



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 4, Part 1

2007, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2007] 4 F.C.R., 3–246

Renvoi [2007] 4 R.C.F., 3–246

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2899.

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Sc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

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

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

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

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

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

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

CONTENTS

Judgments	3-246
Digests	D-1
Assh v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	46

Public Service—Conflict of interest—Appeal from Federal Court decision allowing application for judicial review of Veterans Affairs Canada’s direction to respondent employee to refuse, return \$5000 legacy bequeathed to him by former client—Respondent successfully assisting testator (veteran, widow of veteran) to obtain pension benefits—Whether acceptance of legacy contrary to *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service* issued by Treasury Board—Interpretation of Code, ss. 6(e), 27, 28—Code’s object to enhance public’s confidence in integrity of public service—Non-trivial personal rewards for services rendered having no place in professional relationship between public servants, clients—Realistic possibility acceptance of legacy by pensions advocate could influence future performance of latter’s official duties—Appeal allowed, Nadon J.A. dissenting.

Continued on next page

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

Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone 613-956-4800 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Jugements	3-246
Fiches analytiques	F-1
Assh c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	46

Fonction publique—Conflit d’intérêts—Appel d’une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d’une directive donnée par le ministère des Affaires des anciens combattants à l’intimé, son employé, de refuser ou de rendre le legs de 5 000 \$ que lui avait fait une ancienne cliente—L’intimé avait aidé la testatrice (ancienne combattante et veuve d’un ancien combattant) à obtenir une pension—L’acceptation du legs contrevenait-elle au *Code régissant les conflits d’intérêts et l’après-mandat s’appliquant à la fonction publique* publié par le Conseil du Trésor?—Interprétation des art. 6(e), 27, 28 du Code—L’objet du Code est d’accroître la confiance du public dans l’intégrité de la fonction publique—Les récompenses personnelles d’une certaine importance pour les services rendus n’ont pas leur place dans les relations professionnelles entre les fonctionnaires et leurs clients—Il y a une possibilité réelle que l’acceptation d’un legs par l’avocat-conseil spécialisé en pensions nuise à l’exercice de ses fonctions officielles—Appel accueilli, le juge Nadon, J.C.A., dissident.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Veterans—Respondent employed by Veterans Affairs Canada as pensions advocate to assist veterans, surviving spouses with pension claims—Former client bequeathing \$5000 to him as mark of gratitude for having helped her to obtain pension benefits—In context of *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service*, perspective of reasonable, informed client of Veterans Affairs pertinent—Duty of employees under Veterans Affairs' Directive to report legacies enabling management to decide whether acceptance may give rise to perception it could influence future performance of employee's duties to clients—Realistic possibility acceptance of legacy by pensions advocate could influence future performance of latter's official duties, weaken client's confidence in impartiality of Veterans Affairs' employees.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Respondent pensions advocate employed by Veterans Affairs Canada—Former client bequeathing \$5000 to him as mark of gratitude for helping her to obtain pension benefits—Federal Court allowing application for judicial review of Veterans Affairs Canada's direction to refuse, return legacy in accordance with *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service*—On basis of pragmatic and functional considerations, correctness appropriate standard for reviewing decision respecting interpretation of relevant sections of Code, application of provision respecting possible influence—Code effectively incorporated into contract of employment, administrative decision maker responsible for interpretation, application not independent of employer—Test for determining existence of apparent conflict of interest reasonable apprehension of bias applied to decision makers subject to duty of fairness, strict principle fiduciaries may not normally retain benefits obtained where any potential conflict between private interests, legal duties.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Anciens combattants—L'intimé est employé par le ministère des Affaires des anciens combattants en tant qu'avocat-conseil spécialisé en pensions chargé d'aider les anciens combattants et leurs conjoints survivants à obtenir une pension—Une ancienne cliente lui a fait un legs de 5 000 \$ comme marque de gratitude pour l'avoir aidée à obtenir sa pension—Vu le *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*, la notion du client raisonnable et bien informé du ministère des Affaires des anciens combattants est pertinente—L'obligation des employés de signaler les legs prévue dans la directive des Affaires des anciens combattants permet à la direction de décider si l'acceptation d'un legs pourrait donner l'impression que cela puisse avoir une influence sur la manière dont l'employé s'acquittera à l'avenir de ses obligations à l'égard de ses clients—Il y a une possibilité réelle que l'acceptation d'un legs par l'avocat-conseil spécialisé en pensions nuise à l'exercice de ses fonctions officielles et porte atteinte à la confiance qu'ont les clients dans l'impartialité des employés des Affaires des anciens combattants.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—L'intimé, avocat-conseil spécialisé en pensions, est employé par le ministère des Affaires des anciens combattants—Une ancienne cliente lui a fait un legs de 5 000 \$ comme marque de gratitude pour l'avoir aidée à obtenir sa pension—La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la directive donnée par le ministère des Affaires des anciens combattants de refuser ou de rendre le legs conformément au *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*—Au regard des considérations pragmatiques et fonctionnelles, la décision correcte est la norme de contrôle appropriée à l'égard de la décision concernant l'interprétation des articles pertinents du Code et l'application de la disposition concernant un éventuel abus d'influence—Le Code est en fait incorporé au contrat de travail et les décideurs administratifs responsables de son interprétation et de son application ne sont pas indépendants de l'employeur—Le critère pertinent quant à l'existence d'un conflit d'intérêts apparent est semblable au concept de la crainte raisonnable de partialité concernant les décideurs soumis à l'obligation d'agir équitablement et au strict principe selon lequel les fiduciaires ne peuvent normalement pas conserver les avantages obtenus dans les circonstances où il y a un conflit potentiel entre leurs intérêts personnels et leurs obligations légales.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada (F.C.) . 170

Constitutional Law—Fundamental Principles—Tax versus regulatory charge—Plaintiffs seeking declaration fees imposed by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) under Part II of *Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997* in fact tax, and as such *ultra vires Broadcasting Act*, s. 11 (enabling provision)—Part II licence fees exhibiting five hallmarks of tax—Not intended to cover costs of regulating broadcast system—Amounts collected : grossly exceed cost of regulatory scheme, deposited in Consolidated Revenue Fund, intended to raise revenue for general public purpose—Part II licence fees therefore tax, *ultra vires Broadcasting Act*, s. 11.

Broadcasting—Fees levied under Part I of *Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997* (Part I licence fees) to recover regulatory, administrative costs of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) with respect to broadcasting—Fees levied under Part II of Regulations (Part II licence fees) not intended to recover such costs—Part II licence fees deposited in Consolidated Revenue Fund for general revenue purposes—Revenues generated by these fees grossly disproportionate to Industry Canada’s actual, properly estimated costs of managing broadcasting spectrum—Part II fees *ultra vires* authority conferred on CRTC by *Broadcasting Act*, s. 11 to establish fee schedules.

Restitution—Plaintiffs seeking declaration for return of moneys paid under *Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997*, s. 11 on basis charges imposed under that section *ultra vires Broadcasting Act*, s. 11—Plaintiffs not entitled to recovery of moneys paid prior to declaration of invalidity—Principles, considerations underlying this rule, such as protection of treasury, reasonable expectations of parties, Canadian taxpayer, reviewed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada (C.F.) 170

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Taxe ou redevance de nature réglementaire—Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire portant que les droits imposés par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) en application de la partie II du *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion* sont, en fait, une taxe, et sont donc *ultra vires* de l’art. 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* (la disposition habilitante)—Les droits de licence de la partie II comportent les cinq caractéristiques d’une taxe—Ils ne visent pas à permettre le recouvrement des coûts de réglementation de l’industrie de la radiodiffusion—Les revenus générés sont complètement disproportionnés au coût du régime de réglementation, ils ont été déposés dans le Trésor et ils sont destinés à une fin générale d’intérêt public—Les droits de licence de la partie II sont donc une taxe et sont *ultra vires* de l’art. 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Radiodiffusion—Les droits perçus en application de la partie I du *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion* (les droits de licence de la partie I) visent le recouvrement des coûts de réglementation et d’administration du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) dans le domaine de la radiodiffusion—Les droits perçus en application de la partie II du *Règlement* (les droits de licence de la partie II) ne visent pas à permettre le recouvrement de ces coûts—Les droits de licence de la partie II sont déposés dans le Trésor afin d’être utilisés à des fins générales—Les revenus générés par ces droits sont complètement disproportionnés aux coûts réels ou aux coûts estimatifs justifiés d’Industrie Canada pour gérer le spectre attribué pour la radiodiffusion—Les droits de licence de la partie II sont *ultra vires* de l’art. 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui autorise le CRTC à fixer des tarifs de droits.

Restitution—Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire pour le remboursement des sommes versées conformément à l’article 11 du *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion* au motif que les redevances imposées à cet article sont *ultra vires* de l’art. 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*—Les demanderesse n’ont pas droit à la remise des sommes versées avant la déclaration d’invalidité—Examen des principes et des motifs qui sous-tendent cette règle, notamment la protection du Trésor public ainsi que les attentes raisonnables des parties et du contribuable canadien.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Desjean v. Intermix Media, Inc. (F.C.) 151

Federal Court Jurisdiction—Motion to strike statement of claim for proposed class action on basis Court lacking jurisdiction—Defendant American corporation accused of violating *Competition Act* by bundling “spyware,” “adware” with free software offered on Web sites without notice to consumers—Court not having jurisdiction over matter as insufficient connection between Canada and defendant or subject-matter—Motion allowed.

Competition—Plaintiff alleging defendant violated misleading representations provisions in *Competition Act* by bundling “spyware,” “adware” with free software offered on Web sites without notice to consumers—Plaintiff allegedly suffering damages as result of defendant’s actions—Motion to strike statement of claim on basis Court not having jurisdiction allowed—Defendant American corporation with very little if any connection to Canada—Fact plaintiff in Canada when downloaded foreign content (i.e. free software) insufficient to establish Court’s jurisdiction.

Conflict of Laws—Motion to strike statement of claim on basis Court lacking jurisdiction over defendant, subject-matter—Defendant American corporation offering free software on various Web sites, none of which hosted in Canada—Plaintiff downloading free software, alleging damages ensuing contrary to *Competition Act*—Application of eight factors set out in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.) re : assumed jurisdiction indicating connection of defendant, subject-matter with Canada not enough to warrant Court’s intervention—Whether Internet presence of non-resident constituting real, substantial connection with forum depending on character of Web site—U.S. case law requiring minimum contacts with forum—These tests not met herein—In any event, California more appropriate forum.

Law Society of Upper Canada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 132

Constitutional Law—Fundamental Principles—Application for declaration *Regulations Amending the Immigration and*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Desjean c. Intermix Media, Inc. (C.F.) 151

Compétence de la Cour fédérale—Requête en radiation d’une déclaration introduisant une demande de recours collectif au motif que la Cour n’avait pas compétence—La défenderesse, une société américaine, était accusée d’avoir enfreint la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions et des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs—La Cour n’avait pas compétence sur l’affaire parce qu’il n’y avait pas de lien suffisant entre le Canada et la défenderesse ou l’objet du litige—Requête accueillie.

Concurrence—Le demandeur soutenait que la défenderesse avait enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions et des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs—Le demandeur aurait subi un préjudice en raison des gestes de la défenderesse—La requête en radiation de la déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence a été accueillie—La défenderesse, une société américaine, n’avait qu’un lien étroit, si elle en avait, au Canada—La compétence ne peut se fonder sur le fait que le demandeur se trouvait au Canada lorsqu’il a téléchargé le contenu étranger (c.-à-d. le gratuit).

Conflit de lois—Requête en radiation d’une déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence sur la défenderesse ou l’objet du litige—La défenderesse, une société américaine, offrait des gratuits sur divers sites Internet qui n’étaient pas hébergés au Canada—Le demandeur a téléchargé un gratuit et a soutenu avoir subi un préjudice en violation de la *Loi sur la concurrence*—L’application des huit facteurs énoncés dans l’arrêt *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.) concernant l’appropriation de compétence indiquait que le lien entre le Canada et le défendeur ou l’objet du litige ne justifiait pas l’intervention de la Cour—Le point de savoir si la présence sur Internet d’un non-résident peut constituer un lien réel et substantiel avec le forum dépend de la nature du site Web—La jurisprudence des États-Unis exige des liens minimaux avec le forum—Ces critères ne sont pas remplis en l’espèce—Quoi qu’il en soit, la Californie était un for plus approprié.

Barreau du Haut-Canada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 132

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Demande de jugement déclaratoire portant que le *Règlement modifiant le*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Refugee Protection Regulations (Regulations) *ultra vires*—(1) Regulations not contrary to rule of law—Actions of legislative branch of government constrained by rule of law only to extent must comply with legislative requirements as to manner, form—(2) Regulations not creating delegation not statutorily authorized—Validity of delegated legislation assessed by determining whether Regulations consistent with powers given by statute; whether conforming to purposes thereof—(3) Parliament having broad power to delegate by way of regulation subject to scope, purpose of enabling legislation—Creation of Canadian Society of Immigration Consultants not unauthorized—Application dismissed.

Citizenship and Immigration—*Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) *intra vires*—Under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), ss. 5(1), 91, Governor in Council may make regulations governing who may, may not represent, advise, consult with person who is subject of proceeding, application before Minister, officer, Board—Regulations providing that, subject to certain “grandfathering”, only specific persons (lawyers, notaries, students-at-law, members of Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC)) may carry out duties specified therein—(1) Limited intervention of government in affairs of CSIC not inappropriate, excessive, unwarranted—Despite government’s start-up loan to CSIC, organization no less independent from state—(2) Federal government having power to choose persons who may represent others for IRPA purposes—Exclusion of group of persons such as lawyers’ assistants not discriminatory.

Philipps v. Canada (Librarian and Archivist) (F.C.) 11

Cultural Property—Judicial review of respondent’s decision maintaining restrictions on access to collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield (donor) to Library and Archives Canada (LAC) in 1979, 1980—Condition of donation documents not be made public for 20 years after donor’s death—Donor died on November 7, 1984—Wife named “literary executrix” of fund, accepted terms of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) est *ultra vires*—(1) Le Règlement ne va pas à l’encontre de la primauté du droit—Les actes du pouvoir législatif sont limités par la primauté du droit seulement dans la mesure où ils doivent respecter des conditions légales de manière et de forme—(2) Le Règlement ne crée pas une délégation qui n’est pas autorisée par la Loi—La validité de la législation par délégation est évaluée en déterminant d’abord si le Règlement est compatible avec les pouvoirs conférés par la Loi et ensuite s’il est conforme à son objet—(3) Le Parlement possède un large pouvoir de déléguer au moyen d’un règlement, sous réserve de la portée et de l’objet de la loi habilitante—La création de la Société canadienne de consultants en immigration n’était pas interdite—Demande rejetée.

Citoyenneté et Immigration—Le *Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) est *intra vires*—Aux termes des art. 5(1) et 91 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements prévoyant qui peut ou ne peut représenter une personne, dans toute affaire devant le ministre, l’agent ou la Commission, ou faire office de conseil—Le Règlement prévoit que, sous réserve de certaines dispositions relatives aux droits acquis, seules certaines personnes (avocats, notaires, stagiaires en droit, membres de la Société canadienne de consultants en immigration (SCCI)) peuvent exercer les fonctions qui y sont prévues—(1) L’intervention restreinte du gouvernement dans les affaires de la SCCI n’est pas inappropriée, excessive ou injustifiée—Malgré le prêt initial consenti à la SCCI par le gouvernement, l’organisation est quand même indépendante de l’État—(2) Le gouvernement fédéral est autorisé à choisir les personnes qui peuvent représenter d’autres personnes pour l’application de la LIPR—Le fait de ne pas choisir un groupe de personnes, comme les employés des avocats, n’est pas en soi discriminatoire.

Philipps c. Canada (Bibliothécaire et Archiviste) (C.F.) 11

Biens culturels—Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d’accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield (donateur) à Bibliothèque et Archives Canada (BAC) en 1979, 1980—Les documents ont été cédés à la condition qu’ils ne soient pas rendus publics pendant une période de 20 ans après le décès du donateur—Le donateur est décédé le 7 novembre 1984—Son

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

agreement between LAC, donor, but on August 31, 2004 extended access restriction period to 10 years after own death, then to 25 years thereafter—Applicant's request for access in 2004 denied—Bloomfield collection part of Canada's "documentary heritage" in accordance with definition of term under *Library and Archives of Canada Act*, s. 2—One of Act's objects under s. 7 to facilitate access to documentary heritage—LAC National Librarian given discretionary power to attain s. 7 objectives, including control over access to private documents LAC keeps—Applicant not having unconditional right of access to Bloomfield documents—Also not having unconditional right of access under *Cultural Property Export and Import Act* because Bloomfield documents irrevocably transferred pursuant to ss. 26, 27 thereof—Respondent erred in law in denying applicant's initial request for access in 2004 in extending restricted access period since donor not giving wife general powers to manage collection fund—August 8, 2005 decision not reasonable—Application allowed.

Civil Code—Judicial review of respondent's decision maintaining restrictions on access to collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield to Library and Archives Canada—Pursuant to *Civil Code of Québec* (CCQ), arts. 1806, 1807, donor allowed to place limitation on gift such as limited access for specified period when transferring ownership—Because donor's wife given responsibility for controlling access to documents for 20-year period after donor's death, wife given special mandate for specific period in accordance with rules on mandate in CCQ (arts. 2130-2185)—Since donor not giving wife general powers, wife not having power to extend access restriction period.

Access to Information—Judicial review of respondent's decision maintaining restrictions on access to collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield to Library and Archives Canada (LAC)—*Access to Information Act*, s. 68(c) excluding from application of Act certain materials placed in LAC—Therefore, because Bloomfield fund

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

épouse, qui a été nommée « exécutrice littéraire » du fonds, a accepté les modalités de l'entente conclue entre BAC et le donateur, mais elle a demandé le 31 août 2004 une prolongation de la période de restriction d'accès, afin que celle-ci ne se termine que 10 ans après son propre décès, puis elle a fait passer cette période à 25 ans—La demande d'accès présentée par le demandeur en 2004 a été refusée—La collection Bloomfield fait partie du « patrimoine documentaire » du Canada, au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*—La mission, prévue à l'art. 7 de la Loi, est notamment de rendre le patrimoine documentaire accessible—L'administrateur général de BAC a été investi du pouvoir discrétionnaire nécessaire à l'atteinte des objectifs fixés à l'art. 7, et plus spécifiquement le contrôle de l'accès aux documents privés conservés par BAC—Le demandeur n'a pas un droit d'accès inconditionnel aux documents du fonds Bloomfield—En outre, il n'a aucun droit d'accès inconditionnel au titre de la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels*, parce que les documents du fonds Bloomfield ont été aliénés de façon irrévocable conformément aux art. 26, 27 de cette loi—Le défendeur a commis une erreur de droit lorsqu'il a refusé la demande initiale d'accès présentée par le demandeur en 2004 en prolongeant la période de restriction d'accès, puisque le donateur n'avait pas confié à son épouse le pouvoir général de gestion de la collection—La décision du 8 août 2005 n'était pas raisonnable — Demande accueillie.

Code civil—Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d'accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield à Bibliothèque et Archives Canada—Suivant les art. 1806, 1807 du *Code civil du Québec* (CCQ), le donateur peut imposer des conditions à une donation, et notamment restreindre l'accès pendant une période précise lors du transfert de propriété—L'épouse avait la responsabilité de contrôler l'accès au fonds de documents pendant une période de 20 ans après le décès du donateur; elle avait donc un mandat spécial pour cette période, suivant les règles sur le mandat prévues au CCQ (art. 2130 à 2185)—N'ayant pas été investie de pouvoirs généraux, l'épouse n'avait pas le pouvoir de prolonger la période de restriction d'accès.

Accès à l'information—Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d'accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield à Bibliothèque et Archives Canada (BAC)—Aux termes de l'art. 68(c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, certains documents déposés à BAC sont soustraits au régime de la Loi—Par conséquent,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

documents covered by Act, s. 68(c), applicant not having access thereunder.

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of respondent’s decision maintaining restrictions on access to collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield to Library and Archives Canada—Respondent’s letter, dated August 8, 2005, decision under *Federal Courts Act*—Letter confirming reassessment of request for access to Bloomfield documents—New exercise of discretion based on new facts—Decision “final”, reviewable by Court.

Uniboard Surfaces Inc. v. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG (F.C.A.) 101

Foreign Trade—Judicial review of decision by President of Canada Border Services Agency under *Special Import Measures Act* to terminate dumping investigation against four European countries as margin of dumping insignificant—Procedural rights afforded by Act at extreme bottom of procedural fairness scale—Here, dealing essentially with paper investigation—Flaws in Agency’s procedural rules inconsequential in context of whole investigation—Requirements of duty of procedural fairness not breached—President not erring in law in refusing to disclose verification reports—Evidence applicant seeking in fact oral testimony not contemplated by Parliament, Agency’s rules—President also not erring re : calculation of related party transaction prices, margin of dumping—Application dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Procedural fairness—President of Canada Border Services Agency terminating dumping investigation under *Special Import Measures Act* on basis margin of dumping insignificant—Principles, case law pertaining to procedural fairness reviewed to determine level of procedural fairness required, whether prejudice factor coming into play—Not all breaches of procedural fairness vitiating decision—Court may

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

parce que les documents du fonds Bloomfield tombaient sous le coup de l’art. 68c), le demandeur ne pouvait y avoir accès au titre de cette loi.

