in disputes involving individuals of aboriginal descent but not in disputes involving individuals from other ethnic communities or disputes where the issue of race is irrelevant. Such distinction clearly was never intended by the *Privacy Act*. I do not see how the "personal information" at issue here falls under paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*.

With respect to paragraph 8(2)(m), applicant's counsel submits that the Court should substitute its opinion for that of the head of the government institution by determining that public interest in disclosure of the "personal information" in question clearly

question devraient être disponibles afin de permettre au comité d'établir les droits des autochtones ou de régler leurs griefs contre la bande. Toutefois, la demande est présentée par Robert Sutherland, à titre individuel. Or, les demandes présentées par des individus, qui ne sont pas censés représenter une association d'autochtones, bande d'Indiens ou institution fédérale ou subdivision de celle-ci, ne sont pas visées par l'alinéa 8(2)k.

Néanmoins, l'avocat du requérant affirme qu'en l'espèce, son client présente de fait sa demande pour le compte du St. Peter's Committee. Toutefois, la preuve documentaire laisse entendre que, au mieux, cela peut avoir été fait après coup, puisque la demande d'accès initiale désigne uniquement le requérant et non le St. Peter's Committee. Par contre, une demande d'accès indépendante a expressément été présentée par le requérant, en sa qualité de représentant du St. Peter's Reserve Committee, environ quatre mois et demi après qu'il eut présenté sa demande en l'espèce.

Quoi qu'il en soit, l'expression «en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs» semble viser des droits officiellement reconnus aux peuples autochtones en cette qualité. Je n'interprète pas ces mots comme s'appliquant à tous les litiges entre particuliers d'ascendance autochtone. Si c'était le cas, l'alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* permettrait la communication de «renseignements personnels» dans des litiges mettant en cause des individus d'ascendance autochtone, mais non dans des litiges mettant en cause des individus d'autres communautés ethniques ou dans des litiges où la question de la race n'entre pas en ligne de compte. De toute évidence, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'a jamais envisagé pareille distinction. Je ne vois pas comment les «renseignements personnels» dont il est ici question peuvent être visés par l'alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Quant à l'alinéa 8(2)m), l'avocat du requérant soutient que la Cour devrait substituer son opinion à celle du responsable de l'institution fédérale en déterminant que des raisons d'intérêt public justifieraient nettement la violation de la vie privée. Je déduis de la

outweighs the invasion of privacy. I infer from the request of the applicant for the “personal information” in question, and the refusal of the Minister to disclose it, that the head of the government institution in this case did not find that the public interest in disclosure clearly outweighed the invasion of privacy. When the head of a government institution, in the exercise of a discretion conferred upon him or her by Parliament, decides that the public interest in disclosure of “personal information” does not clearly outweigh the invasion of privacy, the head of the institution acts within jurisdiction. For the Court to interfere with such a decision, it must conclude that the head of the government institution was not authorized to exercise his or her discretion in the manner in which it was exercised. I have no basis for coming to such a conclusion on the evidence before me in this case. It might be different had it been demonstrated that the head of the government institution exercised his or her discretion in an improper way, e.g. bias. But, that is not the case here. It is also relevant that the words of subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* imply its exceptional nature. It is only when the head of the government institution forms the opinion that the public interest in disclosure “clearly” outweighs the invasion of privacy, that there is any discretion to disclose the “personal information.” The applicant has not demonstrated that paragraph 8(2)(m) is applicable to the “personal information” at issue here.

Having concluded that the “personal information” in question does not come within subsection 8(2) of the *Privacy Act*, it is clear that paragraph 19(2)(c) of the *Access to Information Act* is not applicable and that subsection 19(1) operates to require the head of the government institution to refuse to disclose the “personal information” in this case.

I should add that I have come to this conclusion having regard to the purpose of the *Access to Information Act* which is to provide a right of access to information under government control subject to specific and limited exceptions. Subsection 2(1) of this Act provides:

demande que le requérant a présentée en vue d’obtenir les «renseignements personnels» en question, ainsi que du refus du ministre de communiquer ceux-ci, que le responsable de l’institution fédérale en l’espèce n’a pas conclu que des raisons d’intérêt public justifieraient nettement la violation de la vie privée. Lorsqu’il décide, dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur, qu’aucune raison d’intérêt public ne justifierait la violation de la vie privée, le responsable de l’institution fédérale agit dans les limites de ses attributions. Pour modifier pareille décision, la Cour doit conclure que le responsable de l’institution fédérale n’était pas autorisé à exercer son pouvoir discrétionnaire de la façon dont il l’a fait. Compte tenu de la preuve dont je dispose en l’espèce, rien ne me permet de tirer pareille conclusion. Il pourrait en être autrement s’il avait été démontré que le responsable de l’institution fédérale avait exercé son pouvoir discrétionnaire d’une façon irrégulière, par exemple, en faisant preuve de partialité. Cependant, tel n’est pas ici le cas. Le fait que le libellé du sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* laisse entendre sa nature exceptionnelle entre également en ligne de compte. Ce n’est que lorsque le responsable de l’institution fédérale décide que des raisons d’intérêt public justifieraient «nettement» la violation de la vie privée, qu’il existe un pouvoir discrétionnaire de communiquer des «renseignements personnels». Le requérant n’a pas démontré que l’alinéa 8(2)m) s’applique aux «renseignements personnels» dont il est ici question.

Ayant conclu que les «renseignements personnels» en question ne sont pas visés par le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il est clair que l’alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l’accès à l’information* ne s’applique pas et que le paragraphe 19(1) s’applique de façon à obliger le responsable de l’institution fédérale à refuser de communiquer les «renseignements personnels» en l’espèce.

Je tiens à ajouter que je suis arrivé à cette conclusion compte tenu de l’objet de la *Loi sur l’accès à l’information*, à savoir accorder un droit d’accès à l’information qui relève de l’administration, sous réserve d’exceptions précises et limitées. Le paragraphe 2(1) de cette Loi prévoit ceci:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

In my view, subsection 19(1) is a limited and specific exception to the right of access to information under the control of a government institution based, as it is, on the purpose of the *Privacy Act* which, as set out in section 2 of that Act, is to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution.

I therefore decline to order disclosure of the names of persons on accounts receivable, loans receivable, and accounts payable statements of the Band and of persons for whom loans were guaranteed by the Band. I also decline to order disclosure of the job descriptions associated with specific salaries of employees of the Band.

INFORMATION CONSISTENTLY TREATED AS CONFIDENTIAL

The second category of information at issue is material that, according to the Band and the Minister, contains commercial information that is confidential and which is supplied to a government institution by a third party and is consistently treated as confidential by that third party. This information consists of expenditure plans and cash flow statements of the Band.

During the course of the hearing, it became apparent that the information on at least three of the six pages at issue had previously been made public. These were pages 93, 94 and 119 of "THE REQUESTED RECORDS." Once information is public, ordering that it remain confidential serves no useful purpose. These pages will have to be disclosed.

With respect to the balance of the pages in this category, there was some suggestion that the information on them already was public, but that was never

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

À mon avis, le paragraphe 19(1) énonce une exception précise et limitée au droit d'accès à l'information relevant d'une institution fédérale, laquelle est fondée sur l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui, comme le dit l'article 2 de cette Loi, vise à protéger les renseignements personnels concernant les individus qui relèvent d'une institution fédérale.

Je refuse donc d'ordonner la communication des noms des personnes figurant dans les extraits de comptes débiteurs, de prêts en cours et de comptes créditeurs de la bande et des personnes pour lesquelles des prêts ont été garantis par la bande. Je refuse également d'ordonner la communication des descriptions de tâches associées aux salaires précis d'employés de la bande.

RENSEIGNEMENTS TRAITÉS COMME CONFIDENTIELS DE FAÇON CONSTANTE

La seconde catégorie de renseignements en litige est composée de documents qui, selon la bande et le ministre, comportent des renseignements commerciaux confidentiels qui sont fournis à une institution fédérale par un tiers et qui sont traités comme confidentiels de façon constante par ce tiers. Ces renseignements comprennent les plans de dépenses et les états de l'évolution de l'encaisse de la bande.

Pendant l'audience, il est devenu évident que les renseignements figurant sur au moins trois des six pages en litige avaient déjà été rendus publics. Il s'agissait des pages 93, 94 et 119 du document intitulé [TRADUCTION] «LES DOCUMENTS DEMANDÉS». Une fois que des renseignements sont publics, il ne sert à rien d'ordonner qu'ils demeurent confidentiels. Ces pages devront être communiquées.

Quant au reste des pages visées par cette catégorie, on a laissé entendre que les renseignements qui y figurent sont déjà publics, mais la chose n'a jamais

confirmed. Certainly, the information that is already public is similar to the information in the balance of these pages. In any event, these pages are all part of an Alternative Funding Arrangement Transfer Payment Agreement and amendments thereto between the Peguis Indian Band and Her Majesty the Queen in right of Canada. The information relates to the funding of the Band.

Counsel for the Band argues that the information in question constitutes negotiating documents and should be kept confidential for that reason. Even if the material in question did constitute negotiating documents, the information is some years old and its contents are known to the other party to the negotiations. He also argued that these documents should remain confidential in principle. That is not a relevant argument for me to consider. Either confidentiality is justified under one of the exceptions to disclosure under the *Access to Information Act* or it is not.

There was very little evidence before me as to why this information was confidential and indeed, whether it was treated consistently as being confidential by the Band. In my opinion, the Band and the Minister have not satisfied the onus on them of proving that this information falls under paragraph 20(1)(b) of the *Access to Information Act*. Therefore it must be disclosed.

FINANCIAL LOSS FROM DISCLOSURE

The third category of information at issue is information which the Band says will cause it financial loss if disclosed. The Band relies on paragraph 20(1)(c) of the *Access to Information Act*. Of concern here are the names of businesses from whom the Band made purchases of goods or services. The names are listed on the accounts payable statements as businesses to whom sums were owing on March 31, 1990. It is argued by counsel for the Band that if the names of these businesses are disclosed, members of the Band may, without authorization, pledge the credit of the Band with these businesses, and thereby create unauthorized liabilities for the Band.

été confirmée. De toute évidence, les renseignements qui sont déjà publics sont semblables à ceux qui figurent dans ces pages. Quoi qu'il en soit, ces pages font toutes partie d'une convention de transfert concernant le mode optionnel de financement et des modifications y afférentes, intervenue entre la bande d'Indiens Peguis et Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Les renseignements se rapportent au financement de la bande.

L'avocat de la bande soutient que les renseignements en question se rapportent à des documents concernant les négociations et qu'à ce titre, ils devraient demeurer confidentiels. Même si c'était le cas, ces renseignements datent d'il y a quelques années et leur contenu est connu par l'autre partie aux négociations. L'avocat a également soutenu que ces documents devraient demeurer confidentiels en principe. Ce n'est pas un argument pertinent qu'il m'incombe d'examiner. La confidentialité est justifiée en vertu d'une des exceptions prévues par la *Loi sur l'accès à l'information* ou elle ne l'est pas.

On a présenté devant moi fort peu d'éléments de preuve au sujet de la raison pour laquelle ces renseignements étaient confidentiels et, de fait, s'ils étaient traités comme tels de façon constante par la bande. À mon avis, la bande et le ministre ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait de prouver que ces renseignements sont visés par l'alinéa 20(1)(b) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ces renseignements doivent donc être communiqués.

PERTES FINANCIÈRES RÉSULTANT DE LA COMMUNICATION

La troisième catégorie de renseignements en litige concerne des renseignements qui, de l'avis de la bande, causeront des pertes financières du fait de leur communication. La bande s'appuie sur l'alinéa 20(1)(c) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les noms des entreprises auxquelles la bande a acheté des biens ou services sont ici en cause. Les noms mentionnés dans les extraits de comptes créditeurs sont ceux d'entreprises auxquelles des sommes étaient dues le 31 mars 1990. L'avocat de la bande soutient que si les noms de ces entreprises étaient communiqués, les membres de la bande pourraient, sans autorisation, engager la responsabilité de cette der-

This argument is without merit. Indeed, the Chief of the Band, in the cross-examination of his affidavit, admitted that the Band had experienced this type of difficulty in the past and had taken steps to prevent the unauthorized pledging of the Band's credit. At any and all times, it is open to the Band to make arrangements with vendors stipulating that the Band will only honour invoices for goods or services if the purchases are made in an authorized manner, and by an authorized person, in accordance with whatever conditions the Band and vendors agree to.

It must also be obvious, in many cases, that Band members will know the names of businesses with whom the Band trades. Trucks will come to the reserve, there will be labels on items purchased, there will be boxes with vendors' names on them placed in the trash, there will be word of mouth discussions and other ways in which this information can be determined by Band members. In my opinion, the names of the firms with whom the Band does business is not information, the disclosure of which could result in material financial loss to the Band. It must be disclosed.

CONCLUSION

The portions of pages 16, 41, 42, 55, 56, 57, 58 and 59 in which the confidentiality claim is based on subsection 19(1) of the *Access to Information Act* shall remain confidential. All other information shall be disclosed. The operation of the order shall be suspended pending appeal, in order not to render an appeal futile by requiring immediate disclosure.

The applicant was only partially successful at the hearing. However, through the processes prior to, and at the hearing, some information that was originally treated as confidential was voluntarily disclosed. The applicant has obtained much of the disclosure that he sought and only "personal information" is to remain confidential. There have also been issues related to the interpretation of some of the provisions of the

nière auprès de ces entreprises, et créer ainsi des dettes non autorisées pour le compte de la bande.

Cet argument n'est pas fondé. De fait, le chef de la bande, lorsqu'il a été contre-interrogé au sujet de son affidavit, a reconnu que la bande avait fait face à ce genre de problème par le passé et qu'elle avait pris des mesures pour empêcher que sa responsabilité soit engagée sans autorisation. Il est loisible à la bande en tout temps de prendre des dispositions auprès des vendeurs en stipulant qu'elle ne paiera les factures se rapportant à des biens ou services que si les achats ont été autorisés, et s'ils sont effectués par une personne autorisée, conformément aux conditions dont la bande et les vendeurs auront convenu.