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d’accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield à Bibliothèque et Archives Canada—La lettre en date du 8 août 2005 du défendeur constituait une décision au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*—La lettre confirmait la nouvelle évaluation de la demande d’accès aux documents du fonds Bloomfield—Il s’agissait d’un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire à la lumière de faits nouveaux—La décision « finale » était susceptible de contrôle judiciaire par la Cour.

Uniboard Surfaces Inc. c. Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG (C.A.F.) 101

Commerce extérieur—Contrôle judiciaire de la décision du président de l’Agence des services frontaliers du Canada en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d’importation* de clore l’enquête sur le dumping portant sur quatre pays européens en raison des marges de dumping négligeables—Les droits de nature procédurale reconnus par la Loi se situent à l’extrémité inférieure de l’échelle en matière d’équité procédurale—En l’espèce, l’enquête était essentiellement une mesure administrative—La façon dont les règles de procédure établies par l’Agence ont été appliquées comportait des lacunes sans conséquence sur l’ensemble de l’enquête—Il n’y a pas eu manquement aux exigences de l’obligation d’équité procédurale—Le président n’a pas commis d’erreur de droit lorsqu’il a refusé de divulguer les rapports de vérification—Les éléments de preuve auxquels la demanderesse n’avait pas accès étaient en fait des témoignages—Ni le législateur ni les règles de l’Agence ne prévoient de témoignages—Le président n’a pas non plus commis d’erreur de calcul relativement au prix de transfert dans le cas d’opérations avec apparentés et à la marge de dumping—Demande rejetée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Équité procédurale—Le président de l’Agence des services frontaliers du Canada a clos l’enquête sur le dumping en application de la *Loi sur les mesures spéciales d’importation* en raison des marges de dumping négligeables—Les principes d’équité procédurale et la jurisprudence en la matière ont été passés en revue dans le but de déterminer quelle était l’étendue de l’obligation d’équité procédurale et si le préjudice était un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

deny relief on basis breach inconsequential, trivial, technical—Mistake to routinely attempt to apply to given process each of factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Important economic consequences of President’s decision for those concerned neutralized by other factors : type of investigation, statutory scheme, Agency’s procedural choices—Participatory rights afforded by Act at bottom of scale in light of magnitude of these types of investigation—Flaws in application of Agency’s procedural rules inconsequential in context of whole investigation—Applicant had full opportunity to be heard—Procedural fairness not breached.

Construction of Statutes—*Special Import Measures Act*, ss. 30.2(1), 78, 82, 84—Dumping, subsidization investigation by Canada Border Services Agency under Act terminated against four European countries on basis margin of dumping insignificant—Agency President not erring in law in refusing to disclose verification reports—Applicant seeking access to information provided orally, summary, description, analysis, interpretation of that evidence—Not “information” “provided to President” within meaning of ss. 78, 82, 83—Oral testimony not contemplated by Parliament, Agency’s rules—Reasonable for President to interpret Act, s. 30.2(1) as allowing Agency take into consideration all export sale prices, including those revealing no dumping in calculation of margin of dumping.

Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 3

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Pre-removal risk assessment—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA)—F.C. holding PRRA officer erred in law when refused to take into account interests of respondents’

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

facteur qui entrainait en jeu—Les manquements à l’équité procédurale n’entraînent pas tous la nullité de la décision—La Cour peut refuser d’accorder la réparation demandée si elle estime que le manquement ne tire pas à conséquence, est sans importance ou est purement formel—Ce serait une erreur que de chercher systématiquement à appliquer à un processus donné chacun des facteurs énoncés dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—Les importantes conséquences économiques de la décision du président pour les personnes visées ont été neutralisées par d’autres facteurs : le type d’enquête, la nature du régime législatif et les choix de l’Agence en matière de procédure—Les droits de participation reconnus par la Loi se situent à l’extrémité inférieure de l’échelle en raison de l’envergure de ces types d’enquêtes—La façon dont les règles de procédure établies par l’Agence ont été appliquées comportait des lacunes sans conséquence sur l’ensemble de l’enquête—La demanderesse a eu toute possibilité de se faire entendre—Il n’y a pas eu manquement à l’équité procédurale.

Interprétation des lois—Art. 30.2(1), 78, 82, 84 de la *Loi sur les mesures spéciales d’importation*—Il a été mis fin à l’enquête sur le dumping et le subventionnement portant sur quatre pays européens qui était menée par l’Agence des services frontaliers du Canada en application de la Loi en raison des marges de dumping négligeables—Le président de l’Agence n’a pas commis d’erreur de droit lorsqu’il a refusé de divulguer les rapports de vérification—La demanderesse voulait avoir accès aux renseignements communiqués de vive voix ainsi qu’au résumé, à la description, à l’analyse ou à l’interprétation de cette preuve—Il ne s’agissait pas de « renseignements » « fournis au président » au sens des art. 78, 82, 83—Ni le législateur ni les règles de l’Agence ne prévoient de témoignages—Il était raisonnable pour le président d’interpréter l’art. 30.2(1) de la Loi de manière à permettre à l’Agence de tenir compte des ventes à l’exportation, et notamment celles qui ne révélaient pas de dumping, dans le calcul des marges de dumping.

Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Examen des risques avant renvoi—Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à l’issue de l’examen des risques avant renvoi (ERAR)—La Cour fédérale a conclu que l’agent

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Canadian-born children on ground could not be subject to removal order—Appeal allowed—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 112(1) permitting only those subject to removal order to apply for protection—Such application considered on bases of Act, ss. 96 to 98—These sections not contemplating broad-ranging consideration of children's interests—Latter exercise properly conducted in course of Act, s. 25 humanitarian and compassionate (H&C) application, which was done—*Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, wherein Federal Court held removals officer has limited duty to give consideration to short-term interests of Canadian-born children, distinguished, as differing statutorily defined functions of PRRA, removals officer.

SOMMAIRE (Fin)

d'ERAR avait commis une erreur de droit en refusant de prendre en considération l'intérêt supérieur des enfants des intimés qui sont nés au Canada au motif que ceux-ci ne pouvaient faire l'objet d'une mesure de renvoi—Appel accueilli—L'art. 112(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit que seules les personnes visées par une mesure de renvoi peuvent demander la protection—Il est disposé d'une telle demande sur la base des art. 96 à 98 de la Loi—Ces dispositions ne prévoient pas que l'intérêt supérieur des enfants fasse l'objet d'un examen poussé—Cet examen doit plutôt être effectué dans le cadre d'une demande d'examen des circonstances d'ordre humanitaire présentée au titre de l'art. 25 de la Loi, ce qui a été fait—L'arrêt *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, dans lequel la Cour fédérale avait conclu que l'agent de renvoi avait l'obligation limitée de prendre en considération l'intérêt à court terme des enfants nés au Canada, a été différencié en raison de l'absence de ressemblance entre les fonctions définies par la loi de l'agent d'ERAR et le rôle de l'agent de renvoi.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health) (T-165-07, 2007 FC 300), has been affirmed on appeal (A-198-07, A-161-07, A-162-07, A-163-07, 2007 FCA 276), reasons for judgment handed down 6/9/07.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada, [2007] 3 F.C.R. 245 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted 30/8/07.

Gauthier v. Air Canada Pilots Association, A-332-06, Desjardins, Décary and Noël J.J.A., judgment dated 26/2/07, leave to appeal to S.C.C. refused 23/8/07.

Leth Farms Ltd. v. Canada (Attorney General), A-74-06, 2007 FCA 49, Ryer J.A., judgment dated 31/1/07, leave to appeal to S.C.C. refused 16/8/07.

Livingston v. Canada, 06-A-43, 2007 FCA 84, Noël J.A., judgment dated 28/2/07, leave to appeal to S.C.C. refused 30/8/07.

Szebenyi v. Canada, A-271-06, 2007 FCA 118, Sexton J.A., judgment dated 22/3/07, leave to appeal to S.C.C. refused 16/8/07.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (T-165-07, 2007 CF 300), a été confirmée en appel (A-198-07, A-161-07, A-162-07, A-163-07, 2007 CAF 276), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6-9-07.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Bande et nation indienne d'Ermineskin c. Canada, [2007] 3 R.C.F. 245 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 30-8-07.

Gauthier c. Association des pilotes d'Air Canada, A-332-06, les juges Desjardins, Décary et Noël, J.C.A., jugement en date du 26-2-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 23-8-07.

Leth Farms Ltd. c. Canada (Procureur général), A-74-06, 2007 CAF 49, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 31-1-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 16-8-07.

Livingston c. Canada, 06-A-43, 2007 CAF 84, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 28-2-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 30-8-07.

Szebenyi c. Canada, A-271-06, 2007 CAF 118, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 22-3-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 16-8-07.

A-486-05
2006 FCA 394

A-486-05
2006 CAF 394

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Appellant*)

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

v.

c.

Ferenc Varga, Monika Meszaros, Ferenc Varga
(*Respondents*)

Ferenc Varga, Monika Meszaros, Ferenc Varga
(*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Evans and Malone J.J.A.—Toronto, November 30; Ottawa, December 1, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Evans et Malone, J.C.A.—Toronto, 30 novembre; Ottawa, 1^{er} décembre 2006.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Pre-removal risk assessment — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA) — F.C. holding PRRA officer erred in law when refused to take into account interests of respondents' Canadian-born children on ground could not be subject to removal order — Appeal allowed — Immigration and Refugee Protection Act, s. 112(1) permitting only those subject to removal order to apply for protection — Such application considered on bases of Act, ss. 96 to 98 — These sections not contemplating broad-ranging consideration of children's interests — Latter exercise properly conducted in course of Act, s. 25 humanitarian and compassionate (H&C) application, which was done — Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), wherein Federal Court held removals officer has limited duty to give consideration to short-term interests of Canadian-born children, distinguished, as differing statutorily defined functions of PRRA, removals officer.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Examen des risques avant renvoi — Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à l'issue de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) — La Cour fédérale a conclu que l'agent d'ERAR avait commis une erreur de droit en refusant de prendre en considération l'intérêt supérieur des enfants des intimés qui sont nés au Canada au motif que ceux-ci ne pouvaient faire l'objet d'une mesure de renvoi — Appel accueilli — L'art. 112(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés prévoit que seules les personnes visées par une mesure de renvoi peuvent demander la protection — Il est disposé d'une telle demande sur la base des art. 96 à 98 de la Loi — Ces dispositions ne prévoient pas que l'intérêt supérieur des enfants fasse l'objet d'un examen poussé — Cet examen doit plutôt être effectué dans le cadre d'une demande d'examen des circonstances d'ordre humanitaire présentée au titre de l'art. 25 de la Loi, ce qui a été fait — L'arrêt Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), dans lequel la Cour fédérale avait conclu que l'agent de renvoi avait l'obligation limitée de prendre en considération l'intérêt à court terme des enfants nés au Canada, a été différencié en raison de l'absence de ressemblance entre les fonctions définies par la loi de l'agent d'ERAR et le rôle de l'agent de renvoi.

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].

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1), 48, 74(d), 96, 97, 112(1), 113.

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 48, 74d), 96, 97, 112(1), 113.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 2 F.C.R. 664; (2005), 261 D.L.R. (4th) 157; 279 F.T.R. 90; 49 Imm. L.R. (3d) 8; 2005 FC 1180; *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 761.

REFERRED TO:

Sherzady v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 273 F.T.R. 11; 2005 FC 516; *Alabadleh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 716; *Ammar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 56 Imm. L.R. (3d) 115; 2006 FC 1041; *Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164; (2000), 11 Imm. L.R. (3d) 142; 266 N.R. 380 (C.A.); *Rasiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 32 Admin. L.R. (4th) 1; 2005 FC 583; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655; (2005), 262 D.L.R. (4th) 13; 42 Admin. L.R. (4th) 234; 137 C.R.R. (2d) 20; 51 Imm. L.R. (3d) 17; 345 N.R. 73; 2005 FCA 436.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2005 FC 1280) allowing an application for judicial review of the decision by a pre-removal risk assessment officer that the respondents would not be at risk if removed to Hungary. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Sally E. Thomas and Janet Chisholm for appellant.
George J. Kubes for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
George J. Kubes, Toronto, for respondents.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 2 R.C.F. 664; 2005 CF 1180; *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 761.

DÉCISIONS CITÉES :

Sherzady c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 516; *Alabadleh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 716; *Ammar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1041; *Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.); *Rasiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 583; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655; 2005 CAF 436.

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2005 CF 1280) accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'examen des risques avant renvoi a conclu que les intimés ne s'exposaient pas à un risque par leur renvoi en Hongrie. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Sally E. Thomas et Janet Chisholm pour l'appellant.
George J. Kubes pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
George J. Kubes, Toronto, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] EVANS J.A.: This is an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration from a decision of a Judge of the Federal Court who granted an application for judicial review by the respondents, a Hungarian family of father, mother and child. The applications Judge set aside a negative decision by a pre-removal risk assessment (PRRA) officer. The Judge's decision is reported as *Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1280.

[2] In the decision letter, dated August 24, 2004, the PRRA officer stated that he was not satisfied that, if the deportation orders issued against the respondents were executed and they were removed to Hungary, they would be at risk of torture or persecution, or exposed to a risk to life, or to cruel and unusual treatment or punishment.

[3] The adult respondents also have two Canadian-born children. The applications Judge held that the PRRA officer erred in law when he refused to take into account the interests of those children on the ground that, as Canadian citizens, they could not be subject to a removal order.

[4] The Judge certified the following question pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) [at paragraph 20]:

What obligation, if any, does a PRRA Officer have to consider the interests of a Canadian-born child when assessing the risks involved in removing at least one of the parents of that child?

[5] Other judges of the Federal Court have considered this question, both before the decision under appeal was rendered (see, for example, *Sherzady v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 273

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

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration visant une décision rendue par un juge de la Cour fédérale, lequel a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimés, une famille hongroise composée du père, de la mère et d'un enfant. Le juge qui a entendu la demande a annulé la décision défavorable rendue par un agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR). La décision du juge intitulée *Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* a pour référence 2005 CF 1280.

[2] Dans la lettre faisant part de sa décision, datée du 24 août 2004, l'agent d'ERAR a affirmé qu'il n'était pas convaincu que, si les mesures d'expulsion prononcées contre les intimés étaient exécutées et qu'ils fussent renvoyés en Hongrie, ils seraient exposés au risque d'être torturés ou persécutés, à une menace à leur vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités.

[3] Les intimés adultes ont également deux enfants nés au Canada. Le juge qui a entendu la demande a conclu que l'agent d'ERAR avait commis une erreur de droit en refusant de prendre en considération l'intérêt supérieur de ces enfants pour le motif que, à titre de citoyens canadiens, ceux-ci ne pouvaient faire l'objet d'une mesure de renvoi.

[4] Le juge a certifié la question suivante, conformément à l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) [au paragraphe 20] :

Le cas échéant, quelle est l'obligation de l'agent d'ERAR de tenir compte de l'intérêt supérieur d'un enfant né au Canada lorsqu'il évalue les risques auxquels serait exposé au moins l'un des parents de cet enfant?

[5] D'autres juges de la Cour fédérale ont examiné cette question, tant avant que la décision visée par l'appel soit rendue (voir par exemple *Sherzady c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra-*

F.T.R. 11, and subsequently (see, for example, *Alabadleh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 716, and *Ammar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1041). They reached the opposite conclusion from the applications Judge in the present case, as have I.

[6] PRRA officers' mandate is carefully defined by IRPA and should not be judicially expanded to include the interests of any Canadian-born children who may be adversely affected by a parent's removal. It is not necessary to read words into the relevant provisions of IRPA in order for it to comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982* Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], and Canada's obligations in international law.

[7] I would allow the appeal for the following reasons. First, subsection 112(1) of IRPA provides that only those subject to a removal order may apply to the Minister for protection. As Canadian citizens, the adult respondents' Canadian-born children cannot be subject to removal orders.

112. (1) A person in Canada . . . may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force. . . . [Underlining added.]

[8] Second, section 113 sets out the bases on which an application under subsection 112(1) must be considered:

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

. . .

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

tion, 2005 CF 516) qu'après (voir par exemple *Alabadleh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 716, et *Ammar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1041). Ils ont tiré une conclusion contraire à celle du juge qui a entendu la demande en l'espèce, tout comme moi.

[6] La LIPR définit précisément le mandat de l'agent d'ERAR et il ne faut pas en étendre judiciairement la portée pour qu'il comprenne l'intérêt supérieur d'un enfant né au Canada qui pourrait subir des répercussions négatives en cas de renvoi de son père ou de sa mère. Il n'est pas nécessaire de donner une interprétation large aux dispositions pertinentes de la LIPR pour leur faire respecter la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et les obligations du Canada en droit international.

[7] J'accueillerais l'appel pour les motifs suivants. D'abord, le paragraphe 112(1) de la LIPR prévoit que seules les personnes visées par une mesure de renvoi peuvent demander la protection au ministre. À titre de citoyens canadiens, les enfants nés au Canada des intimés adultes ne peuvent être visés par une mesure de renvoi.

112. (1) La personne se trouvant au Canada [. . .] peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet [. . .] [Soulignement ajouté.]

[8] Ensuite, l'article 113 précise comment il sera disposé de la demande déposée en application du paragraphe 112(1) :

113. Il est disposé de la demande comme il suit :

[. . .]

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

[9] Section 96 refers to a well-founded fear of persecution, and section 97 refers to a risk of torture, and exposure to risks to life and of inhuman or of cruel and unusual treatment or punishment. Only risks to applicants are relevant. A broad-ranging consideration of children's interests is not contemplated by these provisions.

[10] This latter exercise is properly conducted in the more open-ended inquiry to be undertaken in the course of an application under subsection 25(1) to remain in Canada on humanitarian and compassionate grounds (H&C).

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

[11] In their H&C application, the respondents' grounds included the interests of their Canadian-born children. However, the application was rejected, and an application for judicial review of that decision will be heard on December 12, 2006.

[12] Although the same officer may sometimes make a PRRA and determine an H&C application, the two decision-making processes should be neither confused, nor duplicated: *Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164 (C.A.), at paragraphs 16-17; *Rasihah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 32 Admin. L.R. (4th) (F.C.), at paragraph 16.

[13] Neither the Charter nor the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3] requires that the interests of affected children be considered under every provision of IRPA: *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655 (F.C.A.), at

[9] L'article 96 porte sur la crainte raisonnable d'être persécuté et l'article 97 porte sur le risque d'être soumis à la torture, d'être exposé à une menace à sa vie ou d'être exposé à un risque de traitements ou peines cruels et inusités ou inhumains. Seuls les risques auxquels pourraient être exposés les demandeurs comptent. Ces dispositions ne prévoient pas que l'intérêt supérieur des enfants fasse l'objet d'un examen poussé.

[10] Cet examen doit plutôt être effectué dans le cadre plus libre qui convient à une demande présentée en vertu du paragraphe 25(1) sollicitant que le demandeur reste au Canada pour des circonstances d'ordre humanitaire (CH).

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger—compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché—ou l'intérêt public le justifient.

[11] Dans leur demande CH, les intimés ont invoqué entre autres moyens l'intérêt de leurs enfants nés au Canada. Cependant, la demande a été rejetée et la demande de contrôle judiciaire visant cette décision sera entendue le 12 décembre 2006.

[12] Bien que ce puisse parfois être le même agent qui procède à l'ERAR et qui juge la demande CH, les deux procédures ne doivent pas être confondues ni faire double emploi : *Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.), aux paragraphes 16 et 17; *Rasihah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 583, au paragraphe 16.

[13] Ni la Charte ni la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3] n'exigent que l'intérêt des enfants touchés soit examiné dans le cadre de toutes les dispositions de la LIPR : *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 (C.A.F.), au para-

paragraph 105. If a statutory scheme provides an effective opportunity for considering the interests of any affected children, including those born Canada, such as is provided by subsection 25(1), they do not also have to be considered before the making of every decision which may adversely affect them. Hence, it was an error for the applications Judge to read into the statutory provisions defining the scope of the PRRA officer's task a duty also to consider the interests of the adult respondents' Canadian-born children.

[14] The applications Judge relied on *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 664 (F.C.), a stay decision, where Justice de Montigny held that a removals officer has a limited duty to give consideration to the short-term interests of Canadian-born children prior to a parent's removal. This view was adopted when the application for judicial review was heard: *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 761.

[15] Thus, for example, if a Canadian-born child is leaving with his or her parent, the officer should consider whether the parent's removal ought to be temporarily delayed to enable the child to complete the school year. Or, if the child is remaining in Canada after the parent's removal, the officer should enquire whether adequate care arrangements have been made for the child.

[16] However, there is no analogy between the statutorily defined functions of a PRRA officer and the role of a removals officer. The latter has a limited but undefined discretion under section 48 with respect to the travel arrangements for removal, including its timing ("as soon as reasonably practicable"). Within the narrow scope of removals officers' duties, their obligation, if any, to consider the interests of affected children is at the low end of the spectrum, as contrasted with the full assessment which must be made on an H&C application under subsection 25(1).

graphie 105. Si une loi fournit une possibilité réelle d'examiner l'intérêt des enfants touchés, y compris ceux nés au Canada, comme le fait la LIPR en son paragraphe 25(1), cet intérêt n'a pas à être pris en compte dans chaque décision qui peut les toucher défavorablement. Par conséquent, le juge qui a entendu la demande a commis une erreur en interprétant trop largement les dispositions définissant la portée de la tâche incombant à l'agent d'ERAR de manière à y inclure l'obligation de prendre également en compte l'intérêt des enfants nés au Canada des intimés adultes.