Il doit également être évident, dans bien des cas, que les membres de la bande connaissent les noms des entreprises avec lesquelles cette dernière traite. Des camions viennent dans la réserve, il y a des étiquettes sur les articles qu'on achète, des boîtes sur lesquelles figurent les noms des vendeurs qui sont mises au rebut, des discussions de vive voix et d'autres façons pour les membres de la bande d'obtenir ces renseignements. À mon avis, le nom des entreprises avec lesquelles la bande traite ne constitue pas un renseignement dont la communication pourrait causer des pertes financières importantes à la bande. Ces renseignements doivent être communiqués.

CONCLUSION

Les parties des pages 16, 41, 42, 55, 56, 57, 58 et 59 à l'égard desquelles la confidentialité est alléguée, en vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, demeureront confidentielles. Tous les autres renseignements seront communiqués. L'application de l'ordonnance sera suspendue en attendant l'issue de l'appel, de façon que celui-ci ne devienne pas futile du fait qu'on exige la communication immédiate.

À l'audience, le requérant n'a eu qu'en partie gain de cause. Toutefois, avant et pendant l'audience, certains renseignements qui étaient initialement traités comme confidentiels ont volontairement été communiqués. Le requérant a obtenu communication d'une bonne partie des renseignements demandés et seuls les «renseignements personnels» doivent demeurer confidentiels. Certaines questions se sont également

Access to Information Act and *Privacy Act* that have not been previously addressed in the jurisprudence. Under the circumstances, it would be appropriate to award costs to the applicant from the respondent.

posées au sujet de l'interprétation de certaines dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, lesquelles n'avaient pas déjà été examinées dans des arrêts antérieurs. Dans ces conditions, il serait opportun d'adjuger les dépens au requérant.

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.

ANIMALS

Appeal from refusal of Trial Judge (*Hunt (David) Farms Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1994), 74 F.T.R. 270) to quash decision to destroy two cows imported by appellant from United Kingdom to Canada—Decision by doctor under Health of Animals Act, s. 33 to destroy cows as contaminated by epidemic disease—Whether doctor's discretion had been fettered—Conclusion doctor had no relevant discretion unassailable—Application for judicial review seeking for discretionary remedy on basis Trial Judge disposed of application on different ground than what parties submitted—Barring statutory exception, applicant must satisfy Court discretion ought to be exercised whatever position of respondent—While Trial Judge disposed of fettered discretion issue in unexpected fashion, issue nevertheless disposed of—No error by Trial Judge—Appeal dismissed—Health of Animals Act, S.C. 1990, c. 21, ss. 33, 48(1).

DAVID HUNT FARMS LTD. V. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (A-120-94, Mahoney J.A., judgment dated 12/5/94, 4 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of Refugee Division decision applicant had not met burden of proof—Applicant's testimony contained number of contradictions and inconsistencies and much evidence not credible—Refugee Division made no error which could justify intervention by Federal Court—Applicant withdrew procedural fairness argument by not objecting to deletion of exhibit from record—Not appropriate to allow applicant to make objection since should have been made at hearing—Not necessary to decide whether acts allegedly committed against applicant persecution or whether circumstances related by applicant justify reasonable fear of persecution, as Refugee Division did not believe applicant's story: no substance to evaluate since applicant not credible—Application dismissed.

BANGOURA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-784-93, Nadon J., order dated 18/4/94, 9 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Motion to compel Appeal Division of Immigration and Refugee Board to provide written reasons for denial of applicant's appeal of deportation order—Board refusing to produce written reasons as no request made by either party within ten days from date of communication of decision under Immigration Act, s. 69.4(5)—Federal Court Immigration Rules, 1993, s. 9 cannot be used to compel Board to produce written reasons—Restrictive interpretation of word "given" proposed by applicant inconsistent with meaning normally ascribed to word in everyday language—In context of legal decision, use of word "given" normally implies reasons expressed or articulated in either written or oral form—Rules, s. 9(2) not intended to allow Court to compel Board to produce written reasons, but to ensure all parties provided with reasons when available, and notified when not available—Board's letter of April 21, 1993 to Registry complying with obligation to notify all parties concerned no reasons available—Motion dismissed—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, s. 9—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.4(5) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, c. 63).

PAUL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1073-93, Jerome A.C.J., order dated 6/7/94, 4 pp.)

Application for judicial review for Refugee Division decision dismissing refugee claim on ground applicant not credible—Division made no error of fact or law based on evidence in record—Conduct of member at hearing unacceptable since applicant had no opportunity to be heard fairly—Burden of proof on applicant and should have opportunity to present evidence as he or she wishes—Counsel had no opportunity to examine applicant in order to elicit evidence which considered essential and necessary to prove applicant had reasonable fear of persecution—Rules of natural justice should be observed and were not—Application allowed and decision by Refugee Division reversed.

DEL CASTILLO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1431-93, Nadon J., order dated 15/4/94, 7 pp.)

Application for judicial review of decision of Refugee Division respondent Convention refugee—Applicant alleged Refu-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

gee Division's failure to observe procedure specified in Immigration Act and disregard of right of Minister responsible for applying Act to intervene in review of respondent's claim and participate in hearing held for this purpose serious objections to dispute this decision—Since Minister did not ask to receive information pursuant to s. 69.1(2), Refugee Division entitled not to hold hearing and could grant respondent refugee status within 28-day deadline specified in Rules, s. 8(2)(b)—Rules, s. 8(2)(b) quite clear as to deadlines applicable and indicates intent of Parliament to set precise limits within which Minister may notify Refugee Division he intends to participate in claimant's hearing—Significant difference between the nature of Minister's rights and those of claimant to refugee status—Claimant has established right to participate in hearing pursuant to guarantees made by Charter, s. 7—Right guaranteed even in situation where by some fault on claimant's part, latter not aware of date of hearing and not present—In case of Minister's absence from hearing he cannot argue right to life, liberty or security of person within meaning of s. 7 infringed—If Minister intends to intervene, must notify division within specified deadlines—When, through negligence, fails to do so, right to participate lost—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 46.03(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 37)), 69.1(2), (7.1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 60)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/89-103, s. 8(2)(b)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitutional Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

CANADA (SECRETARY OF STATE) v. MOSTAMEH (IMM-2606-93, Tremblay-Lamer J., order dated 6/6/94, 5 pp.)

Application for order to vary previous judgment or order so it can certify serious question of general importance in accord with Immigration Act, s. 83(1); applicants requesting application be heard at oral hearing on basis issues raised sufficiently novel and complex—Question for certification concerning appropriate test in assessing changes in country conditions warranting rejection of claim to Convention refugee status—Application should be dealt with on basis of written submissions herein in accord with directions and without oral hearing; circumstances novel but issues raised not complex and may be dealt with on basis of submissions made in writing, without prejudice or injustice to applicants—Application to vary based on discovery of recent F.C.T.D. case (*Hassanzadeh-Oskoi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*) (1993), 65 F.T.R. 113 (F.C.T.D.)) where question on change in country conditions certified—Ordinarily, failure to discover and refer to relevant case law not providing basis for claiming subsequent discovery is new matter warranting review of order under Federal Court Rule 1733—Not always easy to discover recent case law of Federal Court in regard to immigration matters even by exercise of diligence—Each case must be considered on own facts but consistency in decisions of judges important if underlying facts of different cases clearly similar—Not persuaded appearance of inconsistency among Trial Division decisions in relation to issue of change in country circumstances significant when one considers test ultimately to be

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

applied in assessing whether there is objective basis for claimant's fear—Unlike Tribunal in *Hassanzadeh-Oskoi*, panel herein did refer to other documentary evidence not supportive of its conclusion and set out reasons why changes were effective to preclude reasonable fear of persecution in light of evidence adduced—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Rule 1733—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

BHUIYAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-6737, MacKay J., order dated 5/5/94, 9 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application for judicial review of decision of Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicant not Convention refugee—Citizen of El Salvador claiming Convention refugee status based on fear of persecution if required to return to El Salvador by reason of political opinion and membership in particular social group—CRDD basing decision on changes in country conditions in El Salvador—Changed country conditions must be fundamental, significant and of proven durability—Objective nature of changes must be assessed against particular circumstances of applicant in order to determine whether changes are so significant, effective and durable as to nullify objective basis of claim—CRDD's analysis herein inadequate—Hearing before CRDD taking place on September 28, 1992, barely eight months after peace accords for El Salvador came into force—Documentary evidence cited by CRDD at best ambivalent as to significance, effectiveness and durability of changes in El Salvador—CRDD committing no error, once having concluded applicant lacked objective basis to fear of persecution if required to return to El Salvador by reason of changed country conditions, in failing to consider whether applicant nonetheless entitled to Convention refugee status by virtue of Act, s. 2(3)—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 2(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

CHAVEZ-MENENDEZ v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-170-93, Gibson J., order dated 16/6/94, 11 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicants not Convention refugees under Immigration Act—Applicants citizens of Sri Lanka, of Tamil nationality—Claims to Convention refugee status based on alleged well-founded fear of persecution by reason of nationality, political opinion and membership in particular social group—Applicant's evidence before CRDD less than satisfactory—CRDD wrong in finding Special Task Force finally came to believe adult applicant's assertion husband was missing—CRDD's decision set aside, matter referred back for redetermination—CRDD should take into account record before previous panel as well as any other evidence new panel considers appropriate—Not necessary, when matter returned to CRDD for redetermination, to revert to beginning—Should be

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

possible to overcome weakness in earlier evidence by supplementing that evidence—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2.

SITSABESHAN v. CANADA (SECRETARY OF STATE)
(IMM-1014-93, Gibson J., order dated 22/6/94, 7 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Russia, claimed refugee status based on well-founded fear of persecution by reason of Moldavian nationality—Applicant testified concerning various incidents in which Russians beat or threatened him and defaced or destroyed property—Although police received complaints, no investigation conducted—Board stated applicant victim of discrimination or harassment but not persecution—Board failed to consider whether acts were "serious or systematic enough to be characterized as persecution, or to lead to a conclusion that there was a serious possibility of persecution in the future": *Sagharichi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. D-26 (C.A.); application for leave to appeal dismissed, 23826, 17/2/94, S.C.C.—Failure of Board to apply proper principles in analyzing this aspect of claim constituting reversible error of law—Application allowed.

KATASSONOV v. CANADA (SECRETARY OF STATE)
(IMM-4146-93, McGillis J., order dated 31/5/94, 2 pp.)

Appeal from Refugee Division's decision re: appellant's claim for Convention refugee status—Appellant fearing persecution from Amal Shi'ite militia in Lebanon as being victim of forced recruitment policy in Beirut—Refugee Division rejecting appellant's credibility—Adverse finding of credibility not to be disturbed—Evidence clear Amal militia did not attempt to forcibly recruit any of appellant's friends and schoolmates—Panel entitled to infer from surrounding circumstances in Beirut appellant's friends and classmates of same religious and ethnic background—Adverse finding of credibility also based on appellant's conduct in illegally remaining in United States—Purpose of new information received by Refugee Division to determine whether movement of Amal away from Beirut completed and to throw light on Amal's activities at new location—No objection to procedure adopted by presiding member for receiving additional information—Appellant's conduct implied waiver of alleged breach of natural justice—Claim to be rejected as adverse finding of credibility properly made—No purpose served in remitting matter to Refugee Division even if issue of subsequent change of conditions in Lebanon valid—Appeal dismissed.

YASSINE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-795-91, Stone J.A., judgment dated 15/6/94, 7 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Division panel decision no basis for applicant's fear of persecution—Applicant coming to Canada from Pakistan in 1991—Member of Ahmadiyya Movement—Alleging systematic discrimination, persecution of Ahmadis arising from Ordinance XX adding new sections to Pakistan Penal Code providing Ahmadis and members of Quadiani and Lahori groups, who refer to non-Muslim persons with certain names or who pose as Muslims, or in any way outrage religious feel-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

ings of Muslims liable to imprisonment for up to three years—Panel holding Ordinance discriminatory, but not persecution—Holding Ordinance not issue in claimant's family, nothing in material indicating mass exodus of Ahmadis from Pakistan—Stating familiar with Pakistani cases and Ordinance XX and wanted to hear applicant's personal problems as Ahmadi—Chairman stating panel would not rule on basis of applicant's membership in particular social group solely, without hearing testimony and deciding on particular circumstances of applicant's case—Applicant submitting panel not permitting opportunity to base case on ground Ordinance XX constituting *per se* persecution of Ahmadis—Application allowed—Panel depriving applicant of opportunity to advance case on basis of persecutory nature of Ordinance XX towards Ahmadis in Pakistan and therefore breaching rules of procedural fairness—Validity of approach based on persecutory nature of law of general application recognized in *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 518 (C.A.)—Onus on applicant to show laws of general application persecutory—Panel's approach precluding applicant from satisfying onus—Majority of refugee cases decided on basis of particular circumstances, but panel cannot preclude reliance solely on persecutory nature of law of general application to particular group—Erred in dismissing documentary evidence stating entire population of Rabwah charged with violation of Ordinance XX as no evidence any action taken on charges—Charges giving credence to claim being Ahmadi in Pakistan giving rise to reasonable apprehension of persecution as result of Ordinance XX—Conclusion mere possibility of persecution if applicant returning to Pakistan error in law as not following from documentary evidence of Ahmadis being beaten, attacked by mobs—Other panels of Immigration and Refugee Board finding Ahmadis to be Convention refugees because of persecutory laws in Pakistan—Where other panels finding law of general application in Pakistan in relation to Ahmadis persecutory, desirable for panel coming to different conclusion to distinguish previous decisions.