[14] Le juge qui a entendu la demande s'est appuyé sur *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 664 (C.F.), une décision relative à un sursis, dans laquelle le juge de Montigny avait conclu que l'agent de renvoi avait l'obligation limitée de prendre en considération l'intérêt à court terme des enfants nés au Canada avant de renvoyer leur père ou leur mère. Ce point de vue a été adopté lors l'audition de la demande de contrôle judiciaire : *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 761.

[15] Ainsi, par exemple, si un enfant né au Canada part avec son père ou sa mère, l'agent devrait examiner si le renvoi doit être reporté temporairement afin de permettre à l'enfant de terminer son année scolaire. Ou, si l'enfant demeure au Canada après le renvoi, l'agent doit vérifier si des dispositions adéquates ont été envisagées pour sa prise en charge.

[16] Cependant, il n'y a aucune ressemblance entre les fonctions définies par la loi de l'agent d'ERAR et le rôle de l'agent de renvoi. L'article 48 confère à ce dernier un pouvoir discrétionnaire limité mais non défini pour ce qui est des modalités de voyage concernant le renvoi, y compris le moment où la mesure sera appliquée (« dès que les circonstances le permettent »). Compte tenu du peu de latitude dont jouit l'agent de renvoi pour l'accomplissement de ses tâches, son obligation, le cas échéant, de prendre en considération l'intérêt des enfants touchés est minime, contrairement à l'examen complet qui doit être mené dans le cadre d'une demande CH présentée en vertu du paragraphe 25(1).

[17] In oral argument, counsel for the respondents argued that the PRRA officer failed to consider the possibility that, if their two Canadian-born children went to Hungary, the respondents would themselves be exposed to a greater risk of persecution. I agree that this is a matter within the PRRA officer's jurisdiction. However, since counsel did not make this submission to the officer, he cannot complain that the officer was at fault in not considering it.

[18] Counsel also argued that PRRA officers ought, at the very least, to consider allegations of the most serious kinds of risk because the remedy under subsection 25(1) is illusory: H&C determinations are often not made before applicants are removed. However, as I have already noted, the respondents have in fact received an H&C determination, for which they did not apply until 2004, two years after the birth of their second Canadian-born child and the dismissal by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of their claims to be recognized in Canada as refugees. Applications for H&C under subsection 25(1) should be made at the earliest practicable opportunity.

[19] Counsel for the Minister conceded that, if the respondents' H&C application had not been completed, they could have requested the removals officer to defer their removal pending the H&C consideration of any risks that their Canadian-born children would face in Hungary, assuming that leaving them in Canada was not a viable option. Thus, although the respondents were not entitled to have this issue taken into account by the PRRA officer, they would not be removed without some further consideration of the situation by the removals officer.

[20] For these reasons, I would allow the Minister's appeal, set aside the decision of the applications Judge, restore the decision of the PRRA officer, and dismiss the respondents' application for judicial review. I would answer the certified question as follows:

[17] Lors de la plaidoirie, l'avocat des intimés a soutenu que l'agent d'ERAR n'avait pas examiné la possibilité que, si leurs deux enfants nés au Canada allaient en Hongrie, les intimés seraient eux-même exposés à un plus grand risque d'être persécutés. Je conviens qu'il s'agit d'une question relevant de la compétence de l'agent d'ERAR. Toutefois, puisque l'avocat n'a pas soumis cette observation à l'agent, il ne peut se plaindre que l'agent a commis une erreur en omettant de l'examiner.

[18] L'avocat a également avancé que l'agent d'ERAR se devait, à tout le moins, de prendre en considération les allégations concernant les risques les plus graves parce que le recours prévu au paragraphe 25(1) est illusoire : souvent les demandes CH ne sont pas tranchées avant le renvoi des demandeurs. Cependant, comme je l'ai déjà noté, les intimés ont en fait reçu une réponse à leur demande CH, qu'ils n'ont déposée qu'en 2004, soit deux ans après la naissance de leur deuxième enfant né au Canada et le rejet par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de leurs demandes pour obtenir le statut de réfugié au Canada. Les demandes CH prévues au paragraphe 25(1) doivent être déposées dès que possible.

[19] L'avocat du ministre a convenu que, si la demande CH des intimés n'avait pas été tranchée, ils auraient pu demander à l'agent de renvoi de différer leur renvoi en attendant que les risques auxquels les enfants nés au Canada seraient exposés en Hongrie, si l'on présomait que les laisser au Canada n'était pas une option envisageable, soient examinés dans le cadre de la demande CH. Ainsi, bien que les demandeurs n'eussent pas le droit de soumettre cette question à l'agent d'ERAR, ils n'auraient pu être renvoyés sans que l'agent de renvoi examine lui aussi la situation.

[20] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel du ministre, j'infirmes la décision du juge qui a entendu la demande, je rétablirais la décision de l'agent d'ERAR et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire des intimés. Je répondrais à la question certifiée de la manière suivante :

A PRRA officer has no obligation to consider, in the context of the PRRA, the interests of a Canadian-born child when assessing the risks involved in removing at least one of the parents of that child.

LINDEN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

L'agent d'ERAR n'est pas tenu de prendre en considération, dans le cadre de l'ERAR, l'intérêt d'un enfant né au Canada lorsqu'il évalue les risques auxquels serait exposé au moins l'un des parents de cet enfant.

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

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

T-1517-04
2006 FC 1378

T-1517-04
2006 CF 1378

Maurice Philipps (*Applicant*)

Maurice Philipps (*demandeur*)

v.

c.

Librarian and Archivist of Canada (*Respondent*)

Bibliothécaire et Archiviste du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: PHILIPPS v. CANADA (LIBRARIAN AND ARCHIVIST) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : PHILIPPS c. CANADA (BIBLIOTHÉCAIRE ET ARCHIVISTE) (C.F.)

Federal Court, Noël J.—Montréal, October 17; Ottawa, November 14, 2006.

Cour fédérale, juge Noël—Montréal, 17 octobre; Ottawa, 14 novembre 2006.

Cultural Property — Judicial review of respondent's decision maintaining restrictions on access to collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield (donor) to Library and Archives Canada (LAC) in 1979, 1980 — Condition of donation documents not be made public for 20 years after donor's death — Donor died on November 7, 1984 — Wife named "literary executrix" of fund, accepted terms of agreement between LAC, donor, but on August 31, 2004 extended access restriction period to 10 years after own death, then to 25 years thereafter — Applicant's request for access in 2004 denied — Bloomfield collection part of Canada's "documentary heritage" in accordance with definition of term under Library and Archives of Canada Act, s. 2 — One of Act's objects under s. 7 to facilitate access to documentary heritage — LAC National Librarian given discretionary power to attain s. 7 objectives, including control over access to private documents LAC keeps — Applicant not having unconditional right of access to Bloomfield documents — Also not having unconditional right of access under Cultural Property Export and Import Act because Bloomfield documents irrevocably transferred pursuant to ss. 26, 27 thereof — Respondent erred in law in denying applicant's initial request for access in 2004 in extending restricted access period since donor not giving wife general powers to manage collection fund — August 8, 2005 decision not reasonable — Application allowed.

Biens culturels — Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d'accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield (donateur) à Bibliothèque et Archives Canada (BAC) en 1979, 1980 — Les documents ont été cédés à la condition qu'ils ne soient pas rendus publics pendant une période de 20 ans après le décès du donateur — Le donateur est décédé le 7 novembre 1984 — Son épouse, qui a été nommée « exécutrice littéraire » du fonds, a accepté les modalités de l'entente conclue entre BAC et le donateur, mais elle a demandé le 31 août 2004 une prolongation de la période de restriction d'accès, afin que celle-ci ne se termine que 10 ans après son propre décès, puis elle a fait passer cette période à 25 ans — La demande d'accès présentée par le demandeur en 2004 a été refusée — La collection Bloomfield fait partie du « patrimoine documentaire » du Canada, au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada — La mission, prévue à l'art. 7 de la Loi, est notamment de rendre le patrimoine documentaire accessible — L'administrateur général de BAC a été investi du pouvoir discrétionnaire nécessaire à l'atteinte des objectifs fixés à l'art. 7, et plus spécifiquement le contrôle de l'accès aux documents privés conservés par BAC — Le demandeur n'a pas un droit d'accès inconditionnel aux documents du fonds Bloomfield — En outre, il n'a aucun droit d'accès inconditionnel au titre de la Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels, parce que les documents du fonds Bloomfield ont été aliénés de façon irrévocable conformément aux art. 26, 27 de cette loi — Le défendeur a commis une erreur de droit lorsqu'il a refusé la demande initiale d'accès présentée par le demandeur en 2004 en prolongeant la période de restriction d'accès, puisque le donateur n'avait pas confié à son épouse le pouvoir général de gestion de la collection — La décision du 8 août 2005 n'était pas raisonnable — Demande accueillie.

Civil Code — Judicial review of respondent's decision maintaining restrictions on access to collection of private

Code civil — Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d'accès aux archives

archives donated by Louis M. Bloomfield to Library and Archives Canada — Pursuant to Civil Code of Québec (CCQ), arts. 1806, 1807, donor allowed to place limitation on gift such as limited access for specified period when transferring ownership — Because donor's wife given responsibility for controlling access to documents for 20-year period after donor's death, wife given special mandate for specific period in accordance with rules on mandate in CCQ (arts. 2130-2185) — Since donor not giving wife general powers, wife not having power to extend access restriction period.

Access to Information — Judicial review of respondent's decision maintaining restrictions on access to collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield to Library and Archives Canada (LAC) — Access to Information Act, s. 68(c) excluding from application of Act certain materials placed in LAC — Therefore, because Bloomfield fund documents covered by Act, s. 68(c), applicant not having access thereunder.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review of respondent's decision maintaining restrictions on access to collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield to Library and Archives Canada — Respondent's letter, dated August 8, 2005, decision under Federal Courts Act — Letter confirming reassessment of request for access to Bloomfield documents — New exercise of discretion based on new facts — Decision "final", reviewable by Court.

This was an application for judicial review of the respondent's decision maintaining restrictions on access to a collection of private archives donated by Louis M. Bloomfield, eminent Montréal lawyer, to Library and Archives Canada (LAC) between 1979 and 1980. It was a condition of the donation that the documents would not be made public for a period of 20 years after his death. He also directed that his wife would be appointed "literary executrix" and that she and named family members would have access at all times to the documents. After Mr. Bloomfield's death on July 19, 1984, Mrs. Bloomfield accepted the terms of the agreement reached between LAC and Mr. Bloomfield but stated that restriction on access would be reviewable at a later date. The LAC data base indicated that access to the Bloomfield documents was restricted for 20 years beginning on July 19, 1984.

When the applicant first requested access to the Bloomfield documents on August 10, 2004, he was told that authorization

privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield à Bibliothèque et Archives Canada — Suivant les art. 1806, 1807 du Code civil du Québec (CCQ), le donateur peut imposer des conditions à une donation, et notamment restreindre l'accès pendant une période précise lors du transfert de propriété — L'épouse avait la responsabilité de contrôler l'accès au fonds de documents pendant une période de 20 ans après le décès du donateur; elle avait donc un mandat spécial pour cette période, suivant les règles sur le mandat prévues au CCQ (art. 2130 à 2185) — N'ayant pas été investie de pouvoirs généraux, l'épouse n'avait pas le pouvoir de prolonger la période de restriction d'accès.

Accès à l'information — Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d'accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield à Bibliothèque et Archives Canada (BAC) — Aux termes de l'art. 68c) de la Loi sur l'accès à l'information, certains documents déposés à BAC sont soustraits au régime de la Loi — Par conséquent, parce que les documents du fonds Bloomfield tombaient sous le coup de l'art. 68c), le demandeur ne pouvait y avoir accès au titre de cette loi.

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d'accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield à Bibliothèque et Archives Canada — La lettre en date du 8 août 2005 du défendeur constituait une décision au sens de la Loi sur les Cours fédérales — La lettre confirmait la nouvelle évaluation de la demande d'accès aux documents du fonds Bloomfield — Il s'agissait d'un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire à la lumière de faits nouveaux — La décision « finale » était susceptible de contrôle judiciaire par la Cour.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d'accès aux archives privées déposées par M^e Louis M. Bloomfield, éminent avocat montréalais, à Bibliothèque et Archives Canada (BAC) entre 1979 et 1980. Comme condition de donation, M^e Bloomfield a exigé que ses archives ne soient pas rendues publiques pendant une période de 20 ans après son décès. De plus, il a confié à son épouse le rôle d'« exécutrice littéraire » et a prévu qu'elle et certaines autres personnes de sa famille auraient accès en tout temps aux documents du fonds. À la suite du décès de M^e Bloomfield le 19 juillet 1984, M^{me} Bloomfield a accepté les modalités de l'entente conclue entre BAC et M^e Bloomfield, mais a déclaré qu'il pourrait y avoir révision de la restriction d'accès à une date ultérieure. Selon la base de données de BAC, la période de restriction d'accès aux documents du fonds Bloomfield était de 20 ans à compter du 19 juillet 1984.

Lorsqu'il a initialement demandé l'accès au fonds Bloomfield le 10 août 2004, le demandeur a appris qu'il fallait

was still required. Meanwhile, Mrs. Bloomfield requested and was granted another restriction on access to the Bloomfield documents for a period ending 10 years after her own death due to privacy concerns and to safeguard Mr. Bloomfield's reputation. The applicant was informed about this new restriction after submitting another request in January 2005 for access to the documents. The restriction on the Bloomfield documents was subsequently extended to 25 years after Mrs. Bloomfield's death. After further review, on August 8, 2005, the respondent wrote to the applicant stating that "the restrictions" on access to the Bloomfield documents were being maintained and that the denial of access was final. That is the decision of which the applicant sought judicial review.

The issues were: (1) whether Mrs. Bloomfield had the authority to revise the restrictions on access to the Bloomfield documents; (2) whether the LAC's letter of August 8, 2005 was a reviewable decision; (3) whether the applicant should have had access to the Bloomfield documents under the *Access to Information Act*, the *Library and Archives of Canada Act* or the *Cultural Property Export and Import Act*; (4) whether the respondent erred in denying the applicant's initial request for access to the Bloomfield documents; and (5) whether the respondent erred in deciding to extend the period of restriction on access to the Bloomfield documents.

Held, the application should be allowed.

(1) Because the donor was domiciled in Quebec at the time of the gift, the rules on gifts in the *Civil Code of Québec* (CCQ) (articles 1806-1841) were relevant. When the donor transferred ownership of personal documents to LAC, public access thereto was denied for 20 years. Such limitation was allowed under articles 1806 and 1807 of the CCQ. However, the donor did not provide for a review of that period but named a literary executrix whose function was to control access during the restriction period. Under the rules on mandate in the CCQ (articles 2130-2185), the literary executrix cannot have more powers than those given to her by the donor. Because his wife's mandate served a specific objective and was to expire at the end of the 20-year period of non-access, she was given a special mandate and her powers for controlling access ended at that time. Quebec case law clearly provides that the donor's intention governs. Therefore, because the donor did not give his literary executrix any general powers, including that of extending the access restriction period, she could not exercise a power the donor did not give her.

toujours une autorisation pour consulter le fonds. Entre-temps, M^{me} Bloomfield a demandé et obtenu qu'une nouvelle restriction d'accès au fonds Bloomfield soit imposée pour une période ne se terminant que 10 ans après son propre décès, et ce, pour des raisons de protection de la vie privée et de sauvegarde de la réputation de M^c Bloomfield. Le demandeur a été informé de cette nouvelle restriction lorsqu'il a présenté une nouvelle demande d'accès aux documents du fonds en janvier 2005. Par la suite, on a fait passer la période de restriction d'accès au fonds Bloomfield à 25 ans après le décès de M^{me} Bloomfield. Après avoir revu le dossier une autre fois, le 8 août 2005, le défendeur a envoyé au demandeur une lettre l'informant du maintien des « restrictions » d'accès au fonds Bloomfield et du caractère final du refus. Le demandeur demande le contrôle judiciaire de cette décision du défendeur.

Étaient en litige les questions suivantes : 1) M^{me} Bloomfield avait-elle la capacité de réviser les restrictions d'accès au fonds Bloomfield? 2) La lettre de BAC en date du 8 août 2005 constituait-elle une décision susceptible de contrôle judiciaire? 3) Le demandeur aurait-il dû avoir accès au fonds Bloomfield en application de la *Loi sur l'accès à l'information*, de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* ou de la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels*? 4) Le défendeur a-t-il eu tort de refuser la demande initiale d'accès au fonds Bloomfield présentée par le demandeur? 5) Le défendeur a-t-il eu tort de décider de prolonger la restriction d'accès au fonds Bloomfield?

Jugement : la demande doit être accueillie.

1) Étant donné que le donateur était domicilié au Québec au moment de la donation, ce sont les règles de donation prévues au *Code civil du Québec* (CCQ) (articles 1806 à 1841) qui s'appliquaient. L'accès aux documents personnels a été restreint pendant une période de 20 ans dès le transfert de leur propriété à BAC. Les articles 1806 et 1807 du CCQ prévoient une telle restriction. Toutefois, le donateur n'avait pas prévu la révision de cette période de restriction d'accès, mais avait nommé une exécutrice littéraire ayant mandat de contrôler l'accès au fonds pendant cette période de restriction. Suivant les règles sur le mandat prévues au CCQ (articles 2130 à 2185), l'exécutrice littéraire ne peut avoir plus de pouvoirs que ceux que le donateur lui a attribués. Le mandat de l'épouse avait un objectif précis et expirait à la fin de la période de restriction d'accès de 20 ans; elle avait donc un mandat spécial et son pouvoir de contrôler l'accès s'éteignait à ce moment. Il ressort clairement de la jurisprudence québécoise que l'intention du donateur doit être respectée. Par conséquent, le donateur ne lui ayant pas attribué de pouvoirs généraux, dont celui de prolonger la période de restriction d'accès, l'exécutrice littéraire ne pouvait accaparer un pouvoir que le donateur ne lui avait pas confié.

(2) The respondent's letter of August 8, 2005 was not a courtesy letter, which would not have been considered a decision or an order within the meaning of the *Federal Courts Act*. When the respondent decided to review his decision to deny the applicant access to the Bloomfield fund, he undertook a reassessment of the matter in view of the arguments the applicant had submitted and confirmed this reassessment by his letter to the applicant dated August 8, 2005. Therefore, since there was a new exercise of discretion based on new facts and the decision was "final" as was specified in the letter, that decision was reviewable by the Court.

(3) The applicant could not have access to the Bloomfield fund documents under the *Access to Information Act* since the documents are covered by paragraph 68(c) of that Act which excludes from the application of the Act certain materials placed in the LAC. The purpose of paragraph 68(c), in the context of access to information, is to treat differently documents that are in the possession of several institutions such as the LAC, if such documents have been placed there by a person or organization other than a government institution.

The *Library and Archives of Canada Act* does not address directly private documents placed in the LAC or the terms of access to documents in the LAC's possession. However, the Act's Preamble clearly states Parliament's objective of making documentary heritage available. According to the section 2 definition of "documentary heritage", the documents in the Bloomfield fund are regarded as part of Canada's documentary heritage. One of the Act's objects, which are stated in section 7, is to facilitate access to the documentary heritage, while section 8 provides the means to carry out its objects. There must be a balancing process between the objective of access and the observance of the conditions of the gift and other legitimate considerations. In short, the LAC National Librarian has been given the discretionary power to take appropriate measures to enable the LAC to attain the section 7 objectives. Because the *Library and Archives of Canada Act* does not limit the margin the deputy head has been given to achieve the LAC's objectives, and in particular the control over access to private documents the LAC keeps, the applicant did not have an unconditional and unrestricted right of access to Mr. Bloomfield's personal documents.

The applicant also did not have a right of access to the Bloomfield documents under the *Cultural Property Export and Import Act*. According to sections 26 and 27 of that Act,

2) La lettre du défendeur en date du 8 août 2005 n'était pas une lettre de courtoisie, qui n'aurait pas constitué une décision ou une ordonnance au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*. Lorsqu'il a décidé de réviser sa décision de refuser au demandeur l'accès au fonds Bloomfield, le défendeur a procédé à une nouvelle évaluation de la situation en tenant compte des arguments soulevés par le demandeur et a confirmé sa démarche en envoyant au demandeur la lettre du 8 août 2005. Par conséquent, comme il s'agissait d'un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire à la lumière de faits nouveaux et que la décision était « finale », comme le précisait la lettre, cette décision était susceptible de contrôle judiciaire par la Cour.

3) Le demandeur ne pouvait avoir accès aux documents du fonds Bloomfield, parce qu'aux termes de l'alinéa 68c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, certains documents déposés à BAC, dont ceux-ci, sont soustraits au régime de la Loi. L'objet de l'alinéa 68c) est de traiter différemment, en matière d'accès à l'information, les documents qui se trouvent en possession de certaines institutions fédérales comme BAC, si ces documents ont été déposés par une personne ou un organisme extérieur à l'administration fédérale.

La *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* n'aborde pas de façon directe le dépôt de documents privés à BAC ou les conditions d'accès aux documents en possession de BAC. Toutefois, le préambule de la Loi précise clairement l'objectif du législateur de rendre accessible le patrimoine documentaire. Suivant la définition de « patrimoine documentaire » donnée à l'article 2, les documents du fonds Bloomfield sont donc considérés comme faisant partie du patrimoine documentaire du Canada. La mission, prévue à l'article 7 de la Loi, est notamment de rendre le patrimoine documentaire accessible, et l'article 8 précise les moyens que BAC peut utiliser pour remplir sa mission. Il doit donc y avoir un exercice de pondération entre l'objectif d'accès et l'observation des conditions de la donation et autres considérations légitimes. En somme, l'administrateur général de BAC a été investi du pouvoir discrétionnaire de prendre les mesures nécessaires pour permettre à BAC d'atteindre les objectifs fixés à l'article 7. Puisque la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* ne limite d'aucune manière la liberté accordée à l'administrateur général pour réaliser la mission de BAC, et plus spécifiquement le contrôle de l'accès aux documents privés conservés par BAC, le demandeur n'avait pas un droit d'accès inconditionnel sans restriction aux documents personnels de M^e Bloomfield.