AHMAD v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-555-92, Rothstein J., order dated 17/6/94, 9 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Fundamental Freedoms

Application for review of Solicitor General's refusal to provide personal information held by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) in exempt Bank 15 and to acknowledge existence of personal information in Bank 10—As Bank 10 relating to CSIS' current and most sensitive investigations, disclosure requested could jeopardize CSIS' investigations by enabling certain individuals or organizations to know whether CSIS is interested in activities—CSIS acknowledging existence of and providing older, less sensitive personal information in Bank 15 except that which, in CSIS' view, remaining exempt from production—Respondent willing to make *ex*

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

parte representations to satisfy Court refusal justified under Act—Privacy Act, s. 51 requiring Court, if asked, in applications for review under s. 41, to hear representations from government on *ex parte* basis—Such applications must be heard *in camera*—Applicant alleging right to privacy protected by both Charter, ss. 7, 8—Whether s. 51 breaching Charter ss. 7, 8, 2(b), and if so whether justified—Whether focus on privacy proper in this case—S. 51 relevant only where personal information obtained in confidence from foreign state or related institutions, from international organization of states or related institutions, or where disclosure of personal information reasonably expected to be injurious to conduct of international affairs, defence of Canada and allies, or Canada's efforts in detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities—S. 46 also giving Court general discretion to prevent improper disclosure of any personal information—Privacy Act concerned with both privacy and access issues—S. 41 review concerned principally with access issues—Whether privacy rights also affected in particular case depending on scope and nature of personal information involved and on what may be determined to be individual's reasonable expectation of privacy—S. 51 one step further removed from privacy issues—Simply procedural section establishing rules for conduct of s. 41 reviews—Court not accepting Charter challenge to s. 51 based on privacy rights—Charter, s. 2(b) guaranteeing freedom of expression, press—S.C.C. recognizing principle press serving as surrogate for general public because reporting on proceedings members of public cannot attend—Press reports of court proceedings making them proceedings truly public: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326—Applicant's rights as reader directly affected if hearing held *in camera* and *ex parte* submissions made—As member of reading public, applicant entitled to raise s. 2(b) against mandatory requirements for *ex parte* and *in camera* proceedings in s. 51—Where public disclosure of personal information could be destructive of interests protected, necessary and in public interest, to deal with disclosure of personal information *in camera* and *ex parte*—To provide such personal information must automatically be dealt with *in camera* and *ex parte* offending Charter, s. 2(b)—Inappropriate to hold court in private unless, on case-by-case basis, Crown demonstrating to satisfaction of judge in exercise of discretion *in camera* and/or *ex parte* proceedings justified when weighed against public interest in open and accountable judicial system—Although s. 2(b) not considered in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, Court's conclusion that *ex parte* proceedings not violating principles of fundamental justice when conducted following exercise of discretion, supporting decision herein that *in camera* and *ex parte* proceedings sanctioned by mandatory provisions in statute, constituting restriction on rights in s. 2(b)—Privacy Act, s. 51(1) restricting rights protected in s. 2(b)—Whether restriction justified under Charter, s. 1 outstanding—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 19, 21, 41, 46, 51—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 7, 8.

RUBY V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-638-91, Simpson J., order dated 6/6/94, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Action by which plaintiff denied being subject to payment of sales tax after inventory of ARO company, which had declared bankruptcy, sold between September 4 and 30, 1987 in execution of security which it held on that company's inventory—By notice of assessment dated March 1, 1988, defendant claimed \$17,967.02 from Caisse as uncollected sales tax, fine and interest on sale of property in question—Excise Tax Act, s. 27(1) providing federal sales tax payable by "manufacturer or producer" at time goods delivered to buyer—S. 27(3) providing where person not manufacturer or producer acquires from one of those persons right to sell goods, subject to payment of tax as if sale made by manufacturer or producer—Caisse in fact continued business of manufacturer or producer as assignee of inventory within meaning of Act, s. 2(1)(a)—Facts indicated it was Caisse which could benefit from continuation of production as ARO president no longer interested in his business—Production of furniture completed due to additional investment of \$50,000 by Caisse—Caisse controlled ARO account during period in question and received all money collected by ARO, in particular for sales tax, and Caisse alone benefited from it—Caisse not covered by Act, s. 2(1)(b) as rights referred to must be understood *ejusdem generis* with list contained therein—As regards Act, s. 27(3), Caisse indeed person who acquired right to sell goods—Action dismissed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 2(1)(a), (b), 27(1), (3).

CAISSE POPULAIRE DE DAVELUYVILLE (ARO (1984) INC.) v. CANADA (T-1091-91, Dubé J., judgment dated 26/5/94, 20 pp.)

INCOME TAX

CORPORATIONS

Appeal from Trial Division's decision (*Pan Ocean Oil Ltd. v. Minister of National Revenue* (1993), 68 F.T.R. 1) allowing respondent's appeal in respect of assessments for 1974, 1975 taxation years—Present appeal requiring Court to reexamine precise scope and reach of provisions relating to amalgamation found in Income Tax Act, s. 87 and *Guaranty Properties Ltd. v. Canada*, [1990] 3 F.C. 337 (C.A.), thereby allowing respondent, oil and gas corporation formed in 1974 by amalgamation of two other Alberta corporations, to deduct those corporations' exploration and drilling expenses in period prior to 1972 for 1974 and 1975 taxation years—Trial Judge's view as to reach of Income Tax Act, s. 87(2)(a) based on Court's *obiter dicta* in *Guaranty Properties*—Court therein did not intend to establish general rule that presumption of s. 87(2)(a) limited solely to timing of new corporation's first taxation year; rather, intention to indicate presumption limited in scope and not applicable generally to whole of Income Tax Act—Provisions of s. 87(2)(a) applicable only to amalgamated company's computation of income under Division B and where necessary as consequence thereof, to computations of taxable income (Division C) and of tax (Division E)—*Guaranty Properties* should not be read as denying amalgamated corporation to be deemed to be new corporation for all purposes relating to computation

INCOME TAX—Concluded

of income—Deemed “new” company, which, for tax purposes, came into being upon amalgamation, did not acquire property of amalgamating companies merged into it; rather, such property simply became property of new company upon amalgamation—Respondent, for tax purposes, deemed to be new corporation whose first taxation year deemed to have commenced at time of amalgamation; no provision in Income Tax Act allowing respondent to deduct oil and gas exploration expenses incurred by other taxpayers—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 87(2)(a).

PAN OCEAN OIL LTD. v. CANADA (A-562-93, Hugessen J.A., judgment dated 20/5/94, 9 pp.)

INCOME CALCULATION*Deductions*

Action challenging notice of reassessment for plaintiff’s 1980 taxation year—Point at issue deduction for earned depletion to be made in calculating plaintiff’s income for said taxation year—Case result of amendment to Income Tax Regulations, s. 1205(b)—Interpretation of measure giving effect to said amendment—Change concerned in instant case entails substitution of words “capital cost” for word “cost” in wording of s. 1205(b)—Amended provision applies to period beginning December 12, 1979, before its publication in *Canada Gazette*—One element or part of larger provision purpose of which simply to determine amount of “earned depletion base of a taxpayer as of a particular time”—If, as plaintiff argued, Parliament had intended acquisitions of property in Class 10(k) prior to December 12, 1979 to be exempt from effect of amendment of s. 1205(b) of Regulations, would have clearly said so—In absence of survival clause, plaintiff could not be justified in law, to support interpretation, by complaining simply of effect of immediate application of law to current situations—Action dismissed—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1205(b) (as am. by SOR/81-974, s. 6).

ALCAN ALUMINIUM LTD. v. CANADA (T-2532-87, Pinard J., judgment dated 27/5/94, 12 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application to set aside adjudicator’s decision under Canada Labour Code reinstating respondent to employ of applicant and ordering compensation for lost wages and costs—Adjudicator found respondent not laid off because of discontinuance of function, ordered reinstatement with full pay back and benefits and awarded costs on solicitor-client basis—Issue before adjudicator whether respondent laid off—Adjudicator acting within jurisdiction in determining no *bona fide* lay off due to discontinuance of function—Decision, based on evidence at hearing before him and findings of facts, not patently unreasonable—Nothing to warrant Court’s intervention with impugned decision, in light of privative clause in Code, s. 243—Adjudicator had jurisdiction to award costs on solicitor-client basis: language of s. 242(4)(c) broad enough to encompass award of costs on solicitor-client basis where circumstances so warrant—Proper and reasonable exercise of adjudicator’s discretion—Award of costs in accordance with R. 1618 appropriate—

LABOUR RELATIONS—Concluded

Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242, 243—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

BYERS TRANSPORT LTD. v. KOSANOVICH (T-1834-93, Jerome A.C.J., order dated 17/6/94, 7 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Defendant vessel *Prestigious* found responsible for 80% of damages caused to plaintiff’s vessel *Algosoo*, and latter, for 20%—R. 344.1 providing where plaintiff making offer to settle which has not been revoked, and obtains judgment as favourable or more favourable than offer, plaintiff entitled to party and party costs to date of service of offer and double such costs, excluding disbursements, thereafter, unless otherwise ordered—Settlement offer on December 6, 1993 more favourable to defendants than trial award—R. 344.1 not applying automatically—Approved by Order in Council on day trial commenced (January 13, 1994)—Court having discretion in matter as, even if R. 344.1 applies, regime thereunder prevails “unless otherwise ordered”—Whether exercising that discretion or discretion provided under R. 344(3)(g), Court awarding increase in costs after settlement offer as very reasonable and should have appeared so to defendants—As offer only made five to six weeks before trial to commence, and much of expense of preparation already incurred, defendants to pay full party and party costs of plaintiff up to date of offer and disbursements plus 150% of party and party costs thereafter—Defendants arguing for first time in these proceedings Canada Shipping Act, s. 565, providing for apportionment of liability according to degree of fault, not applicable as no collision herein, thereby barring plaintiff from recovery or limiting recovery to 50% of damages—Argument rejected as Court relying on s. 565 to effect apportionment according to fault, no such defence raised in pleadings, and improper case to change reasons—Further s. 565 clearly applies even if no collision as situation involving fault of two or more vessels in which loss caused to one of those vessels—Court having full discretion—Cases involving apportionment of costs along with liability distinguished—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 565—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344(3)(g) (as am. by SOR/87-221, s. 2), 344.1 (as am. by SOR/94-41, s. 3), 409.

ALGOMA CENTRAL CORP. v. PRESTIGIOUS (THE) (T-2287-88, Strayer J., judgment dated 17/6/94, 7 pp.)

NATIVE PEOPLES**ELECTIONS**

Application to quash notice of appeal filed by respondents as not properly alleging any permissible grounds of appeal—Applicants seeking declaration no evidence or insufficient evidence for Election Appeal Tribunal to order hearing into election appeal—Court having jurisdiction under Federal Court

NATIVE PEOPLES—Concluded

Act, s. 18.1(4) to review decision of Election Appeal Tribunal with respect to errors of jurisdiction and law—No privative clause protecting decisions of Election Appeal Tribunal of Big “C” First Nation—Tribunal having no authority to decide questions of law and jurisdiction raised in election appeal—Tribunal’s conclusion first four grounds of appeal had to do with “election practices which contravenes these regulations” patently unreasonable—Error of law or jurisdiction made by Tribunal in deciding to proceed with hearing without “evidence” or other material before it to support allegation—Election Regulations not allowing Tribunal to grant extension of time—Application allowed in part—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

BIG “C” FIRST NATION V. BIG “C” FIRST NATION ELECTION APPEAL TRIBUNAL (T-2192-93, Strayer J., order dated 2/6/94, 6 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Application for interlocutory relief including order compelling respondent Apotex to provide detailed statement of legal and factual basis in support of notice of allegation and particulars—Applicant Hassle, owner of six patents concerning medicine omeprazole—Apotex submitted notice of allegation under Patented Medicine (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(3)(b), alleging no claim for medicine or its use would be infringed by making, constructing, using or selling capsules of omeprazole—Applicants applied for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance marketing approval to Apotex until after expiration of six patents—Overall legal burden of proof at hearing under Regulations, s. 6(2) resting on patentee: *Eli Lilly and Co. et al. v. Nu-Pharm Inc. et al.*, T-1536-93, Nadon J., order dated 2/3/94, F.C.T.D., not yet reported—Wording of s. 6(2) also imposing on generic company evidential burden of adducing sufficient evidence to justify allegations, failing which, patentee will have little difficulty meeting overall legal burden in proceedings—In light of finding generic company has burden of adducing evidence to justify allegations, rationale advanced by applicants in support of application for particulars would appear to no longer exist—Application dismissed—Patented Medicine (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(3)(b), 6(2).

AB HASSLE V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1446-93, McGillis J., order dated 28/4/94, 6 pp.)

PRACTICE**CONTEMPT OF COURT**

Between January 1 and March 1, 1994, defendants printed and distributed guide entitled *The Magic World of Plants—Medicinal Plant Guide*—They also offered for sale and sold substances represented as being for use in treatment of dis-

PRACTICE—Continued

eases—They further offered prohibited products for sale in dosage form—After interim interlocutory injunction and interlocutory injunction, Denault J. issued a permanent injunction on December 20, 1993—Defendants knowingly violated terms of permanent injunction issued by Court by continuing to sell and offer to sell products covered by injunction—Defendant de l’Isle sentenced to one year in prison—Pharmavert Distribution Inc. fined \$50,000 payable within thirty days of date of this order—Defendant de l’Isle shall also pay court costs fixed at \$4,000 on a solicitor and client basis within the same time—Sentence of imprisonment reduced to six months on condition fine to be paid by company and court costs paid within time allowed—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, ss. 3, 9, 31—Food and Drugs Regulations, C.R.C., c. 870, ss. C.01.005 (as am. by SOR/81-248, s. 1), C.01.014 (as enacted *idem*, s. 2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. DE L’ISLE (T-2245-93, Noël J., order dated 1/5/94, 15 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Two applications for judicial review concerning decisions made in relation to expansion of recreational skiing facilities operated by Sunshine Village Corporation (SVC) on land leased from Her Majesty within Banff National Park—Principal motion by SVC seeking leave to file, beyond date fixed by earlier order, affidavit of former Minister of Environment—Court ordering expedited hearing of motion for judicial review seeking declaration EARGO not applying to development—Whether affidavit of Minister responsible for office, i.e. “federal board, commission or tribunal” whose decision questioned by judicial review, should be permitted to be filed late—Criteria for considering leave for late filing of affidavits: reasons for delay, intrinsic worth of affidavit, i.e. relevance, admissibility and potential use to Court—Timing of execution of Mr. Charest’s affidavit not matter within control of SVC—View of Minister of the day on state of law having no weight in deliberation of Court—Minister’s testimony by affidavit or cross-examination inadmissible—Affidavit adding nothing of significance for Court in dealing with applications of SVC and of Canadian Parks and Wilderness Society for judicial review—Leave to file affidavit late denied—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

SUNSHINE VILLAGE CORP. V. BANFF NATIONAL PARK (T-137-94, MacKay J., order dated 26/4/94, 9 pp.)

EVIDENCE

Application to determine scope of evidence applicant may put in on continuance—After finding patent infringement, Cullen J. finding insufficient evidence to warrant award of exemplary damages for callous disregard of injunction prohibiting Imperial Oil from using patented product in its product—Court of Appeal referring matter back to Cullen J. for continuance of trial on issue of exemplary damages—Silent as to procedure to be followed on continuance—Applicant arguing allegation of callous disregard for interlocutory injunction not pleaded—Application dismissed—Applicant not permitted to file new evidence—Although statement of claim not expressly pleading

PRACTICE—Continued

callous disregard for injunction, sufficient to plead patent infringement by continuing activities beyond date of injunction—Evidence, not pleadings, must establish beyond reasonable doubt callous disregard for injunction before Court awarding exemplary damages—R. 420(2)(b), permitting amendments after trial, not warranting amendment to pleadings or allowance of new evidence to be submitted to reveal “real” facts—Parties knew violation of injunction in issue at trial and no reason to believe real facts not already before Court—Within Trial Judge’s discretion as to whether continuance of trial, as ordered by Court of Appeal, necessitating further evidence or whether can be completed based on material as presented originally at trial, Court of Appeal having been silent on matter—Imperial should not be given leave to introduce new material on continuance—Issue in dispute on continuance before Court at trial, and evidence advanced to allow counsel to make submissions then and now—But for Trial Judge’s error, matter would have been concluded at Court of Appeal, with no new evidence as Imperial not seeking to introduce any new evidence at this stage—Factors weighing against exercise of discretion under R. 494 including: some of documents previously sought by Lubrizol, but not produced by Imperial to Lubrizol’s prejudice even though Lubrizol ultimately victorious; re-opening evidence stage unduly delaying fairly straightforward issue; manifestly unfair at this late date to allow Imperial to improve evidential position on issue previously agreed in Court; tactical decision not to produce documents previous to this must be abided by—Evidence not recently discovered, but available at trial—No mischaracterization of issue or principle of law from respondent’s material—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 420, 494.

LUBRIZOL CORP. v. IMPERIAL OIL LTD. (T-577-87, Cullen J., order dated 25/4/94, 12 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Statement of claim for failure to disclose cause of action or as abuse of Court’s process—Plaintiffs seeking damages for wrongful prosecution of Mr. Wheelton—Mr. Wheelton acquitted by jury on two charges of sexual assault—Court of Appeal of Yukon Territory allowing Crown’s appeal from acquittal, ordering new trial—Mr. Wheelton convicted on retrial—Court of Appeal exercising discretion under Criminal Code, s. 686(2) but not ordering third trial as accused already tried twice, serving substantial portion of sentence imposed—Defendants submitting plaintiffs’ case hopeless as clearly reasonable and probable cause for prosecution, otherwise Crown’s appeal would not have been successful—Also claiming Mr. Wheelton not acquitted on second appeal because no evidence against him, but because tried twice and serving substantial portion of sentence imposed—Motion dismissed—Although no evidence admissible on application to strike for no reasonable cause of action, it is admissible under abuse of process—Convictions and dispositions thereof by Yukon Court of Appeal admissible on second branch—Court of Appeal not disallowing Mr. Wheelton’s appeal, but satisfied accused should not have been retried on Count 2, and that miscarriage occurred prejudicing fair trial of Count 1—When necessary to make final disposi-

PRACTICE—Concluded

tion to make of appeal, quashed convictions and directed verdict of acquittal—Premature to find plaintiffs’ action hopeless and abuse of process—Without benefit of evidence, not plain and obvious no cause of action—Plaintiffs ordered to file amended statement of claim—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

WHEELTON v. GATES (T-1799-90, Dubé J., order dated 21/6/94, 3 pp.)

VARIATION OF TIME

Motion for extension of time to file application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1—Applicant missing thirty-day deadline prescribed by Federal Court Act, s. 18.1(2) due to understandable misreading of Act and Federal Court Rules—Christmas vacation counting as part of 30 days prescribed by s. 18.1(2)—Time limit, being prescribed by statute, cannot be modified or abrogated by subordinate legislation such as Rules of Court—Provisions of Interpretation Act can modify or explain s. 18.1(2) as said provisions statute law, not subordinate legislation—Juxtaposition within Federal Court Rules of two types of provisions can lead to confusion—Applicant having demonstrated good cause for delay occurred—Jurisdiction under s. 18.1 not depending upon whether decision of body in question made “in furtherance of federal law” but whether body making decision obtains source of jurisdiction and powers from Act of Parliament—Number of employer-employee type decisions subject of judicial review—Application granted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. 1-21—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.

BIALSKI v. NATIONAL RESEARCH COUNCIL (94-T-9, Reed J., order dated 16/6/94, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE

Term employees—Claim for damages for statutory delict and claim to be reinstated in permanent position of primary products inspector—Plaintiff worked as a primary products inspector for Department of Agriculture as term employee, but contract renewed annually for nearly five years—As plaintiff fully acquainted with federal government’s policy of making contract employees who had completed five years permanent employees, he obtained confirmation he would become permanent “if everything goes as expected”—Two weeks before five-year term ended, Department terminated plaintiff’s contract alleging reorganization of permanent staff, proposed cut in person-years and strike occurring in abattoir near plaintiff’s—Plaintiff submitted Department’s actions contrary to policy of granting indeterminate status to persons hired on contract who after five years of continuous service, abuse of discretion and failure to act fairly; further submitted Department’s actions disappointed legitimate expectation of becoming indeterminate employee—Defendants argued Treasury Board policy providing term employee with more than five years’ continuous service should ordinarily be hired on indeterminate basis not at issue since plaintiff did not accumulate five years continuous service; further, if plaintiff’s situation were to fall within this

PUBLIC SERVICE—Concluded

policy, it conferred no executory or fundamental right—Legitimate expectation may exist as consequence of promise by public authority or as result of current practice which should be applied if reasonable to do so—Principle of legitimate expectation restatement of fundamental duty to act fairly—Theory of legitimate expectation cannot create fundamental rights—Circumstances do not support legitimate expectation: (1) promise he would be made indeterminate employee made by immediate superior, who did not have authority to do so; (2) Department compelled not to apply administrative policy for valid reasons, since priority to protect indeterminate employees; (3) essential for Department, in performing administrative functions incumbent on it, to take necessary steps to deal with eventual and inevitable reduction in staff—Directive or policy does not have force of law because lacks essential features of regulation—Courts do not intervene to enforce rule they consider to be essentially administrative in nature and scope—Treasury Board administrative policy simply internal rule of conduct—Application dismissed.

GIRARD V. CANADA (T-3373-90, Rouleau J., judgment dated 25/3/94, 14 pp.)

TRADE MARKS**REGISTRATION**

Appeal and cross appeal from decision of Registrar of Trade-marks Opposition Board denying Coffee Hut Stores application to register trade mark "McBeans" for use in association with coffee and tea but rejecting McDonald's opposition—McDonald opposing registration of trade mark "McBeans" as applicant not person entitled to register trade mark, trade mark not registrable as being primarily surname, not distinctive of applicant—Non-compliance with Trade-marks Act, s. 30 issue raised herein, not before Registrar—Court limited to issues raised before Registrar—No prejudice to appellants if corporate name changed under Trade-marks Act, s. 56(5)—Change of name to be entered as amendment to register—Word McBeans found by hearing officer to be surname contrary to Act, s. 12(1)(a)—Whether "primarily" surname—Registrar right in finding McBeans can be perceived by average Canadian consumer as coined word as opposed to surname—Decision of Registrar as to whether two trade marks confusing to be given great weight, not to be lightly set aside—Onus on applicant for trade mark to establish registrability of trade mark, to satisfy Court no reasonable probability of confusion with any previously registered trade mark—Registrar stating correctly test for confusion, not applying it properly—Assessment as to whether, on first impression, average casual purchaser would confuse two marks not done in vacuum—One must examine how trade marks used in course of business—McBeans, McDonald's operating two very different kinds of businesses—Registrar wrong in holding no similarity between wares, services and trades of parties, and potential overlap in trades of parties—Suggestion McDonald's might decide to sell coffee beans in future insufficient to support finding of confusion—No evidence of actual confusion from consumers or purchasers—Registrar wrong in finding trade mark "McBeans" confusing with trade mark "McDonald's" for use in associa-

TRADE MARKS—Concluded

tion with wares coffee and tea and services of operation of business dealing with sale of said items—Where word common to trade, one cannot have family of trade marks—Coffee Hut Stores having shown by affidavit evidence significant use of prefix Mc or Mac in association with food products and restaurants (not fast food restaurants)—McDonald's business directing advertising and decor towards children—"McBeans" in the business of gourmet coffee—Not confusing with any single trade mark of McDonald's—Not part of family of trade marks—Appeal dismissed, cross appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12, 30, 56.

MCDONALD'S CORP. V. COFFEE HUT STORES LTD. (T-1205-92, McKeown J., judgment dated 6/5/94, 22 pp.)

TRANSPORTATION

Application to review and set aside arbitrator's decision rendered under final offer arbitration provisions (National Transportation Act, 1987, ss. 47 to 57)—S. 48 providing where shipper dissatisfied with rates for carriage of goods, may submit matter to Agency for final offer arbitration—Agency to refer matter to arbitrator—S. 112(2) providing every rate shall be compensatory—Applicant contending in selecting rate arbitrator bound to have regard to s. 112(2)—Submitting arbitrator erred in not giving effect to "uncontradicted" evidence rate proposed by shipper non-compensatory—Application allowed—Assuming s. 112(2) applicable to rate fixed by final offer arbitration, applicant not meeting onus on it as party invoking it to prove proposed rate non-compensatory—Throughout arbitration proceedings CN refusing to reveal to shipper or to arbitrator information relating to its costs and to alleged non-compensatory nature of rate, maintaining confidential information, and invoking Railway Act, s. 350—CN's position directly contrary to s. 54, outlining procedure where any party to final offer arbitration desiring to keep matters relating to arbitration confidential—Legislation specifically contemplating arbitrator dealing with confidential information and sharing of such information between parties—CN could not take refuge behind alleged confidentiality, while at same time basing itself on confidential information to assert and invoke non-compensatory character of proposed rate—Parliament intending final offer arbitration process to be workable and expeditious, which it could not be if carrier could so easily frustrate it—Party may withhold information, but at own peril, according to s. 50(5)—Arbitrator breached rules he himself had established and principles of procedural fairness in communicating with shipper's counsel to obtain additional information prior to giving his decision and without advising carrier of information sought and obtained—As subject of communication relatively unimportant, matter remitted to arbitrator for him to give opportunity to carrier to respond to information obtained from shipper and to vary decision, rather than vitiating whole process—National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, ss. 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 112—Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 350 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 342).

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. V. HANDYSIDE (A-540-91, Hugessen J.A., judgment dated 3/6/94, 9 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of Umpire's decision holding vacation pay not paid on account of separation from employment, but rather on account of relevant provision of contract of employment—Whether vacation pay paid to respondent on lay-off and, pursuant to contract of employment, payable before lay-off, in fact paid on account of said lay-off—Umpire referred to fact vacation pay paid by reason of relevant provision of respondent's contract of employment; but not in fact basis of his conclusion: latter actually based on the fact payment due and payable before separation from employment—Time at which vacation pay paid to employee may coincide with lay-off or separation from employment without payment being made by reason thereof—In such case lay-off only occasion, not cause, of payment—Consideration must be given to

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—
Concluded**

provisions of contract of employment or collective agreement, legitimate intent of parties and circumstances surrounding payment of amount in order to determine whether causal relationship between latter and separation from employment or pure coincidence without any causal connection between two events—No evidence in record parties to contract intended payment of vacation pay to be postponed to time of separation from employment and that money paid at that time by reason of separation—Application dismissed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., 1978, c. 1576, s. 58(8),(9).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KINKEAD (A-217-93, Létourneau J.A., judgment dated 18/5/94, 7 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.

ANIMAUX

Appel du refus du juge de première instance (*Hunt (David) Farms Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1994), 74 F.T.R. 270) d'annuler la décision de détruire deux vaches importées du Royaume-Uni au Canada—Décision prise par le vétérinaire en vertu de l'art. 33 de la Loi sur la santé des animaux de détruire les vaches parce qu'elles étaient contaminées par une maladie épidémique—Y a-t-il eu contrainte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du vétérinaire?—La conclusion portant que le vétérinaire n'était investi d'aucun pouvoir discrétionnaire est inattaquable—Demande de contrôle judiciaire visant l'obtention d'un redressement de nature discrétionnaire au motif que le juge de première instance a tranché la demande en s'appuyant sur un motif différent de ceux invoqués par les parties—En l'absence d'une exception prévue par la loi, la partie requérante doit convaincre la Cour qu'elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire, quelle que soit la position de la partie intimée—Le juge de première instance a tranché la question de la contrainte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de façon inattendue, mais il demeure que c'est bel et bien la question sur laquelle il s'est prononcé—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur—L'appel est rejeté—Loi sur la santé des animaux, L.C. 1990, ch. 21, art. 33, 48(1).