Le demandeur n'avait pas non plus le droit d'accès aux documents du fonds Bloomfield au titre de la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels*. Aux termes

cultural property transferred thereunder must be irrevocably transferred if the donor is to receive the tax benefits provided for by the Act. The Bloomfield fund documents were irrevocably transferred and Mrs. Bloomfield's subsequent agreement with LAC to restrict public access to the Bloomfield fund did not alter the nature of the ownership of the documents in the fund.

(4) The respondent erred in denying the applicant's initial request for access to the Bloomfield fund. Although the Guidelines provide a procedure to be followed when the period of access restriction expires—i.e. suggesting that a document under access restrictions becomes available to the public on January 1 of the year in which the access restriction ceases—they do not have force of law and do not impose any obligations on the respondent. The respondent did not provide reasons for its initial denial of access to the Bloomfield fund. Those reasons were stated later in subsequent correspondence from which it appears that LAC regarded Mrs. Bloomfield as the manager of the access restriction period and that her decision to extend the non-access period was final. However, because the donor did not give Mrs. Bloomfield this power of management, the interpretation of Mrs. Bloomfield's role by LAC was an error of law.

(5) The respondent also erred in deciding to extend the period of restriction on access to the Bloomfield fund. Although the 10-year extension of the restriction period in September 2004 was well documented and the reasons clearly stated, such was not the case regarding the 25-year extension. Further, this decision was contrary to the LAC Guidelines which indicate that a restriction period is reviewed as soon as it expires. Because the restriction period was renewed in September 2004 for 10 years, according to the Guidelines, the restriction period could not be reviewed until it expired in 2014. Given the absence of reasons for the new 25-year extension of the restriction period and given the facts of the case, the August 8, 2005, decision was not reasonable and was therefore reviewable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 68(c) (as am. by S.C. 2004, c. 11, s. 22), Sch. I (as am. *idem*, ss. 23, 24).

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Arts. 1806 to 1841, 2130 to 2185.

Cultural Property Export and Import Act, R.S.C., 1985, c. C-51.

des articles 26 et 27 de cette loi, les biens culturels aliénés sous son régime doivent être aliénés de façon irrévocable pour que le donateur bénéficie des avantages fiscaux prévus par la loi. Les documents du fonds Bloomfield ont été aliénés de façon irrévocable, et l'entente ultérieure conclue entre M^{me} Bloomfield et BAC en vue de restreindre l'accès du public au fonds Bloomfield n'a changé en rien la nature de la propriété des documents constituant le fonds.

4) Le défendeur a eu tort de refuser la demande initiale d'accès au fonds Bloomfield présentée par le demandeur. Les lignes directrices prévoient une procédure à suivre lors de l'échéance de la restriction d'accès, à savoir qu'un document avec restriction d'accès devient accessible au public le 1^{er} janvier de l'année où cesse la restriction d'accès, mais elles n'ont pas force de loi ni n'imposent d'obligations au défendeur. Ce dernier n'a pas motivé son refus initial d'accès au fonds Bloomfield. Les motifs de son refus ont été précisés dans une correspondance ultérieure, qui semble indiquer que BAC considérait M^{me} Bloomfield comme étant la gestionnaire de la période de restriction d'accès et que sa décision était donc déterminante quant à la prolongation de la période de nonaccès. Toutefois, le donateur n'avait pas confié ce pouvoir de gestion à M^{me} Bloomfield et, partant, l'interprétation de son rôle par le BAC constituait une erreur de droit.

5) Le défendeur a également eu tort de décider de prolonger la période de restriction d'accès au fonds Bloomfield. Bien que la prolongation de 10 ans de la période de restriction en septembre 2004 ait été bien documentée et que les raisons aient été clairement précisées, il n'en allait pas de même pour celle de 25 ans. En outre, cette décision allait à l'encontre des lignes directrices de BAC, selon lesquelles la révision d'une période de restriction se fait à l'échéance. Le renouvellement de la période de restriction ayant été fait en septembre 2004 pour une période de 10 ans, il ne pouvait donc pas, suivant les lignes directrices, y avoir révision de cette période de restriction avant 2014. Compte tenu de l'absence de motifs justifiant la nouvelle prolongation d'une durée de 25 ans et des faits du dossier, la décision du 8 août 2005 n'était pas raisonnable et, partant, était susceptible de contrôle judiciaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1806 à 1841, 2130 à 2185.

Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada, L.C. 2004, ch. 11, préambule, art. 2 « patrimoine documentaire », 5, 7, 8, 22, 23, 24.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 68c) (mod. par L.C. 2004, ch. 11, art. 22), ann. I

Cultural Property Export and Import Act, S.C. 1974-75-76, c. 50, ss. 26, 27.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Library and Archives of Canada Act, S.C. 2004, c. 11, Preamble, ss. 2 “documentary heritage”, 5, 7, 8, 22, 23, 24.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Moresby Explorers Ltd. v. Gwaii Haanas National Park Reserve, [2000] F.C.J. No. 1944 (T.D.) (QL); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

REFERRED TO:

M.B. c. F.G., 2006 QCCS 3215; *Denis c. Denis*, [1999] J.Q. No. 6363 (Sup. Ct.) (QL); *Centre hospitalier Baie-des-Chaleurs c. Hayes*, 2006 QCCS 4697; *Bélanger c. Bélanger*, [2002] J.Q. No. 5240 (Sup. Ct.) (QL); *Vout v. Hay*, [1995] 2 S.C.R. 876; (1995), 125 D.L.R. 876; 7 E.T.R. (2d) 209; 183 N.R. 1; 82 O.A.C. 161; *Dhaliwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 982 (T.D.) (QL); *Hughes v. Canada (Customs and Revenue Agency)* (2004), 22 Admin. L.R. (4th) 49; 2004 FC 1055; *St-Onge v. Canada* (1995), 62 C.P.R. (3d) 303 (F.C.A.); *De-Nobile v. Canada (Attorney General)*, [1999] F.C.J. No. 1727 (T.D.) (QL); *Balfour v. Norway House Cree Nation*, 2006 FC 616; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405; (2002), 245 N.B.R. (2d) 299; 209 D.L.R. (4th) 564; 31 C.C.P.B. 55; 17 C.P.C. (5th) 1; 91 C.R.R. (2d) 1; 282 N.R. 201; 2002 SCC 13.

APPLICATION for judicial review of the respondent’s decision maintaining restrictions on access to private archived documents donated by Louis M. Bloomfield. Application allowed.

(mod., *idem*, art. 23, 24).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur l’exportation et l’importation de biens culturels, L.R.C. (1985), ch. C-51.
Loi sur l’exportation et l’importation de biens culturels, S.C. 1974-75-76, ch. 50, art. 26, 27.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Moresby Explorers Ltd. c. Réserve du parc national de Gwaii Haanas, [2000] A.C.F. n° 1944 (1^{re} inst.) (QL); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS CITÉES :

M.B. c. F.G., 2006 QCCS 3215; *Denis c. Denis*, [1999] J.Q. n° 6363 (C.S.) (QL); *Centre hospitalier Baie-des-Chaleurs c. Hayes*, 2006 QCCS 4697; *Bélanger c. Bélanger*, [2002] J.Q. n° 5240 (C.S.) (QL); *Vout c. Hay*, [1995] 2 R.C.S. 876; *Dhaliwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 982 (1^{re} inst.) (QL); *Hughes c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CF 1055; *St-Onge c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 961 (C.A.) (QL); *De-Nobile c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1727 (1^{re} inst.) (QL); *Balfour c. Nation Crie de Norway House*, 2006 CF 616; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405; 2002 CSC 13.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du défendeur de maintenir les restrictions d’accès aux archives privées cédées par M^e Louis M. Bloomfield. Demande accueillie.

APPEARANCES:

Maurice Philipps on his own behalf.
Michel Pépin and Anne-Marie Desgens for
 respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for
 respondent.

*The following is the English version of the reasons
 for judgment and judgment rendered by*

[1] NOËL J.: This is an application for judicial review whereby Mr. Maurice Philipps (the applicant) has challenged a decision by the Librarian and Archivist of Canada (the respondent), the deputy head of Library and Archives Canada (LAC), dated August 8, 2005, which maintained restrictions on access to the fund of Louis M. Bloomfield.

I. Facts

[2] The Louis M. Bloomfield fund (the Bloomfield fund) is a collection of private archives placed in LAC (formerly Archives Canada) between 1979 and 1980 by Louis Mortimer Bloomfield (Mr. Bloomfield), an eminent Montréal lawyer who died in 1984.

[3] In a letter dated February 24, 1978, Mr. Bloomfield laid down as a condition for the transfer of his archives that the documents transferred be kept for a period of 20 years after his death before the material (or any part thereof) was made public. Mr. Bloomfield's letter reads as follows (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, exhibit 3):

February 24, 1978

Archives Canada,
 Ottawa, Ontario

Attention: Lawrence Tapper.

Gentlemen:

ONT COMPARU :

Maurice Philipps pour son propre compte.
Michel Pépin et Anne-Marie Desgens pour le
 défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le
 défendeur.

*Voici les motifs du jugement et du jugement rendus en
 français par*

[1] LE JUGE NOËL : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du demandeur (Maurice Philipps) à l'encontre d'une décision du Bibliothécaire et Archiviste du Canada (défendeur), l'administrateur général de Bibliothèque et Archives Canada (BAC), datée du 8 août 2005 qui maintient des restrictions d'accès au fonds de M^e Louis M. Bloomfield.

I. Les Faits

[2] Le fonds Louis M. Bloomfield (fonds Bloomfield) est une collection d'archives privées déposées entre 1979 et 1980 à BAC (anciennement Archives Canada) par M^e Louis Mortimer Bloomfield (M. Bloomfield), un éminent avocat montréalais décédé en 1984.

[3] Dans une lettre du 24 février 1978, M. Bloomfield a posé comme condition à la cession de ses archives que les documents cédés soient retenus pour une période de 20 ans après son décès avant que ce matériel (ou une partie de celui-ci) ne soit rendu public. La lettre de M. Bloomfield se lit comme suit (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 3) :

[TRADUCTION]

Le 24 février 1978

Archives Canada,
 Ottawa (Ontario)

À l'attention de : Lawrence Tapper

Messieurs,

The documents which you are taking from me to form a Bloomfield section of the archives are to be held for a period of twenty (20) years after my death before any of this material is made public.

My literary executrix will be my wife Mrs. Justine Stern Bloomfield and she will have access at all times to this material as well as the following persons:

1. Myself
2. My brother Bernard M. Bloomfield
3. XXXX
4. XXXX

Kindly confirm the above understanding,

Yours truly,

Louis M. Bloomfield

The names appearing in notes 3 and 4 were initially excluded by LAC for right to privacy reasons.

[4] In the letter Mr. Bloomfield directed that his wife Justine Stern Bloomfield (now Justine Stern Cartier) (Mrs. Bloomfield), was to be appointed “literary executrix” and would at all times have access to documents in the Bloomfield fund along with certain other members of his family. In a letter dated July 30, 1979, Mr. Bloomfield specified that no other condition would be attached to the transfer of the Bloomfield fund and he again repeated that the documents were not to be accessible until 20 years after his death, except for the persons mentioned in his letter of February 24, 1978 (applicant’s record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 12).

[5] Mr. Bloomfield died on July 19, 1984.

[6] On November 7, 1984, following Mr. Bloomfield’s death, LAC contacted Mrs. Bloomfield to tell her about the terms of the agreement reached between LAC and Mr. Bloomfield regarding the Bloomfield fund. On November 19, 1984 Mrs. Bloomfield replied to the letter and confirmed that she

Les documents que je vous cède pour former la collection Bloomfield des archives doivent être retenus pour une période de 20 ans après mon décès avant qu’ils soient rendus publics.

Ma femme, M^{me} Justine Stern Bloomfield, sera mon exécutrice testamentaire littéraire. Elle aura accès en tout temps aux documents, de même que les personnes suivantes :

1. Moi-même
2. Mon frère Bernard M. Bloomfield
3. XXXX
4. XXXX

J’aimerais recevoir une confirmation de la présente entente.

Veuillez agréer, Messieurs, mes salutations distinguées,

Louis M. Bloomfield

Les noms apparaissant aux notes 3 et 4 ont été initialement exclus par BAC pour des raisons de droit à la vie privée.

[4] Dans cette lettre, M. Bloomfield indique que son épouse, M^{me} Justine Stern Bloomfield (maintenant M^{me} Justine Stern Cartier) (M^{me} Bloomfield), soit nommée « exécutrice littéraire » (« *literary executrix* » en anglais) et qu’elle ait accès en tout temps aux documents du fonds Bloomfield avec certaines autres personnes de sa famille. Dans une autre lettre datée du 30 juillet 1979, M. Bloomfield spécifie qu’aucune autre condition ne soit rattachée à la cession du fonds Bloomfield et il réitère à nouveau que les documents ne seront accessibles que 20 ans après son décès sauf pour les personnes énumérées dans sa lettre du 24 février 1978 (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 12).

[5] M. Bloomfield est décédé le 19 juillet 1984.

[6] À la suite du décès de M. Bloomfield, le 7 novembre 1984, BAC communique avec M^{me} Bloomfield afin d’informer cette dernière des termes de l’entente intervenue entre BAC et M. Bloomfield concernant le fonds Bloomfield. Le 19 novembre 1984, M^{me} Bloomfield répond à la lettre et confirme être

accepted the terms of the agreement. The letter of November 19, 1984 reads as follows (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit P-1):

Mr. Lawrence F. Tapper
Staff Archivist
Ethnic Archives
PUBLIC ARCHIVES
395 Wellington St.
Ottawa, Ontario K1A 0N3

Dear Mr. Tapper,

I received your letter dated November 7, 1984 and further to our telephone conversation of November 16, 1984, as executrix for my husband, Louis M. Bloomfield, I agree that access to the collection of his personal papers (MG 31 E25) be restricted to researchers who have obtained my specific written permission.

This is to be in effect for a period of twenty (20) years from the date of his death—July 19, 1984. Of course we will review this matter again at a future date.

In the event of my absence or incapacity, my sister will act in my stead:

Mrs. Stephanie Glaymon
28 Harbour Lane
Margate, New Jersey 08402
U.S.A.

Tel. No. 609-822-4205

I hope that I have answered your questions and that all is clear.

Sincerely yours,

Justine S. Bloomfield

[7] Maurice Philipps learned about the existence of the Bloomfield fund in 1996 through the LAC data base. It mentioned that access to the Bloomfield fund was restricted for a period of 20 years beginning on July 19, 1984 (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit X—page 25).

d'accord avec les termes de l'entente. La lettre du 19 novembre 1984 se lit comme suit (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce P-1.) :

[TRADUCTION]

M. Lawrence F. Tapper
Archiviste du personnel
Archives ethniques
ARCHIVES PUBLIQUES
395, rue Wellington
Ottawa (Ontario) K1A 0N3

Monsieur Tapper,

J'ai reçu votre lettre du 7 novembre 1984 et, pour faire suite à notre conversation téléphonique du 16 novembre 1984, en tant qu'exécutrice pour mon mari, Louis M. Bloomfield, j'accepte que l'accès à la collection de ses documents personnels (MG 31 E25) soit restreint aux chercheurs qui auront obtenu mon autorisation expresse par écrit.

Cette entente sera en vigueur pour une période de 20 ans à partir de la date du décès de mon mari—le 19 juillet 1984. Bien entendu, nous réexaminerons la question à une date ultérieure.

Dans le cas où je serais absente ou frappée d'incapacité, ma sœur agira à ma place :

M^{me} Stephanie Glaymon
28 Harbour Lane
Margate, New Jersey 08402
États-Unis

N^o tél. 609-822-4205

J'espère avoir répondu à vos questions et que tout est clair.

Veillez agréer, Monsieur Tapper, l'expression de mes sentiments distingués.

Justine S. Bloomfield

[7] Maurice Philipps a pris connaissance de l'existence du fonds Bloomfield en 1996 par l'entremise de la base de données de BAC. Celle-ci indiquait que le fonds Bloomfield était restreint pour une période de 20 ans débutant le 19 juillet 1984 (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce X, page 25).

[8] On August 10, 2004 (that is, over 20 years after Mr. Bloomfield's death), the applicant approached the LAC reference service by e-mail in order to have access to the Bloomfield fund (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, page 26, paragraph 29).

[9] On September 3, 2004 Daniel Somers (Mr. Somers) of the LAC reference service replied to the applicant and advised that authorization to consult the Bloomfield fund was still required (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 17).

[10] Lawrence Tapper, LAC archivist (Mr. Tapper), received a letter from Mrs. Bloomfield dated August 31, 2004. In that letter Mrs. Bloomfield asked that a new restriction be imposed on access to the Bloomfield fund for a period ending 10 years after her own death, the reasons for this extension request being privacy concerns and safeguarding Mr. Bloomfield's reputation (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 19). A decision was made by LAC on September 8, 2004 to extend the period of restriction on access to the fund by 10 years after Mrs. Bloomfield's death.

[11] On January 6, 2005 the applicant sent an e-mail to Mr. Somers at the LAC asking him to confirm that the Bloomfield fund was now open to the public (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 22). Subsequently, on January 17, 2005 the applicant wrote Mr. Tapper by e-mail formally requesting access to the Bloomfield fund (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 23).

[12] On January 17, 2005 the applicant, in reply to his e-mails, received an e-mail from Normand Laplante (Mr. Laplante), LAC Director of Social and Cultural Archives, who advised him that a new restriction had been imposed: non-access to the Bloomfield fund would be postponed by 10 years after Mrs. Bloomfield's death, at the latter's request (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 24).

[8] Le 10 août 2004 (soit plus de 20 ans après le décès de M. Bloomfield), le demandeur adresse par courriel le service de référence de BAC afin d'avoir accès au fonds Bloomfield (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, page 26, paragraphe 29).

[9] Le 3 septembre 2004, M. Daniel Somers (M. Somers) du service de référence de BAC répond au demandeur et lui indique que l'autorisation pour consulter le fonds Bloomfield était toujours nécessaire (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 17).

[10] M. Lawrence Tapper (M. Tapper), archiviste de BAC, a reçu une lettre de M^{me} Bloomfield datée du 31 août 2004. Dans cette lettre, M^{me} Bloomfield demande qu'une nouvelle restriction d'accès au fonds Bloomfield soit imposée pour une période ne se terminant que 10 ans après son propre décès, les raisons de cette demande d'extension étant des préoccupations de vie privée ainsi que la sauvegarde de la réputation de M. Bloomfield (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 19). Une décision par BAC fut prise en date du 8 septembre 2004 de prolonger la restriction d'accès au fonds jusqu'à 10 ans après le décès de M^{me} Bloomfield.

[11] Le 6 janvier 2005, le demandeur adresse M. Somers de BAC par courriel, lui demandant de confirmer que le fonds Bloomfield était maintenant ouvert au public (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 22). Par la suite, le 17 janvier 2005, le demandeur écrit à M. Tapper par courriel, lui demandant formellement accès au fonds Bloomfield (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 23).

[12] Le 17 janvier 2005, le demandeur, en réponse à ses courriels, reçoit un courriel de Normand Laplante (M. Laplante), Directeur des Archives sociales et culturelles de BAC. M. Laplante l'informa qu'une nouvelle restriction d'accès au fonds Bloomfield de 10 ans après le décès de M^{me} Bloomfield avait été imposée et ce, à la demande de celle-ci (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 24).

[13] On January 18, 2005, in a second e-mail, Mr. Laplante wrote the applicant that control of restrictions on access to the Bloomfield fund was given to the fund's literary executrix, Mrs. Bloomfield, on Mr. Bloomfield's death in 1984. Further, Mr. Laplante indicated in his letter that it had been agreed between Mrs. Bloomfield and LAC in 1984 that Mrs. Bloomfield and LAC might subsequently review restrictions on access to the Bloomfield fund (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 25).

[14] On January 28, 2005 the applicant wrote the Chief Archivist, Ian E. Wilson, a five-page letter to ask him to review the decision to impose a new restriction on access to the Bloomfield fund and to release the documentation on which the extension of the period of restriction on access was based (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 27).

[15] On February 16, 2005 the respondent sent the applicant a reply in which he advised that he had reviewed the decision-making process relating to access to the Bloomfield fund (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 28). The respondent repeated what Mr. Laplante had written regarding control of restrictions on access to the Bloomfield fund and, by way of justification, advised that the new restriction on access to the Bloomfield fund resulted from an agreement concluded with Mrs. Bloomfield.

[16] On April 20, 2005, LAC changed the restriction on access to the Bloomfield fund: it would hold for 25 years after Mrs. Bloomfield's death (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 33). The record contains no documentation explaining why this new extension was being imposed. The applicant learned about it subsequently.

[17] On April 25, 2005 the applicant again asked the respondent to review the decision to impose a restriction on access to the Bloomfield fund and to answer several questions relating to certain documents sent to him, but with several passages removed for reasons of privacy protection (applicant's record, affidavit of Maurice

[13] Le 18 janvier 2005, dans un second courriel, M. Laplante écrit au demandeur que la gestion des restrictions d'accès au fonds Bloomfield fut léguée à l'exécutrice littéraire du fonds, M^{me} Bloomfield au décès de M. Bloomfield en 1984. De plus, M. Laplante indique dans sa lettre qu'il a été convenu entre M^{me} Bloomfield et BAC, en 1984, que M^{me} Bloomfield et BAC peuvent revoir les restrictions d'accès du fonds Bloomfield ultérieurement (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 25).