DAVID HUNT FARMS LTD. C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (A-120-94, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 12-5-94, 4 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre ayant décidé que l'indemnité de vacances ne fut pas payée en raison de la cessation d'emploi, mais plutôt en raison d'une disposition pertinente du contrat de travail—Il s'agit de déterminer si l'indemnité de vacances qui a été payée à l'intimé au moment de son licenciement et qui, en vertu de son contrat de travail, était payable avant le licenciement, a été, de fait, payée en raison dudit licenciement—Le juge-arbitre s'est référé au fait que l'indemnité de vacances avait été payée en raison d'une disposition pertinente du contrat de travail de l'intimé; mais, il ne s'agit pas du fondement de sa conclusion, celle-ci reposant plutôt sur le fait que l'indemnité était due et exigible avant la cessation d'emploi—Le moment du paiement

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

d'une indemnité de vacances à un employé peut coïncider avec celui de son licenciement ou de la cessation de son emploi sans pour autant que le paiement ne soit fait en raison dudit événement—Le moment du licenciement n'est alors que l'occasion et non la cause du paiement—On doit examiner les dispositions du contrat de travail ou de la convention collective, l'intention légitime des parties et les circonstances entourant le paiement de l'indemnité pour déterminer s'il existe une relation causale entre celui-ci et la cessation d'emploi ou s'il s'agit d'une pure coïncidence sans lien de causalité entre les deux événements—Aucune preuve au dossier que les parties au contrat ont voulu que le paiement des indemnités de vacances soit reporté au moment de la cessation d'emploi et que les sommes soient alors versées en raison de celle-ci—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., 1978, ch. 1576, art. 58(8),(9).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KINKEAD (A-217-93, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 18-5-94, 7 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Demande de réparation interlocutoire, dont une ordonnance obligeant Apotex, l'intimée, à fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels se fondent les assertions contenues dans son avis d'allégation—Hassle, la requérante, est propriétaire de six brevets qui se rapportent tous au médicament omeprazole—Apotex a signifié un avis d'allégation conformément à l'art. 5(3)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), dans lequel il est indiqué qu'il ne serait porté atteinte à aucune revendication pour le médicament en soi ou pour son utilisation par la fabrication, l'utilisation ou la vente des capsules d'omeprazole—Les requérantes ont demandé une ordonnance pour empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social d'émettre un avis de conformité à Apotex, jusqu'à l'expiration des six brevets précités—La charge générale de la preuve incombe au titulaire de brevet dans une demande présentée aux termes de l'art. 6(2): *Eli Lilly and Co. et autre c. Nu-Pharm Inc. et autre*, T-1536-93, juge Nadon, ordonnance en date du 23-2-94, C.F. 1^{re} inst., encore inédite—Le libellé de l'art. 6(2) du Règlement impose

BREVETS—Fin

aussi au fabricant de médicaments génériques l'obligation de présenter une preuve qui appuie suffisamment ses allégations, à défaut de laquelle le titulaire du brevet pourra facilement s'acquitter de l'obligation générale qui lui incombe en droit—Étant donné la conclusion que le fabricant de médicaments génériques est tenu de présenter une preuve pour justifier ses allégations, le fondement invoqué par les requérantes à l'appui de la demande de détails semblerait ne plus exister—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(3)*b*), 6(2).

AB HASSLE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1446-93, juge McGillis, ordonnance en date du 28-4-94, 10 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié concluant que le requérant n'avait pas renoncé le fardeau de la preuve qui lui incombait—Le témoignage du requérant contenait un certain nombre de contradictions et d'invéraisemblances et de nombreux éléments de preuve n'avaient aucune crédibilité—La section du statut de réfugié n'a commis aucune erreur pouvant justifier l'intervention de la Cour fédérale—Le requérant a renoncé à son argument d'équité procédurale en ne s'objectant pas au retrait d'une pièce au dossier—Il n'est pas approprié de permettre au requérant de faire l'objection puisqu'elle aurait dû être faite lors de l'audition—Il n'est pas nécessaire de décider si les actes présumément commis à l'égard du requérant constituent de la persécution ou si les circonstances relatées par le requérant justifient une crainte raisonnable de persécution parce que la section du statut de réfugié ne croyait pas l'histoire relatée par le requérant; il n'y a pas de substance à évaluer étant donné la non-crédibilité du requérant—Demande rejetée.

BANGOURA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-784-93, juge Nadon, ordonnance en date du 18-4-94, 9 p.)

Requête visant à forcer la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié à motiver par écrit le rejet de l'appel interjeté par le requérant d'une mesure d'expulsion—La Commission a refusé de motiver sa décision par écrit, au motif que ni l'une ni l'autre des parties ne lui en a fait la demande en vertu de l'art. 69.4(5) de la Loi sur l'immigration dans les dix jours de la date de la communication de la décision—On ne peut invoquer les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration pour forcer la Commission à produire des motifs écrits pour justifier sa décision—L'interprétation restrictive que le requérant propose au sujet du mot «donné» (dans l'expression «aucun motif n'a été donné») est incompatible avec le sens normalement attribué à ce mot dans le langage courant—Dans le contexte d'une décision judiciaire, l'emploi du mot «donné» implique normalement que les motifs sont prononcés ou formulés par écrit ou oralement—L'art. 9(2) des Règles ne vise pas à permettre à la Cour de forcer la Commission à motiver ses décisions par écrit, mais plutôt à veiller à ce que toutes les parties obtiennent les motifs lorsqu'ils exis-

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—
Suite**

tent, et qu'elles soient avisées lorsqu'ils n'existent pas—La lettre du 21 avril 1993 que la Commission a adressée au greffe respecte cette obligation d'aviser tous les intéressés qu'il n'existait pas de motifs—La requête est rejetée—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, art. 9—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 69.4(5) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 63).

PAUL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1073-93, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 6-7-94, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié ayant rejeté une revendication de réfugié au motif que le requérant n'était pas crédible—La section n'a pas erré en fait ou en droit compte tenu de la preuve au dossier—La conduite du membre audienier est inacceptable puisque le requérant n'a pas eu l'opportunité d'être entendu d'une façon juste et équitable—Le fardeau de la preuve étant sur le requérant, il doit avoir la possibilité de présenter ses éléments de preuve comme il l'entend—Le procureur n'a jamais eu l'opportunité d'interroger le requérant afin de faire ressortir les éléments de preuve qui lui semblaient essentiels et nécessaires afin de prouver que le requérant avait une crainte raisonnable de persécution—Les règles de justice naturelle doivent être respectées et elles ne l'ont pas été—Demande acceptée et la décision rendue par la section du statut de réfugié est infirmée.

DEL CASTILLO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1431-93, juge Nadon, ordonnance en date du 15-4-94, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision de la section du statut que la partie intimée est une réfugiée au sens de la Convention—La partie requérante allègue que le défaut par la section du statut de respecter la procédure prévue par la Loi sur l'immigration et le non-respect du droit du ministre chargé de l'application de la loi d'intervenir dans l'étude de la revendication de la partie intimée et de participer à l'audience tenue à cette fin constituent des motifs sérieux à l'encontre de la décision attaquée—Puisque le ministre n'a pas demandé de recevoir de renseignements en vertu de l'art. 69.1(2), la section du statut avait le droit de pas tenir d'audience et pouvait accorder à l'intimée le statut de réfugié dans le délai de 28 jours prévu à l'art. 8(2)(*b*) des Règles—L'art. 8(2)(*b*) des Règles est explicite quant aux délais prévus et fait preuve de l'intention du Parlement de fixer des limites précises à l'intérieur desquelles le ministre peut aviser la section du statut qu'il entend participer à l'audition d'un revendicateur—Il existe une différence importante entre la caractérisation des droits du ministre et ceux d'un revendicateur au statut de réfugié—Le revendicateur a un droit reconnu de participer à son audience en vertu des garanties prescrites par l'art. 7 de la Charte—Ce droit est garanti même dans une situation où, par quelque faute de sa part, il ou elle n'est pas au courant de la date de l'audience et n'est pas présent—Lorsqu'il s'agit de l'absence du ministre à l'audience, celui-ci ne peut prétendre qu'il y a atteinte à son droit à la vie, la liberté ou à la dignité de sa personne au sens de l'art. 7—Si le ministre entend intervenir, il a la responsabilité d'aviser la section du statut dans les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

délais impartis—Lorsque par sa négligence, il omet de le faire, son droit de participer est perdu—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C., 1985, ch. I-2, art. 46.03(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 37)), 69.1(2),(7.1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/89-103, art. 8(2)(b)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 7.

CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) C. MOSTAMEH (IMM-2606-93, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 6-6-94, 5 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance modifiant une ordonnance ou un jugement antérieur de façon qu'une question grave de portée générale puisse être certifiée conformément à l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration; les requérants demandant que la demande soit entendue dans le cadre d'une audience pour le motif que les questions soulevées sont suffisamment nouvelles et complexes—La question de la certification concerne le critère qu'il convient d'appliquer pour évaluer quand les changements dans la situation d'un pays justifient le rejet de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—La demande devrait être examinée compte tenu des arguments écrits présentés en l'espèce conformément aux directives et sans audience: les circonstances sont nouvelles, mais les questions soulevées ne sont pas complexes et peuvent être réglées en se fondant sur les arguments écrits, sans causer de préjudice ou d'injustice aux requérants—La demande de modification est fondée sur la découverte d'un arrêt récent de la Section de première instance de la Cour fédérale (*Hassanzadeh-Oskoi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 65 F.T.R. 113 (C.F. 1^{re} inst.)), dans lequel la question concernant les changements dans la situation d'un pays a été certifiée—Habituellement, l'omission de découvrir et de citer la jurisprudence pertinente ne constitue pas un fondement pour alléguer que la découverte subséquente est une nouvelle question justifiant la révision d'une ordonnance en vertu de la Règle 1733 des Règles de la Cour fédérale—Il n'est pas toujours facile de découvrir un arrêt récent de la Cour fédérale en matière d'immigration même si l'on fait preuve de diligence—Chaque affaire doit être examinée selon les faits qui lui sont propres, mais il est important que les décisions rendues par les juges soient uniformes si les faits qui sous-tendent des affaires différentes sont clairement similaires—La Cour n'est pas convaincue que l'apparence d'incompatibilité entre les décisions de la Section de première instance relativement à la question du changement dans la situation d'un pays soit importante si l'on tient compte du critère qu'il faut en fin de compte appliquer pour évaluer si la crainte de l'intéressé est objectivement fondée—Contrairement au tribunal dans l'arrêt *Hassanzadeh-Oskoi*, le tribunal en l'espèce s'est reporté à un autre élément de preuve documentaire qui n'étaye pas sa conclusion et a énoncé les raisons pour lesquelles les changements étaient réels, de sorte qu'il n'existait pas de crainte raisonnable de persécution selon la preuve pré-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

sentée—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1733—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

BHUIYAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-6737, juge MacKay, ordonnance en date du 5-5-94, 9 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Citoyen du Salvador revendiquant le statut de réfugié au sens de la Convention sur le fondement d'une crainte de persécution, s'il devait retourner au Salvador, du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—La SSR a fondé sa décision sur le changement de conditions au pays d'origine, le Salvador—Le changement de conditions doit être fondamental, important et d'une durabilité établie—La nature objective des changements doit s'apprécier par rapport aux circonstances particulières du requérant pour déterminer si les changements sont importants, efficaces et durables de manière à supprimer le fondement objectif de sa revendication—L'analyse faite par la SSR est insuffisante—L'audience tenue devant la SSR a eu lieu le 28 septembre 1992, à peine huit mois après l'entrée en vigueur des accords de paix au Salvador—La preuve documentaire citée par la SSR est au mieux ambivalente quant à l'importance, à l'efficacité et à la durabilité des changements au Salvador—La SSR, ayant conclu que la crainte du requérant, s'il devait retourner au Salvador, était dépourvue d'un fondement objectif en raison du changement de conditions au pays d'origine, n'a commis aucune erreur en n'examinant pas la question de savoir si le requérant avait néanmoins droit au statut de réfugié au sens de la Convention en application de l'art. 2(3) de la Loi—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

CHAVEZ-MENENDEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-170-93, juge Gibson, ordonnance en date du 16-6-94, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérantes sont citoyennes du Sri-Lanka, de nationalité tamoule—Leur revendication du statut de réfugié au sens de la Convention repose sur une crainte fondée de persécution du fait de leur nationalité, de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social—Le témoignage rendu par la requérante devant la SSR est moins que satisfaisant—La SSR a eu tort de conclure que la Special Task Force en était finalement venue à croire que l'affirmation de la requérante adulte selon laquelle son mari était porté disparu—La décision de la SSR est annulée et l'affaire renvoyée pour nouvel examen—La SSR devrait tenir compte du dossier dont disposait le tribunal antérieur ainsi que de tout élément de preuve que le nouveau tribunal juge approprié—Lorsque l'affaire est renvoyée à la SSR

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pour nouvel examen, il n'est pas nécessaire de revenir au début—Il devrait être possible de venir à bout des faiblesses dans la preuve antérieure en la complétant—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

SITSABESHAN C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT)
(IMM-1014-93, juge Gibson, ordonnance en date du
22-6-94, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen de la Russie, a revendiqué le statut de réfugié en faisant valoir qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa nationalité moldave—Le requérant a apporté son témoignage sur plusieurs incidents au cours desquels il aurait été rossé ou menacé et où ses biens auraient été dégradés ou détruits par les Russes—Même après le dépôt de plaintes, la police ne fit aucune enquête—La Commission estima que le requérant avait été victime de mesures de discrimination ou de harcèlement mais non de persécution—La Commission a manqué de s'interroger sur le point de savoir si les actes en question étaient «suffisamment sérieux ou systématiques pour être qualifiés de persécution ou pour permettre de conclure qu'il existe une possibilité de persécution à l'avenir»: *Saghari-chi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. F-33 (C.A.); demande d'autorisation d'appel rejetée, 23826, 17-2-94, C.S.C.—En ne fondant pas son analyse de cet aspect de la demande sur les principes applicables en la matière, la Commission a commis une erreur de droit susceptible d'entraîner la révision de sa décision—La demande est accueillie.

KATASSONOV C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT)
(IMM-4146-93, juge McGillis, ordonnance en date du
31-5-94, 2 p.)