[14] Le 28 janvier 2005, le demandeur s'est adressé à l'archiviste en chef, Ian E. Wilson, dans une lettre de cinq pages afin de lui demander de réviser la décision d'imposer une nouvelle restriction d'accès au fonds Bloomfield et de communiquer la documentation à la base de l'extension de la restriction d'accès (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 27).

[15] Le 16 février 2005, le défendeur fait parvenir au demandeur une réponse dans laquelle il dit avoir revu le processus de décision concernant l'accès au fonds Bloomfield (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 28). Le défendeur réitère ce que M. Laplante a écrit en ce qui a trait à la gestion des restrictions d'accès au fonds Bloomfield et justifie la nouvelle restriction d'accès au fonds Bloomfield comme découlant d'une entente conclue avec M^{me} Bloomfield.

[16] Le 20 avril 2005, BAC émet une nouvelle restriction faisant passer la restriction d'accès au fonds Bloomfield à 25 ans après le décès de M^{me} Bloomfield (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 33). On ne retrouve au dossier aucune documentation pouvant nous permettre de comprendre le pourquoi de cette nouvelle extension de restriction. Le demandeur prendra connaissance de cette nouvelle extension de restriction ultérieurement.

[17] Le 25 avril 2005, le demandeur demanda à nouveau au défendeur de réviser la décision d'imposer une restriction d'accès au fonds Bloomfield et de répondre à plusieurs questions reliées à certains documents qui lui furent communiqués mais avec plusieurs extraits n'y apparaissant pas pour des raisons

Philipps, Exhibit 35).

[18] On May 10, 2005 the respondent replied to the applicant that he was examining the arguments raised by the latter in his communication of April 25, 2005 and was considering the possibility of granting him access to the Bloomfield fund (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 36).

[19] On August 8, 2005 the respondent notified the applicant by letter (the letter of August 8, 2005) that he was maintaining [TRANSLATION] "the restrictions" on access to the Bloomfield fund and that the decision was final, as he had reviewed the matter in its entirety and consulted legal services. He wrote the following (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 37):

[TRANSLATION]

In this case, I have reviewed the reasons given in support of an extension and am persuaded that it was fully justified. The access restrictions are accordingly maintained for the period mentioned.

[20] The applicant sought judicial review of the respondent's decision of August 8, 2005.

II. Issues

(1) Did Mrs. Bloomfield, the literary executrix of the Bloomfield fund, have the authority to revise the restrictions on access to the Bloomfield fund?

(2) Was the letter of August 8, 2005 a reviewable decision?

(3) In the affirmative, what standard of review is applicable to the decision in question?

(4) Should the applicant have had access to the Bloomfield fund under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1], the *Library and Archives of Canada Act* [S.C. 2004, c. 11] or the *Cultural Property Export and Import Act* [R.S.C., 1985, c. C-51]?

de protection de renseignements personnels (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 35).

[18] Le 10 mai 2005, le défendeur répond au demandeur qu'il évaluait les arguments soulevés par celui-ci dans son envoi du 25 avril 2005 et qu'il considérait la possibilité de lui fournir accès au fonds Bloomfield (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 36).

[19] Le 8 août 2005, le défendeur avise le demandeur par lettre (lettre du 8 août 2005) qu'il maintenait « les restrictions » d'accès au fonds Bloomfield et que la décision est finale, ayant revu l'ensemble du dossier et consulté les services juridiques. Il écrit ce qui suit (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 37) :

Dans le présent cas, j'ai revu les raisons invoquées à l'appui d'une prolongation et je suis convaincu qu'elle était pleinement justifiée. Les restrictions d'accès sont donc maintenues pour la période indiquée.

[20] Le demandeur demande le contrôle judiciaire de la décision du défendeur en date du 8 août 2005.

II. Questions en litiges

1) M^{me} Bloomfield, l'exécutrice littéraire du fonds Bloomfield, a-t-elle la capacité de réviser les restrictions d'accès au fonds Bloomfield?

2) La lettre du 8 août 2005 est-elle une décision susceptible de contrôle judiciaire?

3) Dans l'affirmative, quelle est la norme de contrôle applicable à la décision en question?

4) Est-ce que le demandeur aurait dû avoir accès au fonds Bloomfield en vertu de : la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1]; la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* [L.C. 2004, ch. 11]; ou la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels* [L.R.C. (1985), ch. C-51]?

(5) Did the respondent err in denying the applicant's initial request for access to the Bloomfield fund?

(6) Did the respondent err in deciding to extend the period of restriction on access to the Bloomfield fund?

III. Analysis

(1) Did Mrs. Bloomfield, the literary executrix of the Bloomfield fund, have the authority to revise the restrictions on access to the Bloomfield fund?

[21] Mr. Bloomfield made a gift of his personal documents to Her Majesty the Queen in two stages (1979 and 1980). His personal documents were valued and a value assigned to them, and the said value could be used for tax purposes. The designated institution that became the owner of the personal documents on their receipt in 1979 and 1980 was the Public Archives of Canada, now known as Library and Archives Canada (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibits 5, 9 and 11).

[22] On February 24, 1978 Louis Bloomfield wrote a letter to LAC telling them that his wife, Mrs. Bloomfield, would be the literary executrix of the Bloomfield fund and that she would have access to the documents along with other persons selected by the donor, and that the restriction on access would hold for a period of 20 years, beginning as of his death (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 3). On July 30, 1979 Mr. Bloomfield specified that there would be no other conditions except restriction on access for 20 years and that certain persons would have a right of access as advised in the letter of February 24, 1978 (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 12). In a letter of November 19, 1984 to Lawrence Tapper, Mrs. Bloomfield confirmed that she was accepting the role of literary executrix for the Bloomfield fund and that the restriction on access was to hold for 20 years, but that it would be reviewable at a later date: "Of course we will review this matter again at a future date" (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit P-1).

[23] The applicant submitted that Mr. Bloomfield, an eminent lawyer, had stated clearly in his letter dated July

5) Le défendeur a-t-il erré en refusant la demande initiale du demandeur d'accès au fonds Bloomfield?

6) Le défendeur a-t-il erré en décidant de prolonger la restriction d'accès au fonds Bloomfield?

III. Analyse

1) M^{me} Bloomfield, l'exécutrice littéraire du fonds Bloomfield, a-t-elle la capacité de réviser les restrictions d'accès au fonds Bloomfield?

[21] M. Bloomfield fit une donation de ses documents personnels en deux étapes (1979 et 1980) à Sa Majesté la Reine. Ses documents personnels furent évalués et une valeur leur fut attribuée, ladite valeur pouvant être utilisée pour des fins fiscales. L'établissement désigné qui est devenu propriétaire des documents personnels sur réception de ceux-ci en 1979 et 1980 était les Archives publiques du Canada maintenant connu par le nom Bibliothèque et Archives Canada (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièces 5, 9 et 11).

[22] Le 24 février 1978, Louis Bloomfield a écrit une lettre à BAC pour leur annoncer que sa femme, M^{me} Bloomfield, serait l'exécutrice littéraire du fonds Bloomfield et qu'elle aurait accès aux documents avec d'autres personnes choisies par le donateur et que la restriction d'accès serait pour une période de 20 ans débutant à son décès (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 3). Le 30 juillet 1979, M. Bloomfield précise qu'il n'y aura pas d'autres conditions sauf la restriction d'accès de 20 ans et que certaines personnes auraient accès tel que mentionné dans la lettre du 24 février 1978 (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 12). Dans une lettre du 19 novembre 1984 à Lawrence Tapper, M^{me} Bloomfield confirme qu'elle acceptait le rôle d'exécutrice littéraire pour le fonds Bloomfield et que la restriction d'accès est de 20 ans mais révisable à une date ultérieure : [TRADUCTION] « Bien entendu, nous réexaminerons la question à une date ultérieure » (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce P-1).

[23] Le demandeur soumet que M. Bloomfield, un éminent avocat, a clairement exprimé dans sa lettre

30, 1979 that no other condition was being attached to the transfer of his documents to LAC. Accordingly, the applicant considered that although Mr. Bloomfield appointed Mrs. Bloomfield as the literary executrix of the Bloomfield fund, she did not have the authority to extend the period of restriction on access to the fund as LAC maintained. The applicant submitted that, as literary executrix, Mrs. Bloomfield only had the authority to give a right of access to the Bloomfield fund during the 20-year period, a power mentioned in Mr. Bloomfield's letter of February 24, 1978.

[24] In rebuttal, the respondent argued that the role of literary executrix assigned to Mrs. Bloomfield gave her complete authority to manage the Bloomfield fund, a viewpoint shared by Mrs. Bloomfield in her letter of November 19, 1984.

[25] As mentioned above, the ownership of the documents was transferred to Archives Canada in 1979 and 1980. The clearly expressed intention of the donor was that access to the documents was to be limited to certain persons, including his wife, and that said access restriction would be in effect for a period of 20 years after his death. In the letter of July 30, 1979 he took care to state (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 12):

There will be no conditions attached to the deposit other than the original conditions that these documents be made available to the Public only twenty years after my death. In the meantime they shall be available to the persons named in my original letter of instructions which I believe Mr. Tapper had received.

[26] In view of the donor's clear intention, can Mrs. Bloomfield, the literary executrix of the Bloomfield fund, impose additional access restrictions beyond the period specified by the donor, namely 20 years after his death?

[27] As the donor was domiciled in Montréal, Quebec, at the time of the gift, it goes without saying that the rules on gifts set out in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, at articles 1806-1841, are relevant in this case. The provisions relating to wills or

datée du 30 juillet 1979, qu'aucune autre condition n'était rattachée à la transmission de ses documents à BAC. Donc, le demandeur est de l'avis que même si M. Bloomfield a désigné M^{me} Bloomfield à titre d'exécutrice littéraire du fonds Bloomfield, celle-ci n'a pas la capacité de prolonger les restrictions d'accès à ce fonds comme le soutient BAC. Le demandeur soutient que M^{me} Bloomfield, en tant qu'exécutrice littéraire, n'avait que la capacité de donner un droit d'accès au fonds Bloomfield pendant la période de 20 ans, un pouvoir prévu dans la lettre du 24 février 1978 de M. Bloomfield.

[24] En contrepartie, le défendeur plaide que le rôle d'exécutrice littéraire assigné à M^{me} Bloomfield lui donne une capacité totale d'assumer la gestion du fonds Bloomfield, un point de vue partagé par M^{me} Bloomfield dans sa lettre du 19 novembre 1984.

[25] On sait qu'il y a eu transfert de propriété des documents en 1979 et 1980 à Archives Canada. L'intention du donateur clairement exprimée est qu'il voulait que l'accès aux documents soit limité à certaines personnes dont son épouse, et que ladite restriction d'accès soit en vigueur pour une période de 20 ans après son décès. Il a pris la peine dans la lettre du 30 juillet 1979 de préciser (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 12) :

[TRADUCTION] Il n'y aura aucune condition pour le dépôt que les conditions initiales selon lesquelles les documents ne seront accessibles au public que 20 ans après mon décès. Entre-temps, ils seront accessibles aux personnes nommées dans ma première lettre d'instructions que, je crois, M. Tapper a reçue.

[26] Tenant compte de la claire intention du donateur, est-ce que M^{me} Bloomfield, exécutrice littéraire du fonds Bloomfield, peut ajouter des restrictions d'accès au-delà de la période prévue par le donateur soit 20 ans suivant son décès?

[27] Étant donné que le donateur était domicilié à Montréal, province de Québec au moment de la donation, il va de soi que les règles de donation prévues au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, aux articles 1806 à 1841, s'appliquent pour les fins de la présente

mandates may also be of some assistance.

[28] The donor transferred personal documents to LAC in two stages (1979-1980) and at that point there was a transfer of ownership. A limitation may be placed on a gift (see articles 1806 and 1807 of the *Civil Code of Québec*). In this case, there was such a limitation: access was denied for a period of 20 years. The donor did not provide for any review of that period.

[29] As to the function of literary executrix specified by the donor, she is responsible for controlling access during the restriction period. She cannot have more powers than those given to her by the donor (see the rules on mandate set out in the *Civil Code of Québec*, at articles 2130-2185). Her mandate was to expire at the end of the 20-year period of non-access. If the donor had wished to give her a power to extend the period of non-access, he would have said so, and he did not. On the contrary, the donor stated twice that the period of non-access was 20 years.

[30] In the view of those facts, Mrs. Bloomfield was not given by the donor a general mandate, but rather a special mandate, meant to serve a specific objective. The mandate terminates with the extinction of the power granted by him. Once the term of 20 years is complete, the power of controlling access ends as the donor specified that the restriction was to hold for 20 years and there was no power to extend that period beyond the term indicated by the donor. In Quebec, the case law is clear: in the context of a gift or mandate, as well as a will, the intention of the donor, mandator or testator, respectively, governs (as to mandate, see *M.B. c. F.G.*, 2006 QCCS 3215, at paragraph 19; for gifts and wills, see *Denis c. Denis*, [1999] J.Q. No. 6363 (Sup. Ct.) (QL), at paragraph 21; and for wills, see *Centre hospitalier Baie-des-Chaleurs c. Hayes*, 2006 QCCS 4697, at paragraphs 42 and 51; *Bélanger c. Bélanger*, [2002] J.Q. No. 5240 (Sup. Ct.) (QL), at paragraph 14; and *Vout v. Hay*, [1995] 2 S.C.R. 876, at paragraph 28).

question. Les dispositions concernant le testament ou le mandat peuvent aussi être d'une certaine utilité.

[28] Le donateur a transféré en deux étapes (1979-1980) à BAC des documents personnels et dès ce moment, il y a eu un transfert de propriété. Il peut y avoir une charge associée à une donation (voir les articles 1806 et 1807 du *Code civil du Québec*). Dans notre cas, il y en a une soit le non-accès pour une période de 20 ans. Il n'était pas prévu par le donateur que cette période soit révisable.

[29] Quant au rôle de l'exécutrice littéraire prévu par le donateur, elle a la responsabilité de contrôler l'accès pendant la période de restriction. Elle ne peut pas avoir plus de pouvoirs que ceux que le donateur lui a attribués (voir les règles sur le mandat prévues au *Code civil du Québec*, aux articles 2130 à 2185). Son mandat se termine à la fin de la période de non-accès de 20 ans. Si le donateur avait voulu attribuer un pouvoir d'extension de la période de non-accès, il l'aurait prévu, ce qu'il n'a pas fait. Au contraire, à deux reprises, le donateur a spécifié que la période de non-accès était de 20 ans.

[30] La situation de faits décrite s'apparente à un mandat spécial et non à un mandat général car il y est pour un objectif précis, tel que l'a voulu le donateur. Le mandat se termine par l'extinction du pouvoir qui lui a été octroyé. Le terme de 20 ans étant acquis, le pouvoir de contrôler l'accès se termine car le donateur a prévu que la restriction était pour 20 ans et qu'il n'y avait aucun pouvoir de prolonger ce pouvoir au-delà du terme prévu par le donateur. La jurisprudence québécoise énonce clairement que dans le contexte de donation et de mandat, de même que dans le contexte de testament, la volonté du donateur, mandant ou testateur respectivement, doit être respectée (dans le contexte de mandat voir la cause *M.B. c. F.G.*, 2006 QCCS 3215, au paragraphe 19; dans le contexte de donation et de testament voir *Denis c. Denis*, [1999] J.Q. n° 6363 (C.S.) (QL), au paragraphe 21; et dans le contexte de testament voir les causes *Centre hospitalier Baie-des-Chaleurs c. Hayes*, 2006 QCCS 4697 aux paragraphes 42 et 51; *Bélanger c. Bélanger*, [2002] J.Q. n° 5240 (C.S.) (QL), au paragraphe 14; et *Vout c. Hay*, [1995] 2 R.C.S. 876, au paragraphe 28).

[31] It appears to the Court that, in view of the rules on gifts and mandate in the *Civil Code of Québec*, when a donor has clearly imposed a condition in connection with a gift, it must be observed unless it is subject to additional conditions, and that is not the case here. Moreover, the donor did not give his literary executrix any general powers apart from that of controlling access to the personal documents during the 20-year access restriction period. Accordingly, the literary executrix has the powers given to her by the donor. He did not give her that of extending the access restriction period. Accordingly, she cannot exercise a power the donor did not give her.

(2) Was the letter of August 8, 2005 a reviewable decision?

[32] First, the respondent submitted that the letter of August 8, 2005 was not a reviewable decision, but rather a courtesy letter following the e-mail from Mr. Laplante on January 17, 2005, denying the applicant access to the Bloomfield fund. On this point, this Court has clearly held that a courtesy letter written in reply to an application for review or reconsideration is not a decision or an order within the meaning of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], and thus cannot be challenged by way of a judicial review application (*Dhaliwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 982 (T.D.) (QL); *Moresby Explorers v. Gwaa Haanas National Park Reserve*, [2000] F.C.J. No. 1944 (T.D.) (QL); *Hughes v. Canada (Customs and Revenue Agency)* (2004), 22 Admin. L.R. (4th) 49 (F.C.), at paragraph 6). In fact, in *Moresby* Mr. Justice Pelletier (as he then was) made the following comment (*Moresby Explorers*, at paragraph 12):

In *Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230, [1995] F.C.J. No. 1238, Noël J. (as he then was) reviewed a series of cases dealing with the effect of correspondence with a decision maker after a decision has been made. In those cases, the Court held that a “courtesy response” does not create a new decision from which judicial review may be taken. As it was put by

[31] Il me semble à la lumière des règles de donation et du mandat du *Code civil du Québec* que lorsqu’un donateur a clairement établi une condition dans le cadre de la donation que celle-ci doit être respectée à moins que celle-ci soit assujettie à d’autres conditions, ce qui n’est pas le cas ici. Encore plus, le donateur n’a pas prévu de pouvoirs généraux pour son exécutrice littéraire sauf celui de contrôler l’accès aux documents personnels pendant la période de restriction d’accès de 20 ans. Donc, l’exécutrice littéraire a les pouvoirs que lui donne le donateur. Il ne lui a pas attribué celui de prolonger la période de restriction d’accès. Elle ne peut donc pas s’accaparer d’un pouvoir que le donateur ne lui a pas accordé.

2) La lettre du 8 août 2005 est-elle une décision susceptible de contrôle judiciaire?

[32] Premièrement, le défendeur prétend que la lettre du 8 août 2005 n’est pas une décision susceptible de contrôle judiciaire, mais qu’elle est plutôt une lettre de courtoisie ou de politesse faisant suite au courriel de M. Laplante du 17 janvier 2005, refusant au demandeur l’accès au fonds Bloomfield. Sur ce point, cette Cour a clairement établi qu’une lettre de politesse écrite en réponse à une demande de révision ou de réexamen ne constitue pas une décision ou une ordonnance au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], et par conséquent, ne peut pas être contestée par voie de contrôle judiciaire (*Dhaliwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 982 (1^{re} inst.) (QL); *Moresby Explorers Ltd. c. Réserve du parc national de Gwaa Haanas*, [2000] A.C.F. n° 1944 (1^{re} inst.) (QL); *Hughes c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CF 1055, au paragraphe 6). De fait, le juge Pelletier (maintenant juge de la Cour d’appel) dans l’affaire *Moresby* énonce ce qui suit (*Moresby Explorers*, ci-haut, au paragraphe 12) :

Dans le jugement *Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, (1995), 101 F.T.R. 230, [1995] A.C.F. n° 1238, le juge Noël (maintenant juge de la Cour d’appel) a examiné une série de décisions portant sur l’effet de la correspondance échangée avec l’auteur de la décision après que celle-ci a été prise. Dans ces décisions, le tribunal avait jugé qu’une « réponse faite par courtoisie » ne

McKeown J. in *Dhaliwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 982 “... counsel cannot extend the date of decision by writing a letter with the intention of provoking a reply.” Before there is a new decision, subject to judicial review, there must be a fresh exercise of discretion such as a reconsideration of a prior decision on the basis of new facts. [Emphasis added.]

[33] In this case, I do not view the letter of August 8, 2005 as a courtesy letter. Rather, it appears that, by his letter of May 10, 2005, the respondent decided to review the decision to deny the applicant access to the Bloomfield fund. Accordingly, the respondent, by that letter, decided to use his discretion to review the prior decision to deny the applicant access to the Bloomfield fund. The letter of May 10, 2005 stated (applicant’s record, affidavit of Maurice Philipps, page 36):

[TRANSLATION]

Dear Mr. Philipps:

In view of the arguments made by you in your recent e-mail (on April 25), we have considered your request carefully. The situation is complex. We would like to have a little more time to consider the possibility of granting access to this collection. Rest assured that a reply will be sent to you in the near future.

Yours truly,

Ian E. Wilson, CM, D. Litt.
Librarian and Archivist of Canada

[34] It can be seen from reading this correspondence and the new documents made since January 17, 2005 (see *inter alia* applicant’s record, affidavit of Maurice Philipps: LAC form dated April 20, 2005 extending restriction from 10 to 25 years, Exhibit 33; note by ATIP analyst dated April 25, 2005, Exhibit 34; letter from applicant dated April 25, 2005 seeking new decision in light of new information, Exhibit 36) that the respondent undertook a reassessment of the matter in view of the arguments put forward by the applicant. The respondent accordingly exercised his discretion to make a new decision regarding the restriction on access to the

créée pas une nouvelle décision ouvrant droit à un contrôle judiciaire. Ainsi que le juge McKeown l’a déclaré dans le jugement *Dhaliwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 982 : « un procureur ne peut reporter la date d’une décision en envoyant une lettre dans l’intention de susciter une réponse ». Avant qu’il y ait une nouvelle décision susceptible d’un contrôle judiciaire, il doit y avoir un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire, tel que le réexamen d’une décision antérieure à la lumière de faits nouveaux. [Je souligne.]