Appel d'une décision rendue par la section du statut de réfugié relativement à la revendication du statut de réfugié présentée par l'appelant—Ce dernier craignait d'être persécuté par la milice des Shi'ites du mouvement Amal au Liban, parce qu'il avait été victime de la politique de recrutement obligatoire à Beyrouth—La section du statut de réfugié est arrivée à une conclusion défavorable quant à la crédibilité de l'appelant—Cette conclusion défavorable ne doit pas être modifiée—Il est ressorti clairement de la preuve que la milice du mouvement Amal n'a tenté de recruter par la force aucun des amis ou des compagnons d'études de l'appelant—Le tribunal pouvait déduire de la situation qui existait alors à Beyrouth que les amis et compagnons d'études de l'appelant appartenaient à la même religion et au même milieu ethnique que lui—La conclusion défavorable au sujet de la crédibilité était également fondée sur le fait que l'appelant était resté illégalement aux États-Unis—Les nouveaux renseignements reçus par la section du statut de réfugié visaient à déterminer si la milice du mouvement Amal s'était complètement retirée de Beyrouth ainsi qu'à connaître les activités de ce mouvement à son nouvel emplacement—Aucune objection n'a été soulevée quant à la procédure que le président de l'audience a suivie pour recevoir les renseignements supplémentaires—Par sa conduite, l'appelant a renoncé implicitement à la présumée violation des prin-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

cipes de justice naturelle—La conclusion défavorable quant à la crédibilité étant bien fondée, la demande ne pouvait qu'être refusée—Il serait inutile de renvoyer l'affaire à la section du statut de réfugié, même s'il pouvait être établi que la question de l'évolution de la situation au Liban est sérieuse—Appel rejeté.

YASSINE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE
L'IMMIGRATION) (A-795-91, juge Stone, J.C.A., jugement
en date du 15-6-94, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a statué que le requérant n'avait pas de bons motifs de craindre d'être persécuté—Le requérant est arrivé au Canada, du Pakistan, en 1991—Membre du mouvement ahmadi—Le requérant allègue qu'il existe une discrimination et une persécution systématiques des Ahmadis depuis l'adoption de l'Ordonnance XX, qui ajoute de nouveaux articles au code pénal du Pakistan, ces nouveaux articles prévoyant que les Ahmadis, les Qadianis et les Lahoris qui désignent des personnes non musulmanes par certains noms, ou qui se disent musulmans, ou qui d'une façon ou d'une autre font outrage aux sentiments religieux des musulmans sont passibles d'un emprisonnement de trois ans—Le tribunal a jugé que l'Ordonnance, bien que discriminatoire, ne constituait pas de la persécution—L'ordonnance n'a pas été évoquée dans la famille du revendicateur, et rien dans les documents soumis au tribunal n'indique qu'il y avait un exode d'Ahmadis du Pakistan—Le tribunal affirme avoir été saisi de nombreux dossiers mettant en cause des Pakistanais et l'Ordonnance XX, et désire que le revendicateur fasse état de ses problèmes personnels en qualité d'Ahmadi—Le président a affirmé que le tribunal ne rendrait pas sa décision sur la base de l'appartenance du revendicateur à un groupe social particulier uniquement, sans entendre de témoignage, et qu'il se fierait sur les circonstances particulières du dossier du revendicateur—Le requérant prétend que le tribunal ne lui a pas fourni à l'audience la possibilité de fonder sa demande sur le motif que l'ordonnance constituait en soi de la persécution à l'endroit des Ahmadis—Demande accueillie—Le tribunal a empêché le requérant de présenter ses arguments en faveur du caractère de persécution de l'Ordonnance XX envers les Ahmadis du Pakistan et, par conséquent, il a contrevenu aux règles de l'équité procédurale—La validité d'une approche fondée sur la nature persécutrice d'une loi d'application générale a été reconnue dans l'affaire *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 518 (C.A.)—Il appartient au requérant de montrer que la loi d'application générale est persécutrice—La façon dont le tribunal a abordé la question a empêché le requérant de s'acquitter du fardeau de faire cette preuve—La majorité des dossiers de réfugiés sont examinés en fonction de la situation particulière du revendicateur, mais le tribunal ne peut pas interdire qu'une personne s'appuie uniquement sur le caractère de persécution qu'une loi d'application générale peut avoir à l'égard d'un groupe particulier—Le tribunal s'est trompé en rejetant la preuve documentaire qui indiquait que toute la population de Rabwah avait été accusée d'avoir enfreint l'Ordonnance XX, le tribunal ayant eu pour motif qu'aucun élément de preuve ne montrait que des mesures avaient été prises par suite de ces accusations—Ces accusations donnent une certaine crédibilité

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

DROIT CONSTITUTIONNEL

à l'affirmation que le fait d'être un Ahmadi au Pakistan sou-ève une crainte raisonnable de persécution à cause de l'Ordonnance XX—La conclusion selon laquelle il n'existe qu'une simple possibilité de persécution si le requérant retourne au Pakistan constitue une erreur de droit, parce qu'elle ne découle pas de la preuve documentaire qui a établi que des Ahmadis avaient été battus ou attaqués par des bandes—D'autres tribunaux de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ont accordé le statut de réfugié au sens de la Convention à des Ahmadis en raison des lois persécutrices au Pakistan—Étant donné que d'autres tribunaux ont conclu à l'existence d'une loi d'application générale au Pakistan qui encourageait la persécution à l'endroit des Ahmadis, il aurait été très souhaitable que le tribunal, ayant choisi d'en arriver à une conclusion différente, explique pourquoi il dérogeait aux décisions antérieures.

AHMAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-555-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 17-6-94, 10 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Action par laquelle la demanderesse nie être assujettie au paiement de la taxe de vente après que les biens en stock de la compagnie ARO qui avait fait faillite, eurent été vendus par la demanderesse entre le 4 et le 30 septembre 1987 en exécution de la garantie qu'elle détenait sur les biens en stock de cette compagnie—Par avis de cotisation en date du 1^{er} mars 1988, la défenderesse a réclamé à la Caisse la somme de 17 967,02 \$ à titre de taxe de vente non perçue, d'amende et d'intérêt suite à la vente des biens en question—L'art. 27(1) de la Loi sur la taxe d'accise prévoit que la taxe de vente fédérale est payable par «le fabricant ou producteur» au moment où les marchandises sont délivrées à l'acheteur—L'art. 27(3) prévoit qu'une personne qui n'est ni le fabricant ni le producteur et qui acquiert de l'une de ces personnes le droit de vendre des marchandises, est assujettie au paiement de la taxe comme si la vente était faite par le fabricant ou le producteur—La Caisse a effectivement continué les affaires d'un fabricant ou producteur à titre de cessionnaire des biens en stock au sens de l'art. 2(1)a) de la Loi—Les faits ont démontré que c'était la Caisse qui pouvait bénéficier de cette continuation de la production alors que le président d'ARO n'était plus intéressé à son entreprise—La production des meubles a pu être complétée grâce à l'injection supplémentaire de 50 000 \$ par la Caisse—C'est elle qui contrôlait le compte d'ARO au cours de la période en question et qui a touché toutes les sommes d'argent perçues par ARO, notamment pour la taxe de vente, et c'est elle seule qui en a bénéficié—La Caisse n'est pas visée par l'art. 2(1)b) de la Loi, attendu que les droits cités doivent être compris «*ejusdem generis*» dans le sens de l'énumération qui s'y trouve—Quant à l'art. 27(3) de la Loi, la Caisse était bien une personne qui a acquis le droit de vendre les marchandises—Action rejetée—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 2(1)a),b), 27(1),3).

CAISSE POPULAIRE DE DAVELUYVILLE (ARO (1984) INC.) C. CANADA (T-1091-91, juge Dubé, jugement en date du 26-5-94, 20 p.)

CHARTRE DES DROITS

Libertés fondamentales

Demande de révision du refus du solliciteur général du Canada de communiquer des renseignements personnels en possession du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) dans le fichier inconsultable 15 et de reconnaître l'existence de renseignements personnels dans le fichier 10—Comme le fichier 10 concerne les enquêtes courantes les plus délicates du SCRS, la divulgation demandée pourrait compromettre les enquêtes du SCRS en permettant à certains particuliers ou organismes de savoir si le SCRS s'intéresse à leurs activités—Le SCRS a reconnu l'existence de renseignements personnels moins récents et moins délicats dans le fichier 15 et les a fournis au requérant, à l'exception de ceux qui, de l'avis du SCRS, demeurent protégés—L'intimé était prêt à présenter des arguments en l'absence de l'autre partie dans le but de convaincre la Cour que son refus était justifié en application de la Loi—Selon l'art. 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, dans les demandes de révision présentées sous le régime de l'art. 41, la Cour fédérale est tenue, sur demande, d'entendre les arguments du gouvernement en l'absence d'une partie—Ces demandes sont entendues à huis clos—Le requérant prétendait que le droit à la vie privée est protégé à la fois par les art. 7 et 8 de la Charte—Examen de la question de savoir si l'art. 51 viole les art. 7, 8 ou 2b) de la Charte et, le cas échéant, si cette violation est justifiée—Examen de la question de savoir s'il convient d'axer le débat sur le droit à la vie privée—L'art. 51 n'est pertinent qu'en ce qui touche les renseignements personnels obtenus à titre confidentiel, soit d'un État étranger ou de ses organismes, soit d'une organisation internationale d'États ou de ses organismes ou les renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada et d'États alliés ou aux efforts déployés par le Canada pour détecter, prévenir ou réprimer des activités hostiles ou subversives—L'art. 46 confère aussi à la Cour un pouvoir discrétionnaire général d'empêcher la divulgation inopportune de renseignements personnels—La Loi sur la protection des renseignements personnels concerne à la fois le droit à la vie privée et le droit d'accès aux renseignements personnels—La révision prévue à l'art. 41 concerne principalement le droit d'accès aux renseignements personnels—La question de savoir si le droit à la vie privée est également touché dans une situation particulière dépend de la portée et de la nature des renseignements personnels en cause et de la définition des attentes raisonnables d'un particulier quant à son droit à la vie privée—L'art. 51 est encore moins lié au droit à la vie privée—Il s'agit simplement d'un article à caractère procédural qui fixe les règles régissant les révisions effectuées sous le régime de l'art. 41—La Cour a refusé d'accueillir une contestation constitutionnelle de l'art. 51 fondée sur le droit à la vie privée—L'art. 2b) de la Charte garantit la liberté d'expression et la liberté de presse—La Cour suprême du Canada a reconnu le principe selon lequel la presse agit comme représentant du public, parce qu'elle relate le déroulement des procédures auxquelles les membres du public ne peuvent assister—C'est grâce aux comptes rendus de la presse que les instances judiciaires peuvent véritablement être considérées comme publiques: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur*

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

général), [1989] 2 R.C.S. 1326—Les droits du requérant en qualité de lecteur sont directement touchés si l'audience est tenue à huis clos et si des arguments sont présentés en l'absence d'une partie—En sa qualité de membre du public lecteur, le requérant a le droit d'invoquer l'art. 2b) pour contester la tenue obligatoire d'une audience à huis clos et en l'absence d'une partie édictée par l'art. 51—Lorsque la divulgation publique de renseignements personnels pourrait avoir un effet destructeur sur les intérêts protégés, il est nécessaire et conforme à l'intérêt public d'examiner la question de la divulgation des renseignements personnels à huis clos et en l'absence d'une partie—L'obligation de régler la question des renseignements personnels à huis clos et en l'absence d'une partie dans tous les cas contrevient à l'art. 2b)—Il ne convient pas que le processus judiciaire se déroule en privé, à moins que la Couronne, dans chaque cas, convainque le juge exerçant son pouvoir discrétionnaire que la tenue d'une audience à huis clos ou en l'absence d'une partie, ou à huis clos et en l'absence d'une partie, est justifiée au point de prévaloir sur l'intérêt public, qui commande que le système judiciaire fonctionne au grand jour et rende compte de ses décisions—Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur l'art. 2b) dans l'affaire *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, sa conclusion, selon laquelle la tenue d'une audience en l'absence d'une partie ne viole pas les principes de justice fondamentale lorsqu'elle fait suite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, appuie la décision portant que la tenue d'une audience à huis clos et en l'absence d'une partie, sanctionnée par des dispositions législatives obligatoires, porte atteinte aux droits protégés par l'art. 2b)—L'art. 51(1) de la Loi sur la protection des renseignements personnels porte atteinte aux droits protégés par l'art. 2b) de la Charte—La question de savoir si cette atteinte est justifiée par application de l'article premier de la Charte reste à trancher—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 19, 21, 41, 46, 51—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2, 7, 8.

RUBY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-638-91, juge Simpson, ordonnance en date du 6-6-94, 8 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Le navire défendeur *Prestigious* a été reconnu responsable de 80 p. 100 des dommages causés au navire de la demanderesse, *Algosoo*, et ce dernier, de 20 p. 100—La Règle 344.1 prévoit que, lorsque le demandeur qui présente une offre de règlement qu'il n'a pas révoquée obtient un jugement aussi avantageux ou plus avantageux que les conditions de l'offre de règlement, il a droit aux dépens entre parties jusqu'à la date de signification de l'offre et, par la suite, au double de ces dépens, à l'exception des débours, sauf ordonnance contraire—L'offre de règlement présentée le 6 décembre 1993 était plus avantageuse pour les défendeurs que le jugement—La Règle 344.1 ne s'applique pas automatiquement—Elle a été approuvée par décret du gouverneur en conseil le jour où le procès s'est

DROIT MARITIME—Fin

ouvert (le 13 janvier 1994)—La Cour a un pouvoir discrétionnaire en l'espèce étant donné que l'application des dispositions de la Règle 344.1 est limitée par les termes «sauf ordonnance contraire»—Mais qu'elle exerce ce pouvoir discrétionnaire ou celui conféré par la Règle 344(3)g), la Cour accorde une majoration des dépens engagés après l'offre de règlement, étant donné qu'elle considère que l'offre était très raisonnable et qu'elle aurait dû paraître telle aux défendeurs—Étant donné que l'offre n'a été faite que cinq ou six semaines avant le début du procès et qu'une grande partie des frais de préparation avaient déjà été engagés, les défendeurs doivent payer à la demanderesse tous les dépens taxés entre les parties et accumulés à la date de l'offre, les débours et 150 p. 100 des dépens taxés entre les parties par la suite—Les défendeurs ont, pour la première fois en l'espèce, présenté l'argument que l'art. 565 de la Loi sur la marine marchande du Canada, qui a trait au partage de la responsabilité en fonction du degré de la faute respective, ne s'applique pas, étant donné qu'il n'y a pas eu collision, et que, par conséquent, la demanderesse n'aurait droit à aucun recouvrement, ou à 50 p. 100 des dommages tout au plus—La Cour rejette cet argument, étant donné qu'elle a appuyé ses motifs sur l'art. 565 pour partager les dommages en fonction du degré de la faute, que cette défense n'a pas été soulevée dans les plaidoiries et que l'espèce ne se prête pas à une modification des motifs—Par ailleurs, l'art. 565 s'applique manifestement à la présente affaire, même s'il n'y a pas eu de collision, parce qu'il s'agit d'un cas où, par la faute de deux ou plusieurs bâtiments, il y a eu dommage causé à l'un de ces bâtiments—La Cour a entière discrétion—Distinction de l'espèce d'avec d'autres affaires où les dépens avaient été répartis en fonction des degrés de responsabilité—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 565—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344(3)g) (mod. par DORS/87-221, art. 2), 344.1 (mod. par DORS/94-41, art. 3), 409.