[33] Dans le cas en espèce, je ne suis pas d’avis que la lettre du 8 août 2005 est une lettre de politesse. Plutôt, il apparaît que le défendeur a décidé par sa lettre du 10 mai 2005, de réviser la décision de refuser au demandeur l’accès au fonds Bloomfield. Ainsi, le défendeur a décidé par cette lettre d’utiliser son pouvoir discrétionnaire pour réviser la décision antérieure de refuser au demandeur l’accès au fonds Bloomfield. La lettre du 10 mai 2005 énonce ce qui suit (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, page 36) :

M. Philipps :

À la lumière des arguments que vous avez soulevé [*sic*] lors de votre récent courriel électronique (le 25 avril), nous examinons attentivement votre demande. La situation est complexe. Nous souhaiterions avoir un peu plus de temps afin de considérer la possibilité de fournir l’accès à cette collection. Soyez assuré qu’une réponse vous sera acheminée dans un proche avenir.

Veillez agréer, Monsieur, l’expression de mes sentiments les meilleurs.

Ian E. Wilson, CM, D. Litt.,
Bibliothécaire et Archiviste du Canada

[34] À la lecture de cette correspondance et des nouveaux documents créés depuis le 17 janvier 2005 (voir notamment le dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps : formulaire daté du 20 avril 2005 du BAC prolongeant la restriction de 10 à 25 ans, pièce 33; note de l’analyste ATIP datée du 25 avril 2005, pièce 34; lettre du demandeur en date du 25 avril 2005 demandant une nouvelle décision à la lumière de nouvelles informations, pièce 36), on constate que le défendeur procède à une nouvelle évaluation de la situation en considérant les arguments soulevés par le demandeur. Le défendeur exerce donc son pouvoir

Bloomfield fund. This was confirmed by the letter of August 8, 2005 sent to the applicant by the respondent nearly three months after the respondent had indicated that he was carefully considering the applicant's access request. In that letter the respondent wrote (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 37):

discrétionnaire pour rendre une nouvelle décision à l'égard de la restriction d'accès au fonds Bloomfield. Ceci est confirmé par la lettre du 8 août 2005 envoyée par le défendeur au demandeur, presque trois mois après que le défendeur ait indiqué qu'il examinerait attentivement la demande d'accès du demandeur. Dans cette lettre le défendeur écrit (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 37) :

[TRANSLATION]

Our file/Notre dossier

Our file/Notre dossier

127106/8310

127106/8310

August 8, 2005

Le 8 août 2005

Mr. Maurice Philipps
1-1115, rue St-Georges #1
Longueuil, Quebec
J4K3Z5

Monsieur Maurice Philipps
1-1115, rue St-Georges # 1
Longueuil, Québec
J4K3Z5

Dear Mr. Philipps:

Monsieur Philipps,

I acknowledge receipt of your e-mail of July 28, 2005 regarding access to the Louis M. Bloomfield fund (MG31E25).

J'accuse réception de votre courriel du 28 juillet 2005 concernant l'accès au fonds Louis M. Bloomfield (MG31E25).

As I indicated to you earlier, Library and Archives Canada is unable to provide access to this fund. After having carefully reviewed the matter in its entirety and consulted our legal services, I have come to the conclusion that the period of restriction on access to this fund has been extended in full compliance with the Act, consistent with the powers granted to Library and Archives Canada by its enabling legislation and in accordance with its standard procedures. I understand your disappointment and would like to assure you that neither the management of this file or your request for access to the fund was dealt with in any arbitrary or discriminatory way.

Comme je vous l'indiquais précédemment, Bibliothèque et Archives Canada se voit dans l'impossibilité de donner accès à ce fonds. Après avoir de nouveau revu attentivement l'ensemble du dossier et consulté nos services juridiques, j'en suis venu à la conclusion que les restrictions d'accès à ce fonds ont été prolongées dans le respect intégral de la loi, à l'intérieur des pouvoirs accordés à Bibliothèque et Archives Canada par sa loi constitutive et en conformité avec ses procédures normales. Je comprends votre déception et je tiens à vous assurer que ni la gestion de ce dossier et ni votre demande d'accès au fonds n'ont été traités de façon arbitraire ou discriminatoire.

The standard practice here, when a period of restriction expires, is to contact the donor or his literary executor, usually in response to an access application, to inform them about the expiration of the restriction period and to consult them as to possible circumstances that might require its extension or modification. You may be sure that the public interest and the purpose of this institution to give as wide as possible access to Canada's documentary heritage are always considered in such discussions. Agreements with donors regarding temporary restrictions are in keeping with this purpose and the public interest in that they allow Library and Archives Canada to acquire for immediate processing significant private archive funds that would otherwise risk not being acquired until much

La pratique en vigueur dans l'institution, lorsqu'une restriction vient à échéance, est de contacter le donateur ou son exécuteur littéraire, normalement à l'occasion d'une demande d'accès, pour lui signaler la fin de la restriction et le consulter sur d'éventuelles circonstances qui exigeraient leur prolongation ou modification. Je tiens à vous assurer que l'intérêt public et la mission de l'institution de donner le plus large accès possible au patrimoine documentaire du Canada sont toujours considérés lors de ces discussions. Les conventions avec les donateurs sur les restrictions temporaires vont dans le sens de cette mission et de l'intérêt public en ce qu'elles permettent à Bibliothèque et Archives Canada d'acquérir, pour traitement immédiat, de fonds d'archives

later, thereby delaying their distribution, or even remaining indefinitely unavailable to Canadians.

In this case, I have reviewed the reasons given in support of an extension and am persuaded that it is fully justified. The access restrictions are maintained for the period indicated. They constitute a contractual agreement binding on Library and Archives Canada.

Please note that this decision is final and that this letter is the more detailed reply mentioned in my letter of July 20, 2005.

The only person authorized to lift this restriction and give access to the Bloomfield fund is its literary executrix, and if you wish we can make a request to this effect in your own behalf. If so, please contact in writing Robert McIntosh, Director General, Canadian Archives and Special Collections Branch, 344 Wellington Street, Ottawa, K1A 0N4, robert.mcintosh@lac-bac.gc.ca.

Yours truly,

Ian E. Wilson

cc.: Hon. Liza Frulla, Minister of Canadian Heritage
Maka Kotto, M.P., Saint-Lambert [Emphasis added.]

[35] In arriving at this [TRANSLATION] “final” decision the respondent consulted the record, the documents and the legal branch and concluded that the extension of the restriction period (now 25 years from April 20, 2005) was decided on in full compliance with the Act, consistent with the powers granted to the LAC and in accordance with standard regular procedures.

[36] Based on these facts, I find that the decision of August 8, 2005 by the respondent is reviewable by this Court, in accordance with the principles set out in *Moresby*. There was a new exercise of discretion based on new facts and it was [TRANSLATION] “final”.

(3) If so, what standard of review is applicable to the decision in question?

[37] According to the pragmatic and functional test, which was accepted without qualification by the

privés importants qui autrement risqueraient de n’être traités que beaucoup plus tard, retardant ainsi leur diffusion, ou même de rester à tout jamais hors d’atteinte des Canadiens.

Dans le présent cas, j’ai revu les raisons invoquées à l’appui d’une prolongation, et je suis convaincu qu’elle est pleinement justifiée. Les restrictions d’accès sont maintenues pour la période indiquée. Elles constituent une entente contractuelle qui lie Bibliothèque et Archives Canada.

Veillez prendre note que cette décision est finale et que la présente lettre constitue la réponse plus détaillée mentionnée dans ma lettre du 20 juillet 2005.

La seule personne autorisée à lever cette restriction et à donner accès au fonds Bloomfield est son exécutrice littéraire et si vous désirez nous pouvons faire une demande en ce sens en votre nom. Si tel est le cas, veuillez contacter par écrit Robert McIntosh, Directeur général, Direction des archives canadiennes et des collections spéciales, 344, rue Wellington, Ottawa, K1A 0N4, robert.mcintosh@lac-bac.gc.ca

Veillez agréer, Monsieur Philipps, l’expression de mes sentiments distingués.

Ian E. Wilson

c.c. : L’honorable Liza Frulla, Ministre du Patrimoine canadien
Monsieur Maka Kotto, Député de Saint-Lambert [Je souligne.]

[35] Pour en arriver à une telle décision « finale », le défendeur consulta le dossier, les documents ainsi que les services juridiques et conclua que la période d’extension de restriction (maintenant de 25 ans depuis le 20 avril 2005) a été décidée dans le respect intégral de la loi, à l’intérieur des pouvoirs accordés à BAC et en conformité avec les procédures normales.

[36] Ce sont là des constatations qui me permettent de conclure que la décision du 8 août 2005 prise par le défendeur est susceptible de contrôle judiciaire par cette Cour, le tout conformément aux principes mis de l’avant dans l’arrêt *Moresby*, précité. En effet, il s’agit d’un nouvel exercice de pouvoir discrétionnaire à la lumière de faits nouveaux et elle est « finale ».

3) Dans l’affirmative, quelle est la norme de contrôle applicable à la décision en question?

[37] Selon le test pragmatique et fonctionnel qui a été accepté sans équivoque par la Cour suprême du Canada

Supreme Court of Canada for determining the standard of judicial review applicable to administrative decisions, the Court must consider four factors: the mechanism of review provided for by the Act; the relative expertise of the decision-making body; the purpose of the Act; the nature of the problem (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226). In the following paragraphs, I will analyse this case in the light of the factors mentioned in this paragraph.

a. Mechanism of review provided for by the Act

[38] In this case, the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11 (the Act), that gives the respondent a discretion to take any action to protect documents in possession of the LAC and to provide all services necessary to give access to Canada's documentary heritage, is silent as to the mechanism of review. This factor is thus inoperative herein.

b. Relative expertise of decision maker

[39] In this case, the respondent has expertise regarding questions of fact that relate to actions taken to carry out the LAC's mission. On questions of pure law and mixed questions of law and fact, this Court has greater expertise than the respondent. Therefore, the respondent should be accorded a degree of deference on all questions of fact relating to LAC administration.

c. Purpose of the Act

[40] The *Library and Archives of Canada Act* and the Guidelines issued pursuant to that Act give the respondent broad discretion to ensure that LAC is able to preserve Canada's heritage. In accordance with *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 56, a less stringent standard of review is called for and hence, as to this factor, the respondent should be given a higher degree of deference.

afin de déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions administratives, la Cour doit examiner quatre facteurs : le mécanisme de contrôle prévu par la loi; l'expertise relative de l'organisme décisionnel; l'objet de la loi et la nature du problème (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226). Dans les prochains paragraphes, j'analyse le présent dossier à la lumière des facteurs mentionnés au présent paragraphe.

a. Le mécanisme de contrôle prévu par la loi

[38] En l'espèce, la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11 (Loi), qui confère au défendeur la discrétion de prendre toute mesure pour protéger les documents en possession de BAC et de fournir tous les services permettant d'avoir accès au patrimoine documentaire canadien est muette sur le mécanisme de contrôle. Ce facteur est donc neutre.

b. L'expertise relative du décideur

[39] Dans le cas présent, le défendeur a une expertise en ce qui a trait aux questions de faits relatives aux mesures pour réaliser la mission de BAC. Pour les questions de droit pur et les questions mixtes de droit et de fait, cette Cour a une expertise plus élevée que le défendeur. Conséquemment, un degré de déférence devrait être accordé au défendeur pour toutes questions de faits relatives à l'administration de BAC.

c. L'objet de la loi

[40] La *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* et les directives émises sous l'égide de la loi confère un vaste pouvoir discrétionnaire au défendeur pour garantir que BAC puisse conserver le patrimoine canadien. Selon l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 56, ceci justifie une norme de contrôle moins exigeante et conséquemment pour ce qui est de ce facteur, un degré de déférence plus élevé devrait être accordé au défendeur.

d. Nature of the problem

[41] This application for judicial review has two separate aspects: first, it must be determined whether, in her capacity as literary executrix, Mrs. Bloomfield had the authority to restrict access to the Bloomfield fund, and that is a question of law; second, it must be determined whether the respondent erred in denying the applicant access to the Bloomfield fund, and that is a mixed question of fact and law. Therefore, on this factor the respondent should be accorded a lower level of deference.

e. Conclusion

[42] In this case, a pragmatic and functional analysis reveals that the standard of review applicable to the respondent's decision is that of reasonableness, as the factors in the pragmatic and functional test provide for different degrees of deference. However, the standard of correctness applies to questions of law. Therefore, with respect to 1, 4 and 5, the correctness standard applies and, as to the other questions, the standard of reasonableness.

(4) Should the applicant have had access to the Bloomfield fund under the *Access to Information Act*, the *Library and Archives of Canada Act* or the *Cultural Property Export and Import Act*?

(a) Access to fund under *Access to Information Act*

[43] The *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 ([s. 68, Sch. I] amended by S.C. 2004, c. 11, by ss. 22-24) is a complete code of procedure the purpose of which is to safeguard the right of access to documents in the possession of federal institutions (*St-Onge v. Canada* (1995), 62 C.P.R. (3d) 303 (F.C.A.), at paragraph 3). Further, the *Access to Information Act* expressly provides in paragraph 68(c) that certain materials placed in the LAC are not subject to the legal provisions set out in the said Act:

d. Nature du problème

[41] L'objet du contrôle judiciaire en question comporte deux analyses distinctes : la première consiste à déterminer si M^{me} Bloomfield, dans sa capacité d'exécutrice littéraire, a le pouvoir de restreindre l'accès au fonds Bloomfield, ce qui est une question de droit; la deuxième question consiste à déterminer si le défendeur a erré en refusant au demandeur l'accès au fonds Bloomfield, ce qui est une question mixte de faits et de droit. Conséquemment, pour ce qui est de ce facteur, un degré de déférence moins élevé devrait être accordé au défendeur.

e. Conclusion

[42] Dans le présent cas, une analyse pragmatique et fonctionnelle indique que la norme de contrôle applicable à la décision du défendeur est celle de la décision raisonnable, car les facteurs du test pragmatique et fonctionnel indiquent des degrés de déférence différents pour ce qui est des divers facteurs du test. Toutefois, la norme de la décision correcte sera celle utilisée pour les questions de droit. Ainsi, les questions 1, 4 et 5 sont assujetties à la norme de la décision correcte tandis que les autres questions seront assujetties à la norme de la décision raisonnable.

4) Est-ce que le demandeur aurait dû avoir accès au fonds Bloomfield en vertu de : la *Loi sur l'accès à l'information*; la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*; ou la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels*?

(a) Accès au fonds en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*

[43] La *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 ([art. 68, ann. I] mod. par L.C. 2004, ch. 11, art. 22 à 24), est un code complet de procédure ayant comme but la sauvegarde du droit d'accès aux documents en possession des institutions fédérales (*St-Onge c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 961 (C.A.) (QL), au paragraphe 3). En outre, la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit expressément à son paragraphe 68(c) que certains documents déposés à BAC sont soustraits au régime juridique prévu par ladite loi.

68. This Act does not apply to

(c) material placed in the Library and Archives of Canada, the National Gallery of Canada, the Canadian Museum of Civilization, the Canadian Museum of Nature or the National Museum of Science and Technology by or on behalf of persons or organizations other than government institutions. [Emphasis added.]

[44] In enacting paragraph 68(c), Parliament intended to treat differently, in the context of access to information, documents that are in the possession of several institutions such as the LAC, if such documents have been placed there by a person or organization other than a government institution.

[45] The Bloomfield fund material is covered by paragraph 68(c) of the *Access to Information Act*. Therefore, the applicant cannot have access to the Bloomfield fund documents under that Act.

(b) Access to the fund under the *Library and Archives of Canada Act*

[46] The *Library and Archives of Canada Act* does not address directly private documents placed in the LAC or the terms of access to documents in the LAC's possession. However, the objective of making documentary heritage available is clearly stated by Parliament in the Preamble to the Act:

WHEREAS it is necessary that

(a) the documentary heritage of Canada be preserved for the benefit of present and future generations;

(b) Canada be served by an institution that is a source of enduring knowledge accessible to all, contributing to the cultural, social and economic advancement of Canada as a free and democratic society;

(c) that institution facilitate in Canada cooperation among the communities involved in the acquisition, preservation and diffusion of knowledge; and

68. La présente loi ne s'applique pas aux documents suivants :

c) les documents déposés à Bibliothèque et Archives du Canada, au Musée des beaux-arts du Canada, au Musée canadien des civilisations, au Musée canadien de la nature ou au Musée national des sciences et de la technologie par des personnes ou organisations extérieures aux institutions fédérales ou pour ces personnes ou organisations. [Je souligne.]

[44] En adoptant le paragraphe 68c), le législateur fédéral a témoigné de sa volonté de traiter différemment, en matière d'accès à l'information, les documents qui se trouvent en possession de certaines institutions fédérales comme BAC, si ces documents ont été déposés par une personne ou un organisme extérieur à l'administration fédérale.

[45] Les documents du fonds Bloomfield sont le type de documents visés par le paragraphe 68c) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Par conséquent, le demandeur ne peut avoir accès aux documents du fonds Bloomfield en vertu d'une demande sous ladite Loi.

(b) Accès au fonds en vertu de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*.

[46] La *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* n'adresse pas de façon directe le dépôt de documents privés à BAC ou les termes d'accès aux documents en possession de BAC. Toutefois, l'objectif de rendre accessible le patrimoine documentaire est clairement exprimé par le législateur dans le préambule de la Loi :

Attendu qu'il est nécessaire :

a) que le patrimoine documentaire du Canada soit préservé pour les générations présentes et futures;

b) que le Canada se dote d'une institution qui soit une source de savoir permanent accessible à tous et qui contribue à l'épanouissement culturel, social et économique de la société libre et démocratique que constitue le Canada;

c) que cette institution puisse faciliter au Canada la concertation des divers milieux intéressés à l'acquisition, à la préservation et à la diffusion du savoir;

(d) that institution serve as the continuing memory of the government of Canada and its institutions; [Emphasis added.]

[47] In addition, the *Library and Archives of Canada Act* defines “documentary heritage” in section 2 as follows:

2. The definitions in this section apply in this Act.

...

“documentary heritage” means publications and records of interest to Canada.

The documents in the Bloomfield fund may therefore be regarded as part of Canada’s documentary heritage.

[48] Section 5 of the Act provides that the Governor in Council appoints a deputy head of the LAC to hold office during pleasure:

5. (1) The Governor in Council shall appoint an officer, to be called the Librarian and Archivist of Canada, to hold office during pleasure and to have the rank and powers of a deputy head of a department.

[49] Section 7 of the Act states the objects of the LAC. That section provides *inter alia* that:

7. The objects of the Library and Archives of Canada are

(a) to acquire and preserve the documentary heritage;

(b) to make that heritage known to Canadians and to anyone with an interest in Canada and to facilitate access to it; [Emphasis added.]

[50] Section 7 does not specify what means the LAC may use to carry out its objects. Rather, those means are specified in section 8, that defines precisely the powers of the LAC Librarian and Archivist:

8. (1) The Librarian and Archivist may do anything that is conducive to the attainment of the objects of the Library and Archives of Canada, including

(a) acquire publications and records or obtain the care, custody or control of them;

d) que cette institution soit la mémoire permanente de l’administration fédérale et de ses institutions, [Je souligne.]

[47] En outre, la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* définit le « patrimoine documentaire du Canada » à l’article 2 comme suit :

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

[. . .]

« patrimoine documentaire » Les publications et les documents qui présentent un intérêt pour le Canada.

Les documents du fonds Bloomfield peuvent donc être considérés comme faisant partie du patrimoine documentaire du Canada.

[48] L’article 5 de la Loi permet au Gouverneur en conseil de nommer à titre amovible l’administrateur général de BAC :

5. (1) L’administrateur général, dont le titre est « bibliothécaire et archiviste du Canada », est nommé, à titre amovible, par le gouverneur en conseil et a rang et pouvoirs d’administrateur général de ministère.

[49] L’article 7 de la Loi explique la mission de BAC. Cet article spécifie notamment que :

7. Bibliothèque et Archives du Canada a pour mission :

a) de constituer et de préserver le patrimoine documentaire;

b) de faire connaître ce patrimoine aux Canadiens et à quiconque s’intéresse au Canada, et de le rendre accessible; [Je souligne.]

[50] L’article 7 ne précise pas les moyens que peut utiliser BAC pour remplir sa mission. Ces moyens sont plutôt spécifiés à l’article 8 qui identifie de façon concrète les pouvoirs de l’administrateur général de BAC :

8. (1) L’administrateur général peut prendre toute mesure qui concourt à la réalisation de la mission de Bibliothèque et Archives du Canada et, notamment :

a) acquérir des publications et des documents ou en obtenir la possession, la garde ou la responsabilité;

(b) take measures to catalogue, classify, identify, preserve and restore publications and records;

(c) compile and maintain information resources such as a national bibliography and a national union catalogue;

(d) provide information, consultation, research or lending services, as well as any other services for the purpose of facilitating access to the documentary heritage;

(e) establish programs and encourage or organize any activities, including exhibitions, publications and performances, to make known and interpret the documentary heritage;

(f) enter into agreements with other libraries, archives or institutions in and outside Canada;

(g) advise government institutions concerning the management of information produced or used by them and provide services for that purpose;

(h) provide leadership and direction for library services of government institutions;

(i) provide professional, technical and financial support to those involved in the preservation and promotion of the documentary heritage and in providing access to it; and

(j) carry out such other functions as the Governor in Council may specify. [Emphasis added.]

b) prendre toute mesure de catalogage, de classement, de description, de protection et de restauration des publications et documents;

c) compiler et maintenir des sources d'information et notamment une bibliographie et un catalogue collectif nationaux;

d) fournir des services d'information, de consultation, de recherche et de prêt, ainsi que tous autres services permettant d'avoir accès au patrimoine documentaire;

e) mettre en place des programmes visant à faire connaître et comprendre le patrimoine documentaire et encourager ou organiser des activités—notamment des expositions, des publications et des spectacles—à cette fin;

f) conclure des accords avec d'autres bibliothèques, archives ou institutions au Canada ou à l'étranger;

g) conseiller les institutions fédérales sur la gestion de l'information qu'elles produisent et utilisent et leur fournir des services à cette fin;

h) déterminer les orientations des services bibliothécaires des institutions fédérales et, à cette fin, fixer des lignes directrices;

i) apporter un appui professionnel, technique et financier aux milieux chargés de promouvoir et de préserver le patrimoine documentaire et d'assurer l'accès à celui-ci;

j) s'acquitter de toute autre fonction que lui confie le gouverneur en conseil. [Je souligne.]

[51] As per paragraph 8(1)(h) of the Act, LAC has drawn up guidelines. They are entitled “Guidelines and Procedures for the Establishment and Management of Access Conditions relating to Funds held by Manuscript Division” (the Guidelines); they were issued in 1995. Their purpose is to explain the management of access conditions. Once again, they reflect Parliament’s intent of “facilitating access to” the documentary heritage. It is even stated that access to documents is one of the primary responsibilities of the Public Archives of Canada (now the LAC). However, there is also a very legitimate concern to ensure that the access objective does not prevent the collection of private documents; therefore, donors are consulted in view of establishing access restrictions while taking the needs of researchers into account. Therefore, a balancing process is required in such circumstances. I quote certain passages from the Guidelines (applicant’s record, affidavit of Maurice

[51] Selon le paragraphe 8(1)h) de la Loi, BAC a fixé des lignes directrices. On y retrouve les « lignes directrices et procédures relatives à l'établissement de la gestion des conditions d'accès aux fonds conservées à la division des manuscrits » (lignes directrices) qui furent émises en 1995 (lignes directrices). Elles ont pour objectif d'expliquer la gestion des conditions d'accès. À nouveau, celles-ci exemplifient l'objectif du législateur de « rendre accessible » le patrimoine documentaire. Il y est même précisé que l'accès aux documents est l'une des principales responsabilités des Archives nationales du Canada (maintenant BAC). Toutefois, il y a aussi un souci fort légitime de s'assurer que l'objectif d'accès ne doit pas empêcher la collection de documents privés et qu'il y a consultation avec les donateurs pour élaborer les restrictions d'accès tout en tenant compte des besoins des chercheurs. Il y a donc une pondération à être faite dans de telles circonstances. Pour les fins de la présente,

Philipps, Exhibit 18, Guidelines 4 and 5):

BASIC PRINCIPLES

The basic principles relating to access conditions in Manuscript Division can be outlined as follows:

1. The Manuscript Division accepts the necessity of access restrictions relating to sensitive private records and recognizes that in many instances our willingness to apply restrictions facilitates the acquisition of private records of national significance.
2. While the Division recognizes the need for access restrictions and its own responsibilities in this area, its ultimate goal is to increase and broaden access whenever possible. For this reason, every effort is made to avoid indefinite restrictions and to make provision for the regular review of restrictions.
3. The identification of access requirements is viewed as an important part of the acquisition and control functions; while the subsequent management of access is an integral part of public service.
4. Archivists are expected to develop access restrictions in consultation with donors, while at the same time meeting the needs of our researchers and fulfilling the Division's responsibilities as defined by the authority/reference documents noted above.
5. Access to private-sector records owned by the Crown and placed in a public institution is viewed as a public service that should to the extent practicable be available equally to all clients (including staff members). Restrictions which apply to one group of researchers, but not to others, should, if possible, be avoided. While donors or their designates may control access for a specific period of time, archivists should work with donors to try and ensure an even-handed approach in the making of access decisions.

2. ANALYSIS FOLLOWING ARRANGEMENT

More detailed analysis of sensitive material to determine the specific categories involved and the recommended access restrictions. Staff engaged in such an analysis of Cabinet documents and classified information originating with government must be cleared to the appropriate security level.

It is also at this stage that archivists should consult the SNAP file relating to the funds and review any correspondence or

je cite certains passages des lignes directrices (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 18, lignes directrices 4 et 5) :

PRINCIPES FONDAMENTAUX

Les principes fondamentaux relatifs aux conditions d'accès à la Division des manuscrits peuvent être énoncés comme suit :

1. La Division des manuscrits reconnaît la nécessité des restrictions d'accès liées aux documents privés de nature délicate et reconnaît que, dans bien des cas, son désir de restreindre l'accès facilite l'acquisition de documents privés d'importance nationale.
2. Même si la Division reconnaît la nécessité des restrictions d'accès et sa propre responsabilité en la matière, son objectif ultime consiste à accroître et à élargir l'accès lorsque cela est possible. C'est pourquoi elle fait tout son possible pour éviter les restrictions d'une durée indéfinie et pour prévoir le réexamen régulier des restrictions imposées.
3. L'identification des exigences d'accès est considérée comme une partie importante des fonctions d'acquisition et de contrôle, alors que la gestion subséquente de l'accès fait intégralement partie du service public.
4. Les archivistes doivent élaborer des restrictions d'accès en consultation avec les donateurs, tout en répondant aux besoins des chercheurs et en assumant les responsabilités de la Division telles que définies par les textes officiels et les documents de référence indiqués précédemment.
5. L'accès aux documents privés appartenant à l'État et déposés dans un établissement public est considéré comme un service public qui doit, dans la mesure du possible, être fourni également à tous les clients (y compris par les employés). Les restrictions qui s'appliquent à un groupe de chercheurs et non à d'autres doivent être évitées si possible. Alors que les donateurs ou leurs représentants peuvent contrôler l'accès pendant une période donnée, les archivistes doivent collaborer avec les donateurs afin de tenter d'obtenir une approche équitable en matière de prise de décisions relatives à l'accès. [Je souligne]

2. ANALYSE SUBSÉQUENTE AU TRAITEMENT

Analyse plus détaillée des documents de nature délicate afin de déterminer les catégories spécifiques en cause et les restrictions d'accès recommandées. Le personnel chargé d'analyser des documents du Cabinet et l'information gouvernementale classifiée doit avoir la cote de sécurité appropriée.

C'est également à cette étape que les archivistes doivent consulter le dossier SNAP relativement au fonds et examiner

prior agreements that might touch on the issue of access.

REVIEW, REVISION, AND REMOVAL OF ACCESS RESTRICTIONS

In most instances, material closed or restricted for a specific period of time should be made available to researchers on 1 January of the appropriate anniversary year. For example, files dating from 1965 that are closed for 30 years, should be opened on the first day of 1995. If the material scheduled for opening requires some screening or review, this process should be completed before the anniversary date.

Material closed for an indefinite period (usually as a result of departmental advice) should be reviewed (usually by access-review officers) in a regular 10-year cycle.

Trakker will eventually include a BF system that should be utilized by the Division to ensure that access restrictions are brought forward for updating or revision on a regular basis. When supplying a Trakker access code for a volume of restricted material, archivists should, at the same time, indicate a BF date, when the Custody of Holdings Division will notify Section chiefs that the restrictions applying to a volume should be reviewed. (For material closed or restricted for a specific period, the review date should be a full year before the expiration of the restriction.) Section chiefs will, in turn, assign material for review to archivists.

When access restrictions require revision (but are not entirely removed), the archivist must notify the Custody of Holdings Division of any changes relating to Trakker codes according to the provisions outlined above. The archivist must also create a new, revised RAF following the steps outlined above (see "Creating a Restricted Access Form").

When all access restrictions relating to a funds have expired, the archivist should revise the inventory, indicating that access code O (field C180) now applies to the funds. A copy of the restricted access form marked "Now Open" should be attached to the revised ICR. [Emphasis added.]

[52] In short, Parliament has given the LAC National Librarian the discretionary power to take appropriate measures to enable the LAC to attain the objectives set in section 7. It can be seen from reading sections 7 and 8 of the *Library and Archives of Canada Act* that the

la correspondance et les ententes préalables susceptibles d'avoir une incidence sur la question de l'accès.

EXAMEN, RÉVISION ET RETRAIT DES RESTRICTIONS D'ACCÈS

Dans la majorité des cas, les documents dont l'accès est interdit ou restreint pendant une période donnée doivent être mis à la disposition des chercheurs le 1^{er} janvier de l'année où l'interdiction de consultation cesse. Par exemple, les dossiers remontant à 1965, dont l'accès est interdit pendant 30 ans, doivent être accessibles le premier jour de 1995. Si un examen ou une révision des documents s'impose, il faut y procéder avant l'échéance.

Les documents dont l'accès est interdit pendant une période indéfinie (habituellement, par suite d'une recommandation ministérielle) doivent être examinés régulièrement tous les 10 ans (habituellement, par des agents de l'examen de l'accès).

Le système Trakker comprend un système de rappel que la Division doit utiliser pour garantir que les restrictions d'accès sont régulièrement mises à jour ou réexaminées. Au moment d'attribuer un code d'accès du système Trakker à un volume de documents à accès restreint, les archivistes doivent indiquer une date de rappel, à laquelle la Division de la garde des fonds prévendra les chefs de section de revoir les restrictions applicables à un volume de documents. (La date d'examen des documents à accès interdit ou à accès restreint pendant une période donnée doit être une année complète avant l'expiration de la restriction). Les chefs de section doivent à leur tour assigner les documents à examiner aux archivistes.

Lorsque les restrictions d'accès exigent une révision et qu'elles ne sont pas entièrement enlevées, l'archiviste doit prévenir la Division de la garde des fonds des éventuels changements liés aux codes du système Trakker, en fonction des dispositions énoncées ci-dessus. L'archiviste doit également remplir une nouvelle FFR, en suivant les étapes exposées ci-dessous (voir « préparation d'une formule des fonds réservés »).

Lorsque toutes les restrictions d'accès liées à un fonds sont périmées, l'archiviste devrait réviser l'inventaire en indiquant que le code d'accès O (champ C180) s'applique dorénavant au fonds. Une copie de la Formule des fonds réservés désignée « maintenant ouvert » devrait être annexée à la FCI révisée. [Je souligne.]

[52] En somme, le législateur confie à l'administrateur général de BAC le pouvoir discrétionnaire de prendre les mesures appropriées pour permettre à BAC d'atteindre les objectifs fixés par l'article 7. À la lecture des articles 7 et 8 de la *Loi sur la Bibliothèque et les*

intent of Parliament was to give the National Librarian some leeway in order to achieve the LAC's objects. Although the LAC's objects are to allow public access to the documentary heritage, there is also an understandable concern to take the wishes of the donor into account. There must therefore be a balancing process between the objective of access and the observance of the conditions of the gift and other legitimate considerations. The Guidelines reflect that concern.

[53] In this case, since no provision of the *Library and Archives of Canada Act* limits the margin given to the deputy head to achieve the LAC's objectives, and in particular as to the control over access to private documents kept by the LAC, I am of the view that the applicant does not have an unconditional and unrestricted right of access to Mr. Bloomfield's personal documents. Under the Act and Guidelines, LAC must balance access against the conditions of the gift and the organization's legitimate considerations. It must thereby assess the interests involved and justify its decision.

(c) Access to the fund under the Cultural Property Export and Import Act

[54] In 1978, when Mr. Bloomfield placed his private documents with the LAC, he received certain tax benefits under the *Cultural Property Export and Import Act*, S.C. 1974-75-76, c. 50.

[55] According to sections 26 and 27 of the *Cultural Property Export and Import Act*, cultural property transferred under the said Act must be irrevocably transferred if the donor is to receive the tax benefits provided for by the Act: the designated facility becomes the owner at the latest on the last day of the calendar year following the year in which the tax certificate for the cultural property is issued. In this case, the certificates concerning the documents were issued on July 5, 1979 and March 28, 1980. In the applicant's submission, the imposition of a new restriction on access

Archives du Canada on constate que le législateur fédéral a voulu laisser à l'administrateur général une certaine liberté pour concrétiser la mission de BAC. En effet, bien que l'un des objectifs de BAC soit de permettre au public l'accès au patrimoine documentaire, il y a aussi une préoccupation compréhensible de prendre en considération les volontés du donateur. Il doit donc y avoir un exercice de pondération entre l'objectif d'accès et les conditions de la donation et autres considérations légitimes. Les lignes directrices démontrent cette préoccupation.

[53] En l'espèce, puisqu'aucune disposition de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* n'enfreint la liberté accordée à l'administrateur général pour réaliser la mission de BAC et plus spécifiquement le contrôle de l'accès aux documents privés conservés par BAC, je suis de l'avis que le demandeur n'a pas un droit d'accès inconditionnel sans restriction aux documents personnels de M. Bloomfield. Selon la loi et les lignes directrices, BAC doit exercer une pondération entre l'accès, les conditions de la donation et les considérations légitimes de l'organisme. Un tel exercice doit se faire par analyse démontrant une pondération entre les intérêts en jeu et la justification pour la conclusion.

(c) Accès au fonds en vertu de la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels*

[54] En 1978, lorsque M. Bloomfield a déposé ses documents privés à BAC, il a bénéficié de certains avantages fiscaux en vertu de la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels*, S.C. 1974-75-76, ch. 50.

[55] La *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels* aux articles 26 et 27 demande que les biens culturels aliénés sous ladite loi soient aliénés de façon irrévocable pour bénéficier des avantages fiscaux prévus par la loi. En effet, il y est prévu que l'établissement désigné devient propriétaire au plus tard le dernier jour de l'année civile suivant celle où le certificat fiscal visant des biens culturels est délivré. Dans notre cas, les certificats visant les documents ont été émis le 5 juillet 1979 et le 28 mars 1980. Selon le demandeur, l'imposition d'une nouvelle restriction d'accès aux

to the Bloomfield documents by Mrs. Bloomfield is in fact an attempt to control the ownership of the documents in the Bloomfield fund, which were irrevocably transferred, and that attempt at control is contrary to the said Act.

[56] I am of the view that the fact that the documents in the Bloomfield fund were irrevocably transferred does not give the public unconditional access to the documents. In view of all the evidence presented by the parties, it follows that Mrs. Bloomfield did not try to retake possession of the documents or to cancel the irrevocable transfer of the Bloomfield fund to the LAC. The fact that LAC concluded an agreement with Mrs. Bloomfield to restrict public access to the Bloomfield fund does not in any way alter the nature of the ownership of the documents in the fund. Therefore, the applicant has no right of access to the Bloomfield documents on account of the tax benefits received by the donor of the documents in the Bloomfield fund under the *Cultural Property Export and Import Act*.

(5) Did the respondent err in denying the applicant's initial request for access to the Bloomfield fund?

[57] Mr. Bloomfield died on July 19, 1984. It will be recalled that he transferred the documents making up the Bloomfield fund under the condition that they were not to be made public until 20 years after his death.

[58] As we saw earlier in paragraph 51 of this decision, under the heading "Review, Revision and Removal of Access Restrictions", the Guidelines provide a procedure to be followed when the period of access restriction expires. Generally, under these Guidelines, a document with an access restriction becomes available to the public on January 1st of the year in which the access restriction ceases. In this case, the period of access restriction expired on July 19, 2004, and so under the Guidelines access to the documents was open as of January 1, 2004, subject to other considerations under the Act and the Guidelines.

[59] These Guidelines do not have the force of law. However, they serve as tools for establishing general

documents Bloomfield par M^{me} Bloomfield est en effet une tentative de contrôle de la propriété des documents du fonds Bloomfield qui ont été transférés irrévocablement et que cette tentative de contrôle est à l'encontre de ladite Loi.

[56] Je suis d'avis que le fait que les documents du fonds Bloomfield ont été aliénés de façon irrévocable ne donne pas au public un accès inconditionnel aux documents. En tenant compte de l'ensemble de la preuve déposée par les parties, il s'ensuit que M^{me} Bloomfield n'a pas tenté de reprendre possession des documents ou d'annuler le transfert irrévocable à BAC du fonds Bloomfield. Le fait que BAC a conclu une entente avec M^{me} Bloomfield pour restreindre l'accès du public au fonds Bloomfield ne change en rien la nature de la propriété des documents constituant le fonds. Par conséquent, le demandeur n'a aucun droit d'accès aux documents Bloomfield en raison des avantages fiscaux réalisés par l'aliénation des documents du fonds Bloomfield sous la *Loi sur l'exportation et l'importation des biens culturels*.

5) Le défendeur a-t-il erré en refusant la demande initiale du demandeur d'accès au fonds Bloomfield?

[57] M. Bloomfield est mort le 19 juillet 1984. À titre de rappel, ce dernier a cédé les documents qui constituent le fonds Bloomfield sous condition qu'ils ne soient rendus public que 20 ans après sa mort.

[58] Comme nous l'avons vu précédemment au paragraphe 51 de la présente décision, sous la rubrique « Examen, révision et retrait des restrictions d'accès », les lignes directrices prévoient une procédure à suivre lors de l'échéance de la restriction d'accès. En général, selon ces lignes directrices, un document avec restriction d'accès devient accessible au public le 1^{er} janvier de l'année où cesse la restriction d'accès. Dans notre cas, le terme de la restriction d'accès était le 19 juillet 2004, donc selon les lignes directrices, l'accès aux documents était en date du 1^{er} janvier 2004, le tout sujet aux autres considérations découlant de la Loi et des lignes directrices.

[59] Ces lignes directrices n'ont pas force de loi. Cependant, elles servent comme outils pour créer des

practices. In this case, the Guidelines define a practice within the LAC administration. However, the fact that the Guidelines suggest that a document under access restrictions will become available to the public on January 1st of the year in which the access restriction ceases has no impact on the discretion of the LAC National Librarian to decide whether to make the documents placed under his control public. These Guidelines do not impose any obligation on the respondent.

[60] Further, even though one object of LAC is to make Canada's documentary heritage available, this does not impose a legal duty on LAC or its deputy head to make each of the documents in its possession available. Parliament did not see fit to impose such an obligation, apart from the applicable provisions of the *Library and Archives of Canada Act*. Accordingly, the LAC deputy head has a duty "to facilitate access to it" and to "provid[e] access to it" (see paragraphs 7(b) and 8(i) of the Act).

[61] The initial denial of access to the Bloomfield fund on September 3, 2004 was very brief and did not state any reasons (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 17):

[TRANSLATION]

Our reference 2004-2005/14376

Maurice Philipps

Dear Mr. Philipps:

In reply to your request of August 10 regarding the Louis M. Bloomfield fund (MG 31, E 25), it should be noted that authorization to consult the fund is still necessary from Mrs. Justine Cartier, 110 Bloor St. West, Apt 1105, Toronto, ON M5S 2W7 (tel. 416-922-2092). This authorization should be sent to Lawrence Tapper at Library and Archives Canada, 395 Wellington Street, Ottawa, ON K1A 0N3. Mr. Tapper may [sic] reached by e-mail at Lawrence.Tapper@lac-bac.gc.ca.

Dan Somers
Reference and Genealogy Division

pratiques générales. En l'espèce les lignes directrices définissent une pratique au sein de l'administration de BAC. Cependant, le fait que les lignes directrices suggèrent qu'un document avec restriction d'accès deviendra accessible au public le 1^{er} janvier de l'année où cesse la restriction d'accès n'a aucun impact sur la compétence discrétionnaire de l'administrateur général de BAC de décider de rendre public les documents placés sous son contrôle. Ces lignes directrices n'imposent pas d'obligations sur les épaules du défendeur.

[60] De plus, même si BAC a pour mission générale de rendre accessible le patrimoine documentaire canadien, ceci n'assujettit pas BAC ou son administrateur général à une obligation légale de rendre accessible chacun des documents en sa possession. Le législateur fédéral n'a pas jugé bon de lui imposer une telle obligation, mise à part les dispositions applicables de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*. L'administrateur général de BAC a donc une obligation « de le rendre accessible » et « d'assurer l'accès » (voir les paragraphes 7b) et 8i) de la Loi).

[61] Le refus initial d'accès au fonds Bloomfield du 3 septembre 2004 était très succinct et ne contenait pas de motifs (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 17) :

Notre référence 2004-2005/14376

Maurice Philipps

Cher M. Philipps :

Réponse à votre demande du 10 août concernant les fonds Louis M. Bloomfield (MG 31, E 25), il faut noter que l'autorisation pour consulter des fonds est toujours nécessaire de Mme Justine Cartier, 110 Bloor St. West, Apt 1105, TORONTO, ON M5S 2W7 (Tel. 416-922-2092). Cet [sic] permission devrais [sic] être envoyer [sic] à M. Lawrence Tapper au [sic] Bibliothèque et Archives Canada, 395 rue Wellington, OTTAWA, ON K1A 0N3. M. Tapper pourrait être rejoindre [sic] par courriel à Lawrence.Tapper@lac-bac.gc.ca

Dan Somers
Division de Référence et Genealogie

Library and Archives Canada
(613) 992-0452

No reason was given for this initial refusal. The respondent did not provide reasons for his refusal until later.