ALGOMA CENTRAL CORP. c. PRESTIGIOUS (LE) (T-2287-88, juge Strayer, jugement en date du 17-6-94, 7 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Employés à terme—Demande en dommages-intérêts pour délit statutaire et demande de réintégration à un poste indéterminé d'inspecteur de produits primaires—Le demandeur a travaillé comme inspecteur de produits primaires pour le ministère de l'Agriculture comme employé à terme mais son contrat fut renouvelé à chaque année pour presque cinq ans—Connaisant bien la politique administrative du gouvernement de permanentiser les employés ayant complété cinq années de service continu, le demandeur se vit confirmer qu'il deviendrait permanent «si tout se déroulait comme prévu»—Deux semaines avant que le terme de cinq ans se termine, le Ministère a mis fin au contrat du demandeur invoquant un réaménagement des effectifs permanents, une coupure projetée d'années-personnes et une grève déclenchée dans un abattoir voisin de celui du demandeur—Le demandeur soutient que les agissements du Ministère sont contraires à la politique qui stipule que les personnes embauchées de façon déterminée qui ont accompli cinq années de service continu doivent être permanentisées et qu'ils constituent un abus de la discrétion et un

FONCTION PUBLIQUE—Fin

manquement à leur devoir d'agir équitablement; il soumet de plus que les agissements du Ministère escamotent l'attente légitime d'être nommé de façon indéterminée—Les défendeurs soumettent que la politique du Conseil du Trésor qui prévoit qu'un employé à terme qui a plus de cinq ans de service continu devrait normalement bénéficier d'une permanence n'est pas en cause puisque le demandeur n'avait pas accumulé ses cinq années de service continu; de plus, même si la situation du demandeur devait s'inscrire dans le cadre de cette politique, elle ne confère aucun droit exécutoire ou fondamental—Une attente légitime peut exister comme conséquence d'une promesse faite par une autorité publique ou en vertu d'une pratique courante qui à toute fin raisonnable devrait être appliquée—La doctrine de l'attente légitime est une expression évolutive du devoir fondamental d'agir équitablement—La théorie de l'expectative légitime ne peut créer des droits fondamentaux—Les circonstances ne supportent pas une attente légitime: (1) la promesse à laquelle fait référence le demandeur voulant qu'il serait permanentisé lui a été faite par son supérieur immédiat qui n'avait pas l'autorité requise pour le faire; (2) le Ministère a dû s'abstenir d'appliquer la politique administrative pour des motifs valables puisque leur priorité était de protéger les employés permanents; (3) il était primordial pour le Ministère, dans l'accomplissement des fonctions administratives qui lui incombent, d'imposer les mesures appropriées afin de faire face à la réduction éventuelle et inévitable de ses effectifs—Une directive ou une politique n'a pas force de loi parce qu'il lui manque les caractéristiques essentielles d'un règlement—Les tribunaux n'interviennent pas pour sanctionner l'application d'une norme qu'ils jugent de nature et de portée essentiellement administrative—La politique administrative du conseil du Trésor est tout simplement une règle de conduite interne—Demande rejetée.

GIRARD C. CANADA (T-3373-90, juge Rouleau, jugement en date du 25-3-94, 14 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Action en contestation d'un avis de nouvelle cotisation concernant l'année d'imposition 1980 de la demanderesse—Le point en litige porte sur la déduction pour épuisement gagnée admissible dans le calcul du revenu de la demanderesse pour ladite année d'imposition—Le litige résulte de la modification apportée à l'art. 1205b) du Règlement de l'impôt sur le revenu—Il s'agit d'interpréter la mesure visant à donner effet à cette modification—Le changement concerné dans le présent litige réside dans la substitution des mots «le coût en capital» aux mots «le coût» dans le texte de l'art. 1205b)—La disposition amendée s'applique à la période commençant le 12 décembre 1979, avant sa publication dans la *Gazette du Canada*—Elle constitue un élément ou une partie d'une disposition plus large visant simplement à déterminer le montant qui constitue la «base de la déduction pour épuisement gagnée d'un contribuable à compter d'une date particulière»—Si le législateur avait

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

voulu, comme le prétend la demanderesse, que les acquisitions de biens de la catégorie 10k) antérieures au 12 décembre 1979 soient exemptées de l'effet de l'amendement de l'art. 1205b) du Règlement, il l'aurait clairement indiqué—En l'absence d'une clause de survie, la demanderesse ne saurait être justifiée en droit, pour soutenir son interprétation, de se plaindre du pur effet de l'application immédiate de la loi aux situations en cours—Action rejetée—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1205b) (mod. par DORS/81-974, art. 6).

ALCAN ALUMINIUM LTD. C. CANADA (T-2532-87, juge Pinard, jugement en date du 27-5-94, 12 p.)

CORPORATIONS

Appel interjeté contre la décision de la Section de première instance (*Pan Ocean Oil Ltd. c. Ministre du Revenu National* (1993), 68 F.T.R. 1) qui accueillait l'appel de l'intimée à l'encontre de ses cotisations pour les années d'imposition 1974 et 1975—Dans le présent appel, la Cour doit étudier de nouveau l'étendue et la portée précises des dispositions relatives à la fusion à l'art. 87 de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la remarque incidente de cette Cour dans l'arrêt *Guaranty Properties Ltd. c. Canada*, [1990] 3 C.F. 337 (C.A.), après quoi on lui demande de permettre à l'intimée, une corporation pétrolière et gazière formée en 1974 par la fusion de deux autres corporations de l'Alberta, de déduire de ses années d'imposition 1974 et 1975 les frais d'exploration et de forage antérieurs à 1972 des deux autres corporations—L'opinion du juge de première instance sur le champ d'application de l'art. 87(2)a) se fonde en grande partie sur une remarque incidente de cette Cour dans l'arrêt *Guaranty Properties*—La Cour n'avait pas l'intention d'y établir la règle générale selon laquelle la présomption de l'art. 87(2)a) se limitait entièrement au moment où avait lieu la première année d'imposition de la nouvelle corporation; elle voulait plutôt indiquer que la présomption avait une portée limitée et ne visait pas de façon générale toute la Loi de l'impôt sur le revenu—Les dispositions de l'art. 87(2)a) ne s'appliquent qu'au calcul des revenus de la compagnie fusionnée conformément à la Section B, et si cela s'avère une conséquence nécessaire de ce qui précède, au calcul de son revenu imposable (Section C) et au calcul de son impôt (Section E)—On ne devrait pas considérer que l'arrêt *Guaranty Properties* nie que la corporation fusionnée doit être réputée comme formant une nouvelle corporation pour toutes les fins visant le calcul de son revenu—Celle qui est réputée être une «nouvelle» compagnie qui, à des fins fiscales, a pris naissance à la fusion, n'a pas acquis les biens des compagnies constituantes qu'elle a englobés; plutôt ces biens ont simplement fait partie de l'actif de la nouvelle compagnie au moment de la fusion—L'intimée, aux fins de l'impôt, est réputée être une nouvelle corporation dont la première année d'imposition est réputée avoir commencé au moment de la fusion—Aucune disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu permet à l'intimée de déduire les frais d'exploration pétrolière et gazière subis par d'autres contribuables—L'appel est accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 87(2)a).

PAN OCEAN OIL LTD. C. CANADA (A-562-93, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 20-5-94, 9 p.)

MARQUES DE COMMERCE

ENREGISTREMENT

Appel et appel incident d'une décision rendue par le registraire de la Commission des oppositions des marques de commerce, dans laquelle il a rejeté la demande de Coffee Hut Stores visant l'enregistrement de la marque de commerce «McBeans» pour emploi en liaison avec le café et le thé mais a rejeté également l'opposition de McDonald's—McDonald's s'est opposée à l'enregistrement de la marque de commerce «McBeans» parce que la requérante n'était pas admise à enregistrer la marque de commerce, que la marque de commerce n'était pas enregistrable puisqu'il ne s'agissait principalement que d'un nom de famille et que cette marque de commerce n'était pas distinctive à l'égard de la requérante—La question du non-respect de l'art. 30 de la Loi sur les marques de commerce a été soulevée devant la Cour, mais non devant le registraire—La Cour est limitée aux questions soulevées devant le registraire—Les appelantes ne subiraient aucun préjudice si la dénomination sociale était modifiée en application de l'art. 56(5) de la Loi sur les marques de commerce—Le changement de dénomination sociale doit être inscrit comme modification au registre—L'agent d'audience a conclu que le mot «McBeans» est un nom de famille, en violation de l'art. 12(1)a) de la Loi—S'agit-il «principalement» d'un nom de famille?—Le registraire n'a pas commis d'erreur en concluant que, aux yeux du consommateur canadien moyen, le mot McBeans peut être considéré comme un mot inventé, par opposition à un nom de famille—Il faut donner beaucoup de poids à une décision du registraire quant à savoir si deux marques de commerce portaient à confusion, et il ne faut pas annuler cette décision à la légère—Le requérant de l'enregistrement d'une marque de commerce a le fardeau d'établir que la marque de commerce est enregistrable et de convaincre la Cour qu'il n'y a aucun risque raisonnable de confusion avec une marque de commerce déjà enregistrée—Le registraire a énoncé correctement le critère relatif à la confusion, mais il l'a mal appliqué—Une appréciation de la question de savoir si, à première vue, un acheteur moyen non averti confondrait deux marques n'est pas faite dans l'abstrait—On doit examiner comment les marques de commerce sont employées dans le cours des affaires—McBeans et McDonald's exploitent deux types d'entreprises très différents—Le registraire s'est trompé en statuant qu'il n'y a aucune similitude entre les marchandises, les services et les commerces respectifs des parties et qu'il y a possibilité de chevauchement des commerces des parties—L'allégation selon laquelle McDonald's pourrait décider de vendre des grains [*beans*] de café à l'avenir ne suffit pas à conclure qu'il y aurait confusion—Il n'y a eu aucune preuve de confusion véritable de la part de consommateurs ou d'acheteurs—Le registraire s'est trompé en concluant que la marque de commerce «McBeans» créait de la confusion avec la marque de commerce «McDonald's» pour emploi en liaison avec certaines marchandises, soit le café et le thé, et avec les services d'exploitation d'une entreprise dont l'objet était la vente de ces marchandises—Lorsqu'un mot est courant dans le commerce, on ne saurait avoir une famille de marques de commerce—Coffee Hut Stores a établi, par preuve d'affidavit, l'emploi important du préfixe MC ou MAC en liaison avec des produits alimentaires et des restaurants (non pas des établissements de restauration rapide)—L'entreprise de McDonald's cible sa publicité et le décor de ses restaurants sur les enfants—McBeans vend du café de spécialité, du café haut de gamme

MARQUES DE COMMERCE—Fin

—Elle ne crée pas de confusion avec une des marques de commerce de McDonald's en particulier—Elle ne fait pas partie d'une famille de marques de commerce—Appel rejeté et appel incident accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12, 30, 56.

MCDONALD'S CORP. C. COFFEE HUT STORES LTD.
(T-1205-92, juge McKewen, jugement en date du 6-5-94, 22 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

ÉLECTIONS

Requête en annulation de l'avis d'appel déposé par les intimés par ce motif qu'il ne présente régulièrement aucun motif d'appel admissible—Les requérants concluent à ordonnance déclarant qu'il n'y a pas de preuves ou qu'il n'y a pas suffisamment de preuves sur la foi desquelles le tribunal d'appel électoral pourrait ordonner l'audition de l'appel—Par application de l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour a compétence pour contrôler la décision du tribunal d'appel électoral pour ce qui est des erreurs de compétence et erreurs de droit—Aucune disposition privative ne protège les décisions du tribunal d'appel électoral de la Première nation Big «C»—Le tribunal n'était pas investi du pouvoir de se prononcer sur les questions de droit et de compétence soulevées dans l'appel en matière électorale—La conclusion du tribunal selon laquelle les quatre premiers motifs d'appel se rapportaient à des «pratiques électorales qui contreviennent au présent règlement» était manifestement déraisonnable—Le tribunal a commis une erreur de droit ou de compétence en décidant de tenir l'audience alors qu'il n'a été saisi d'aucune «preuve» ou autre documentation à l'appui de la plainte—Le règlement électoral n'autorise pas le tribunal à proroger des délais—Requête accueillie en partie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BIG «C» FIRST NATION C. TRIBUNAL D'APPEL ÉLECTORAL DE BIG «C» FIRST NATION (T-2192-93, juge Strayer, ordonnance en date du 2-6-94, 6 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Deux demandes de contrôle judiciaire à l'égard de l'agrandissement d'installations récréatives de ski exploitées par Sunshine Village Corporation (SVC) sur un terrain cédé à bail par Sa Majesté à l'intérieur du parc national de Banff—La requête principale présentée par SVC demande la permission de déposer, après le délai fixé par une ordonnance antérieure, un affidavit de l'ancien ministre de l'Environnement—La Cour a ordonné que soit avancée la tenue de l'audition de la demande de contrôle judiciaire qui cherchait à obtenir une

PRATIQUE—Suite

déclaration portant que les lignes directrices visant le PEEE ne s'appliquent pas au développement—Devrait-on permettre la production tardive d'un affidavit du ministre responsable de l'office, c'est-à-dire de «l'office fédéral» dont la décision est attaquée par voie de contrôle judiciaire?—Critères applicables à la production tardive d'affidavits: raisons du retard, valeur intrinsèque des affidavits, c'est-à-dire leur pertinence, leur recevabilité et leur utilité éventuelle pour la Cour—SVC n'avait aucun pouvoir quant au moment de la signature de l'affidavit de M. Charest—Le point de vue du ministre de l'époque sur l'état du droit n'a aucune force probante dans les délibérations de la Cour—Le témoignage du ministre dans un affidavit ou un contre-interrogatoire est inadmissible—L'affidavit n'ajouterait rien d'important qui soit susceptible d'aider la Cour à trancher les demandes de contrôle judiciaire présentées par SVC et par la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada—La demande de production tardive de l'affidavit est rejetée—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

SUNSHINE VILLAGE CORP. C. PARC NATIONAL DE BANFF (T-137-94, juge MacKay, ordonnance en date du 26-4-94, 9 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête en vue d'obtenir la prorogation du délai pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Le requérant a raté la date d'expiration des trente jours, prévus à l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale, en raison d'une interprétation erronée, mais compréhensible, de la Loi et des Règles de la Cour fédérale—Les vacances de Noël sont comptées dans les 30 jours prescrits par l'art. 18.1(2)—La période prévue à l'art. 18.1(2) étant prescrite par le législateur, elle ne peut pas être modifiée ou abrogée par des dispositions législatives accessoires, notamment par les Règles de la Cour—Les dispositions de la Loi d'interprétation peuvent modifier ou expliquer l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale parce qu'elles sont énoncées dans le cadre d'une loi et qu'elles ne constituent pas des dispositions législatives accessoires—La juxtaposition de deux types de dispositions dans les Règles de la Cour fédérale peut semer la confusion—Le requérant a prouvé qu'il avait un motif valable de ne pas avoir respecté la période prescrite—Pour qu'il soit possible de conclure à la compétence du tribunal en vertu de l'art. 18.1, il ne s'agit pas de déterminer si la décision de l'organisme en question concerne l'application de dispositions législatives fédérales, mais plutôt si cet organisme tire sa compétence ou ses pouvoirs d'une loi fédérale—De nombreuses décisions portant sur les relations employeur-employés ont été soumises au contrôle judiciaire—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. 1-21—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.

BIALSKI C. CONSEIL NATIONAL DE RECHERCHES (94-T-9, juge Reed, ordonnance en date du 16-6-94, 3 p.)

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Les parties défenderesses ont imprimé et distribué entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} mars 1994 un guide intitulé *La Magie des*

PRATIQUE—Suite

plantes—Guide des plantes médicinales—Elles ont également mis en vente et vendu des substances présentées comme pouvant servir au traitement de maladies—Elles ont de plus mis en vente et vendu, sous forme posologique, des substances prohibées—Après une injonction interlocutoire provisoire et une injonction interlocutoire, une injonction permanente fut prononcée par le juge Denault en date du 20 décembre 1993—Les parties défenderesses ont sciemment violé les termes de l'injonction permanente rendue par la Cour en continuant de mettre en vente et de vendre les produits visés par l'injonction—Le défendeur de l'Isle est condamné à un an d'emprisonnement—Pharmavert Distribution Inc. devra verser une amende de 50 000 \$ dans les trente jours de la date de la présente ordonnance—Le défendeur de l'Isle devra de plus payer les frais judiciaires fixés à 4 000 \$ sur la base avocat-client et ce, dans le même délai—La peine d'emprisonnement est réduite à six mois à condition que l'amende payable par la compagnie ainsi que les frais judiciaires soient payés dans les délais impartis—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 3, 9, 31—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.01.005 (mod. par DORS/81-248, art. 1), C.01.014 (édicé, *idem*, art. 2).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DE L'ISLE (T-2245-93, juge Noël, ordonnance en date du 11-5-94, 15 p.)

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Déclaration ne révélant aucune cause d'action et constituant un emploi abusif des procédures de la Cour—Les demandeurs demandent des dommages-intérêts pour poursuite injustifiée de M. Wheelton—M. Wheelton a été acquitté par un jury relativement à deux accusations d'agression sexuelle—La Cour d'appel du Territoire du Yukon a accueilli l'appel interjeté par la Couronne contre l'acquiescement et a ordonné un nouveau procès—M. Wheelton a été déclaré coupable lors du nouveau procès—La Cour d'appel a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 686(2) du Code criminel pour ne pas ordonner un troisième procès puisque l'accusé avait déjà été jugé à deux reprises et qu'il avait déjà purgé une partie considérable de la peine qui lui a été imposée—Les défendeurs soutiennent que l'action des demandeurs n'a aucune chance de réussite puisqu'il existait manifestement une cause raisonnable et probable justifiant la poursuite en question, sinon, l'appel de la Couronne n'aurait pas été accueilli—Ils soutiennent également que, dans le second appel, M. Wheelton n'a pas été acquitté pour le motif qu'aucune preuve ne pesait contre lui, mais plutôt parce qu'il avait été jugé à deux reprises et avait purgé une partie considérable de la peine qui lui avait été imposée—Requête rejetée—Bien qu'aucune preuve ne soit admissible sur une demande de radiation fondée sur l'inexistence d'une cause raisonnable d'action, elle est admissible sur le fondement de l'emploi abusif des procédures de la Cour—Les déclarations de culpabilité et les décisions relatives à celles-ci, prononcées par la Cour d'appel du Yukon, sont admissibles quant au second volet—La Cour d'appel n'a pas rejeté l'appel de M. Wheelton, mais elle était convaincue que l'accusé n'aurait pas dû être jugé une seconde fois relativement au deuxième chef, et qu'une erreur fondamentale a été commise, laquelle a porté préjudice à la tenue d'un procès équitable relativement

PRATIQUE—Suite

au premier chef—Ayant jugé nécessaire de considérer quelle décision finale devait être rendue dans cet appel, elle a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné qu'un verdict d'acquiescement soit prononcé—Il est prématuré de conclure que l'action des demandeurs n'a aucune chance de réussite et qu'elle constitue un emploi abusif des procédures—Sans le bénéfice d'une preuve, il n'est pas évident que la déclaration ne révèle aucune cause d'action—Les demandeurs doivent déposer une déclaration amendée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

WHEELTON C. GATES (T-1799-90, juge Dubé, ordonnance en date du 21-6-94, 3 p.)

PREUVE

Demande de la requérante visant à faire déterminer l'ampleur des éléments de preuve qu'elle pourra présenter lors de la poursuite de l'instruction—Après avoir conclu qu'il y avait contrefaçon, le juge Cullen a conclu qu'il n'avait pas suffisamment de preuves pour accorder des dommages-intérêts exemplaires quant à l'indifférence complète manifestée à l'égard de l'injonction interdisant à l'Impériale d'utiliser les produits brevetés dans ses propres produits—La Cour d'appel a renvoyé l'affaire devant le juge Cullen aux fins d'une poursuite de l'instruction sur la question des dommages-intérêts exemplaires—Elle n'a donné aucun indice quant à la procédure à suivre lors de cette poursuite de l'instruction—La requérante allègue qu'on n'a pas soutenu expressément qu'elle avait manifesté une complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire—Demande rejetée—La requérante n'est pas autorisée à déposer de nouveaux éléments de preuve—Bien qu'il n'ait pas été expressément soutenu dans la déclaration qu'il y a eu complète indifférence pour l'injonction, la déclaration est suffisante pour plaider qu'il y a eu contrefaçon du fait de la continuation des activités après la date de l'injonction—La preuve, non les plaidoiries, doit permettre de conclure hors de tout doute raisonnable qu'il y a eu complète indifférence à l'égard de l'injonction, avant que la Cour accorde des dommages-intérêts exemplaires—La Règle 420(2)b), qui permet que l'on fasse des modifications après l'instruction, ne justifie pas la modification des plaidoiries ou la présentation de nouveaux éléments de preuve pour révéler les faits «véritables»—Les parties savaient que la violation de l'injonction était une question en litige lors de l'instruction, et il n'y a aucune raison de croire que les faits véritables n'ont pas déjà été présentés à la Cour—Le juge qui préside l'instruction a le pouvoir de déterminer si la poursuite de l'instruction, ordonnée par la Cour d'appel, nécessite que de nouveaux éléments de preuve soient admis, ou s'il est possible de la terminer en ayant recours à la preuve déjà déposée, la Cour d'appel ne s'étant pas prononcée sur ce sujet dans son jugement—L'Impériale ne devrait pas être autorisée à présenter de nouveaux éléments de preuve lors de la poursuite de l'instruction—La question à débattre lors de la poursuite est la même que celle dont la Cour était saisie à l'instruction, et la preuve qui a été présentée a permis, et permet, aux avocats de formuler des arguments—Si ce n'était de l'erreur commise par le juge qui a présidé l'instruction, le litige se serait terminé par la décision de la Cour d'appel, et aucun nouvel élément de preuve n'aurait été présenté, car l'Impériale n'a pas cherché à le faire à ce stade—

PRATIQUE—Fin

Facteurs incitant la Cour à ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Règle 494: quelques-uns des documents en litige ont déjà été demandés par Lubrizol et l'Impériale ne les a pas produits, ce qui a nui à Lubrizol, même si cette dernière a finalement eu gain de cause; la réouverture de la preuve ne ferait que reporter indûment le règlement d'une question assez simple; il serait manifestement injuste, à ce moment-ci, de permettre à l'Impériale d'améliorer sa position sur une question déjà débattue devant la Cour; il faut supporter les conséquences de la décision tactique de ne pas produire les documents en question avant aujourd'hui—Il ne s'agit pas ici d'une preuve récemment découverte; on en disposait à l'instruction—Il n'y a aucune interprétation fautive de la question en litige ou du principe de droit dans les documents de l'intimée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 420, 494.

LUBRIZOL CORP. C. CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE (T-577-87, juge Cullen, T-577-87, ordonnance en date du 25-4-94, 12 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre a, en vertu du Code canadien du travail, réintégré l'intimée dans l'emploi qu'elle occupait chez la requérante, et a ordonné qu'on la dédommage de ses pertes salariales et de ses frais—L'arbitre en est venu à la conclusion que l'intimée n'avait pas été mise à pied en raison de l'abolition de son poste, a ordonné sa réintégration avec pleins salaire et avantages et lui a accordé des dépens sur la base procureur-client—La question que devait trancher l'arbitre était celle de savoir si l'intimée avait été mise à pied—Il n'a pas outrepassé sa compétence en établissant qu'il n'y avait pas eu de mise à pied véritablement liée à l'abolition d'un poste—Sa décision, fondée sur la preuve présentée à l'audience tenue devant lui et ses conclusions de faits, n'était pas manifestement déraisonnable—Rien ne justifiait l'intervention de la Cour à l'égard de cette décision contestée, si l'on tient compte de la clause privative contenue dans l'art. 243 du Code—L'arbitre a compétence pour accorder des dépens sur la base procureur-client: le libellé de l'art. 242(4)c) a une portée suffisamment large pour englober l'attribution de dépens sur la base procureur-client lorsque les circonstances le justifient—L'arbitre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable et appropriée—Les frais accordés en vertu de la Règle 1618 étaient raisonnables—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242, 243—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19).

BYERS TRANSPORT LTD. C. KOSANOVICH (T-1834-93, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-6-94, 7 p.)

TRANSPORTS

Demande de révision et d'annulation de la décision de l'arbitre rendue conformément aux dispositions relatives à l'arbi-

TRANSPORTS—Suite

trage (art. 47 à 57 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux)—L'art. 48 prévoit que l'expéditeur insatisfait des prix applicables au transport des marchandises peut avoir recours à l'arbitrage de l'Office—L'Office renvoie l'affaire à un arbitre—L'art. 112(2) prévoit que les prix doivent être compensatoires—La requérante prétend que dans le choix d'un prix, l'arbitre devait tenir compte de l'art. 112(2)—Elle soutient que l'arbitre a commis une erreur en ne donnant pas effet à la preuve «non contestée» selon laquelle le prix proposé par l'expéditeur n'était pas compensatoire—La demande est accueillie—Même si l'on tient pour acquis que les dispositions de l'art. 112(2) s'appliquent au prix fixé par arbitrage, la requérante ne s'est pas acquittée de son obligation, en tant que partie qui invoque ces dispositions, de prouver que le prix proposé n'est pas compensatoire—Tout au long de l'arbitrage, le CN a refusé de révéler à l'expéditeur et à l'arbitre des renseignements ayant trait à ses frais et à ce qui serait la nature non compensatoire du prix, invoquant le caractère confidentiel de ces renseignements ainsi que l'art. 350 de la Loi sur les chemins de fer—La position du CN est directement contraire à l'art. 54, qui expose la façon de procéder lorsqu'une partie à l'arbitrage souhaite tenir confidentielles les questions ayant trait à l'arbitrage—La Loi prévoit expressément que l'arbitre est dépositaire de renseignements confidentiels, et qu'il les partage avec les parties—Le CN ne pouvait se retrancher derrière ce qu'il alléguait être la nature confidentielle des renseigne-

TRANSPORTS—Fin

ments tout en se fondant sur les renseignements confidentiels pour faire valoir et invoquer le caractère non compensatoire du prix envisagé—Le législateur voulait que le processus d'arbitrage soit pratique et expéditif, ce qu'il ne pourrait être si le transporteur pouvait aussi aisément lui faire obstacle—Une partie peut dissimuler des renseignements, mais à ses propres risques, selon l'art. 50(5)—L'arbitre a enfreint des règles qu'il avait lui-même établies ainsi que des principes d'équité dans la procédure en communiquant avec l'avocat de l'expéditeur pour obtenir des renseignements supplémentaires avant de rendre sa décision, sans en faire part au transporteur—L'objet de la communication semblant avoir été d'une importance relativement mineure, la Cour estime que plutôt que de vicier tout le processus, les fins de la justice seraient mieux servies si elle renvoyait l'affaire à l'arbitre pour lui permettre de donner au transporteur la possibilité de réagir aux renseignements fournis par l'expéditeur et de modifier sa décision en conséquence—Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 112—Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 350 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 342).

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX C. HANDYSIDE (A-540-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 3-6-94, 9 p.)

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

8801320
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9