[62] First, on January 18, 2005 Normand Laplante, the LAC Director of Social and Cultural Archives, wrote the applicant an e-mail explaining why access to the documents had been denied (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 25):

[TRANSLATION]

On Mr. Bloomfield's death in 1984 management of the restrictions on access to his archive fund in the Public Archives of Canada was bequeathed to his literary executrix, Mrs. Justine Cartier, with whom the PAC came to the following agreement regarding restrictions on the fund:

"Access to the collection is restricted for a period of twenty years from July 19, 1984 to researchers who have obtained the specific written permission of Mme Cartier"

This agreement is contained in a letter from Mrs. Cartier dated November 19, 1984* in which she also indicated that these access restrictions would have to be reviewed at a later date. As is often the case at Library and Archives Canada, in view of the considerable number of funds and collections for which the institution is responsible, no review of the restrictions on the fund was done until the end of the twenty-year period, that is in summer 2004. It was agreed between Mrs. Cartier and LAC at that time that the following revision would be made to the access restrictions for the Bloomfield fund:

Originals

Vols. 1-31 Restricted—Access is restricted until ten years after the death of Justine Stern Cartier

Researchers wishing to obtain access to the Bloomfield fund should obtain written authorization from Mrs. Cartier. This agreement is contained in a letter to LAC from Mrs. Cartier dated August 31, 2004**. Please note that we cannot give you copies of these letters, which contain protected information regarding the federal government's negotiations with a donor.

It is important to note that the period of access restriction on the fund have [*sic*] never "expired" and the fund has never

Bibliothèque et Archives Canada
(613) 992-0452

Ce premier refus ne présente aucun motif. Ce n'est que par la suite que le défendeur justifia son refus.

[62] Premièrement, le 18 janvier 2005, M. Normand Laplante, le Directeur des Archives sociales et culturelles de BAC, écrit un courriel au demandeur expliquant les raisons pour lesquelles l'accès aux documents a été refusé (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 25) :

Au décès de M. Bloomfield en 1984, la gestion des restrictions d'accès à son fonds d'archives aux Archives publiques du Canada a été léguée à son exécutrice littéraire, Mme Justine Cartier, avec laquelle les APC en ont venu à l'entente suivante concernant les restrictions pour le fonds :

"Access to the collection is restricted for a period of twenty years from July 19, 1984 to researchers who have obtained the specific written permission of Mme Cartier"

Cette entente se retrouve dans une lettre de Mme Cartier datée du 19 novembre 1984* où elle indique également que ces restrictions d'accès devront être revues à une date ultérieure. Or, comme il est souvent la pratique à Bibliothèque et Archives Canada en raison du nombre considérable de fonds et de collections sous la responsabilité de l'institution, la révision des restrictions pour le fonds ne s'est fait qu'à la fin de la période de 20 ans, c'est-à-dire au cours de l'été 2004. Il a été convenu entre Mme Cartier et BAC à ce moment que la révision suivante serait apportée aux restrictions d'accès pour le fonds Bloomfield :

Originals

Vols. 1-31—Restricted—Access is restricted until ten years after the death of Justine Stern Cartier

Les chercheurs qui désirent obtenir accès au fonds Bloomfield doivent obtenir la permission écrite de Mme Cartier. Cette entente se retrouve dans une lettre de Mme Cartier à BAC datée du 31 août 2004.** Veuillez noter que nous ne pouvons vous fournir une copie de ces lettres qui contiennent de l'information protégée concernant les négociations du gouvernement fédéral avec un donateur.

Il est important de noter que les restrictions d'accès pour le fonds n'ont jamais "expiré" et que le fonds n'a jamais été

been open for unrestricted consultation. However, I encourage you to contact Mrs. Cartier for her written authorization to consult the fund . . .¹

[63] Second, in a letter dated February 16, 2005 from the respondent to the applicant, he explained the reasons why the request for access to the Bloomfield fund was denied (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 28):

[TRANSLATION]

I have also reviewed the decision-making process involving the access restrictions on the Louis M. Bloomfield fund. One of the objectives of Library and Archives Canada in acquiring and making available archive funds from private sources is to ensure a balance between our objects to make such documents available and our responsibility to protect the privacy of individuals and comply with our agreements with the donors of such funds.

In the case of the Bloomfield fund, the management of access restrictions was bequeathed at Mr. Bloomfield's death in 1984 to Mrs. Justine Cartier, the literary executrix, with whom Public Archives Canada had agreed on a restriction of 20 years until summer 2004. We had also agreed that this restriction would be subsequently reviewed. Review of conditions of access to a fund is standard practice at LAC: it enables us to take into account the evolution of the situation of the donor or its representatives. When this review was made in late summer 2004, LAC and Mrs. Cartier agreed that the fund would be restricted for a period of 10 years after her death to ensure that the privacy of individuals was protected. This review of access restrictions was made in accordance with institutional procedures established for funds and collections from private sources.

[64] Third, in a letter of August 8, 2005, the respondent explained, in the light of new information and the consultation made, the reasons why access to the Bloomfield fund was denied, and that this was a final decision, namely (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 37):

[TRANSLATION]

The standard practice here, when a restriction expires, is to contact the donor or his literary executor, usually in response to an access application, to advise them about the expiration of the restriction period and to consult them on possible

ouvert à la consultation sans restriction. Toutefois, je vous encourage à contacter Mme Cartier pour obtenir sa permission écrite pour consulter le fonds [. . .]¹

[63] Deuxièmement, dans une lettre datée du 16 février 2005 envoyée au demandeur par le défendeur, ce dernier explique les motifs pour lesquelles la demande d'accès au fonds Bloomfield a été refusée (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 28) :

J'ai également revu le processus de décision concernant les restrictions d'accès pour le fonds Louis M. Bloomfield. Un des objectifs de Bibliothèque et Archives Canada dans l'acquisition et la mise en disposition de fonds d'archives d'origine privée est d'assurer un équilibre entre notre mission de rendre accessible ces documents, notre responsabilité de protéger la vie privée des individus et de respecter nos ententes avec les donateurs de tels fonds.

Dans le case [*sic*] du fonds Bloomfield, la gestion des restrictions d'accès avait été léguée, au décès de M. Bloomfield en 1984, à Mme Justine Cartier, l'exécutrice littéraire, avec laquelle les Archives publiques du Canada avait convenu de la restriction de 20 ans jusqu'en été 2004. Nous nous étions également entendus à l'effet que cette restriction serait revue ultérieurement. La revue des conditions d'accès à un fond [*sic*] est pratique courante à BAC, elle permet de tenir compte de l'évolution de la situation du donateur ou de ses représentants. C'est lors de cet exercice de revue à la fin de l'été 2004 que BAC et Mme Cartier ont convenu que le fonds serait restreint pour une période de 10 ans après le décès de cette dernière pour assurer la protection de la vie privée d'individus. Cette révision des restrictions d'accès à été faite selon les procédures institutionnelles établies pour les fonds et collections d'origine privée.

[64] Troisièmement, dans la lettre du 8 août 2005 envoyée par le défendeur, ce dernier explique à la lumière de la nouvelle information et de la consultation faite, les raisons pour lesquelles l'accès au fonds Bloomfield a été refusé et qu'il s'agissait d'une décision finale, à savoir (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 37) :

La pratique en vigueur dans l'institution, lorsqu'une restriction vient à échéance, est de contacter le donateur ou son exécuteur littéraire, normalement à l'occasion d'une demande d'accès, pour lui signaler la fin de la restriction et le

circumstances that might require an extension or modification. You may be sure that the public interest and the purpose of this institution to give as wide as possible access to Canada's documentary heritage are always considered in such discussions. Agreements with donors regarding temporary restrictions are in keeping with this purpose and the public interest in that they allow Library and Archives Canada to acquire for immediate processing significant private archive funds that would otherwise risk not being acquired until much later, thereby delaying their distribution, or even result in them remaining indefinitely unavailable to Canadians.

In this case, I have reviewed the reasons given in support of an extension and am persuaded that it is fully justified. The access restrictions are maintained for the period indicated. They constitute a contractual agreement binding on Library and Archives Canada.

[65] From this correspondence, it appears that LAC regarded Mrs. Bloomfield as the manager of the access restriction period and that as such her decision as to an extension of the non-access period was final. The donor, Mr. Bloomfield, did not give Mrs. Bloomfield this power of management. He twice stated specifically that the non-access period was 20 years. Such was his intention and it must be respected. The interpretation of Mrs. Bloomfield's role by LAC was an error of law.

(6) Did the respondent err in deciding to extend the period of restriction on access to the Bloomfield fund?

[66] Upon the expiration of the period of access restriction to the Bloomfield fund imposed by Mr. Bloomfield, LAC concluded a new agreement on September 8, 2004 with Mrs. Bloomfield, the literary executrix of the Bloomfield fund, imposing a new access restriction on the Bloomfield fund according to which documents would only be available to the public 10 years after her death. Subsequently, on April 20, 2005, the new restriction on access to the Bloomfield fund was extended to a period of 25 years after Mrs. Bloomfield's death. There is no explanation in the record as to the reasons for this extension and the letter of August 8, 2005 is silent about it.

consulter sur d'éventuelles circonstances qui exigeraient leur prolongation ou modification. Je tiens à vous assurer que l'intérêt public et la mission de l'institution de donner le plus large accès possible au patrimoine documentaire du Canada sont toujours considérés lors de ces discussions. Les conventions avec les donateurs sur les restrictions temporaires vont dans le sens de cette mission et de l'intérêt public en ce qu'elles permettent à Bibliothèque et Archives Canada d'acquérir, pour traitement immédiat, des fonds d'archives privés importants qui autrement risqueraient de n'être traités que beaucoup plus tard, retardant ainsi leur diffusion, ou même de rester à tout jamais hors d'atteinte des Canadiens.

Dans le présent cas, j'ai revu les raisons invoquées à l'appui d'une prolongation et je suis convaincu qu'elle était pleinement justifiée. Les restrictions d'accès sont maintenues pour la période indiquée. Elles constituent maintenant une entente contractuelle qui lie Bibliothèque et Archives Canada.

[65] À la lumière de cette correspondance, il apparaît que BAC considère M^{me} Bloomfield comme étant la gestionnaire des restrictions de période d'accès et qu'à ce titre, sa décision est déterminante quant à une prolongation de la période de non accès. Le donateur, M. Bloomfield, n'avait pas donné ce pouvoir de gestion à M^{me} Bloomfield. À deux reprises, il avait précisé que la période de non accès était de 20 ans. Ceci était son intention et elle doit être respectée. L'interprétation du rôle de M^{me} Bloomfield par le BAC est une erreur de droit.

(6) Le défendeur a-t-il erré en décidant de prolonger la restriction d'accès au fonds Bloomfield?

[66] À l'expiration de la restriction d'accès au fonds Bloomfield imposée par M. Bloomfield, BAC a conclu, le 8 septembre 2004, une nouvelle entente avec M^{me} Bloomfield, l'exécutrice littéraire du fonds Bloomfield, imposant une nouvelle restriction d'accès au fonds Bloomfield afin que les documents ne soient pas rendus accessibles au public que 10 ans après la mort de Madame. Par la suite, le 20 avril 2005, la nouvelle restriction d'accès au fonds Bloomfield fut prolongée à une période de 25 ans après la mort de M^{me} Bloomfield. On ne retrouve au dossier aucune explication pour cette extension et la lettre du 8 août 2005 est silencieuse à ce sujet.

[67] The Guidelines state the following regarding consultations with donors and other authorities as to access restrictions on LAC funds (applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit 18):

CONSULTATION WITH DONORS AND OTHER AUTHORITIES

Analysis should be followed, where necessary, by consultation with the donor or other authorities (such as departmental access-review officers) or colleagues with experience relating to similar records. As noted above, when it comes to sensitive or highly sensitive personal information, donors or their designates may require the use of a permission restriction or a longer period of closure than the archivist might recommend. In negotiating such restrictions, the archivist must balance the legitimate rights of the donor with the Archives' desire to facilitate access where possible.

[68] Further, the LAC deputy head explained in his letters to the applicant the policy of consulting the donor or his representative when an access restriction period expires. Therefore, it can be seen that there was a well-established practice at LAC to consult donors and their representatives to determine the length and particulars of an access restriction before and after the transfer of documents to LAC. It is worth noting that though in practice LAC negotiates access restrictions with donors and their representatives, once the documents are in the LAC's possession, the deputy head has a discretionary power to conclude access restriction agreements with donors and their representatives under the Act and the mandate conferred on them.

[69] Although the 10-year extension of the restriction period in September 2004 was well documented, as Mrs. Bloomfield expressed a desire that the said extension be extended by 10 years after her death (see applicant's record, page 150) for privacy reasons and to protect her husband's reputation, such was not the case with respect to the 25-year extension, a decision made on April 20, 2005 (see applicant's record, page 114). No explanation was provided in support of such a change. Further, this

[67] Les lignes directrices énoncent ce qui suit au sujet de la consultation avec les donateurs et d'autres responsables, en ce qui concerne les restrictions d'accès au fonds de BAC (dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce 18) :

CONSULTATION AVEC LES DONATEURS ET D'AUTRES RESPONSABLES

L'analyse doit être suivie, si nécessaire, par la consultation du donateur, d'autres responsables (comme les agents ministériels de l'examen de l'accès) ou des collègues ayant l'expérience de documents semblables. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, dans le cas d'information personnelle de nature délicate ou très délicate, les donateurs ou leurs représentants peuvent exiger l'application de l'accès avec autorisation ou d'une interdiction de consulter plus longue que ne pourrait le recommander l'archiviste. Au moment de négocier ces restrictions, l'archiviste doit faire l'équilibre entre les droits légitimes du donateur et le désir des Archives nationales de faciliter l'accès aux documents dans la mesure du possible.

[68] De plus, l'administrateur général de BAC explique dans ses lettres au demandeur, la politique de consultation avec le donateur ou son représentant lorsqu'une restriction d'accès devient échue. Par conséquent, on constate l'existence d'une pratique bien établie de BAC de consulter les donateurs et leurs représentants pour déterminer la longueur et les détails d'une restriction d'accès avant et après la cession des documents à BAC. Il est important de noter que même si, en pratique, BAC négocie des restrictions d'accès avec les donateurs et leurs représentants, une fois les documents en possession de BAC, l'administrateur général a un pouvoir discrétionnaire de conclure des ententes de restrictions d'accès avec les donateurs et leurs représentants en vertu de la Loi et du mandat qui leur est accordé.

[69] Bien que l'extension de la période de restriction à 10 ans en septembre 2004 est bien documentée, M^{me} Bloomfield ayant exprimé le désir que ladite extension soit prolongée de 10 ans après sa mort (voir dossier du demandeur, page 150) pour des raisons de vie privée et de réputation de son mari, il n'en va pas de même pour celle de 25 ans, décision prise le 20 avril 2005 (voir dossier du demandeur, page 114). Il n'y a aucune explication donnée pour comprendre un tel changement.

decision is contrary to the LAC Guidelines indicating that a restriction period is reviewed as soon as it expires. There appears to be a contradiction in the letter of August 8, 2005. The renewal of the restriction extension period was made in September 2004 for a period of 10 years: accordingly, there was no expiration as it could not occur before 2014.

[70] The decision of August 8, 2005, describing the restriction period without explanation, was not reasonable in the circumstances in view of the facts in the case and the absence of reasons for this new extension, which was contrary to the Guidelines. Therefore, as it was not correct, it is reviewable.

IV. Conclusion

[71] The applicant sought damages. This proceeding is an application for judicial review and no damages can be awarded (see subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*; *De-Nobile v. Canada (Attorney General)*, [1999] F.C.J. No. 1727 (T.D.) (QL)).

[72] In addition, the applicant asked this Court to award him unrestricted access to the Bloomfield fund. Bearing in mind the Act and Guidelines, it was noted that LAC has discretion on access applications but must exercise it in accordance with the access objective of the *Library and Archives of Canada Act*, the conditions imposed by the donor of the personal documents, and other legitimate factors. It must be exercised in accordance with this judgment, the Act and the Guidelines. The matter must accordingly be referred back so that reconsideration of the access application may take place.

V. Costs

[73] In view of the conclusion at which I have arrived, costs are awarded to the applicant.

[74] The applicant sought costs on a solicitor-client basis. For costs to be awarded on that basis, the case law requires that the evidence show reprehensible conduct

En plus, cette décision va à l'encontre des lignes directrices du BAC à l'effet que la révision d'une période de restriction se fait à l'échéance. Il semble y avoir contradiction dans la lettre du 8 août 2005. Le renouvellement de l'extension de la restriction a été fait en septembre 2004 pour une période de 10 ans, il n'y avait donc pas d'échéance car celle-ci ne pouvait survenir qu'en 2014.

[70] La décision du 8 août 2005 expliquant la période de restriction sans la dévoiler n'est pas raisonnable dans les circonstances, tenant compte des faits du dossier et de l'absence de motifs pouvant permettre cette nouvelle extension qui allait à l'encontre des lignes directrices. Elle est donc révisable, n'étant pas correcte.

IV. Conclusion

[71] Le demandeur demande des dommages intérêts. La procédure est une demande de contrôle judiciaire et aucun dommage ne peut être accordé (voir le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*; *De-Nobile c. Canada (Procureur-général)*, [1999] A.C.F. n° 1727(1^{re} inst.) (QL)).

[72] En plus, le demandeur demande une ordonnance d'accès sans restriction au fonds Bloomfield. Tenant compte de la Loi et des lignes directrices, il fut constaté que le BAC a une discrétion au sujet des demandes d'accès mais qu'il doit l'exécuter en tenant compte de l'objectif d'accès de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, les conditions exprimées par le donateur des documents personnels et autres considérations légitimes. Cet exercice doit être fait en tenant compte de la présente décision, de la Loi et des lignes directrices. Le dossier doit donc être retourné afin qu'il y ait une nouvelle étude de la demande d'accès.

V. Les frais

[73] Étant donné le résultat auquel j'arrive, les frais sont en faveur du demandeur.

[74] Le demandeur demande les frais avocat-client. Pour en arriver à une telle conclusion, la jurisprudence exige que la preuve démontre un comportement

on the part of the party against whom costs are awarded (*Balfour v. Norway House Cree Nation*, 2006 FC 616, at paragraphs 17-19; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405, at paragraph 86). Clearly, that is not the case here.

JUDGMENT

THE COURT ORDERS THAT:

- The application for judicial review of the decision of August 8, 2005 is allowed and the matter must be referred back to the decision maker for a new decision to be made based on the reasons herein;
- Costs are awarded to the applicant.

¹* The record discloses the content of this letter to the effect that, following her husband's death, Mrs. Bloomfield (Mrs. Cartier) noted that the restriction would be for 20 years, but it would be revised at a later date (see applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit P-1).

** It is important to note that since then the letter from Mrs. Bloomfield (Mrs. Cartier) dated August 31, 2004 has been obtained by the applicant. It explains that the 10-year restriction extension was warranted to safeguard for privacy reasons the reputation of Louis M. Bloomfield (see applicant's record, affidavit of Maurice Philipps, Exhibit P-2).

reprochable de la partie ayant la charge des dépens. (*Balfour c. Nation Crie de Norway House*, 2006 FC 616, aux paragraphes 17 à 19; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick* [2002] 1 R.C.S. 405, au paragraphe 86). Ce n'est aucunement le cas dans le présent dossier.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

- La demande de contrôle judiciaire de la décision du 8 août 2005 est accordée, le dossier doit retourner devant le décideur afin qu'une nouvelle décision soit prise tenant compte des motifs de la présente.
- Les frais sont en faveur du demandeur.

¹* Le dossier révèle le contenu de cette lettre à l'effet que suite au décès de son mari, M^{me} Bloomfield (M^{me} Cartier) constate que la restriction sera de 20 ans mais que celle-ci sera révisé à une date ultérieure (voir dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce P-1).

** Il est important de noter que depuis, la lettre de M^{me} Bloomfield (M^{me} Cartier), en date du 31 août 2004, a été obtenue par le demandeur. Elle explique que l'extension de la restriction de 10 ans est justifiée pour des raisons de vie privée et de la réputation de Louis M. Bloomfield (voir dossier du demandeur, affidavit de Maurice Philipps, pièce P-2).

A-528-05
2006 FCA 358

A-528-05
2006 CAF 358

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Daniel Israel Assh (*Respondent*)

Daniel Israel Assh (*intimé*)

INDEXED AS: ASSH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : ASSH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Evans JJ.A.—Ottawa, September 19 and November 3, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Evans, J.C.A.—Ottawa, 19 septembre et 3 novembre 2006.

Public Service — Conflict of Interest — Appeal from Federal Court decision allowing application for judicial review of Veterans Affairs Canada's direction to respondent employee to refuse, return \$5000 legacy bequeathed to him by former client — Respondent successfully assisting testator (veteran, widow of veteran) to obtain pension benefits — Whether acceptance of legacy contrary to Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service issued by Treasury Board — Interpretation of Code, ss. 6(e), 27, 28 — Code's object to enhance public's confidence in integrity of public service — Non-trivial personal rewards for services rendered having no place in professional relationship between public servants, clients — Realistic possibility acceptance of legacy by pensions advocate could influence future performance of latter's official duties — Appeal allowed, Nadon J.A. dissenting.

Fonction publique — Conflit d'intérêts — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d'une directive donnée par le ministère des Affaires des anciens combattants à l'intimé, son employé, de refuser ou de rendre le legs de 5 000 \$ que lui avait fait une ancienne cliente — L'intimé avait aidé la testatrice (ancienne combattante et veuve d'un ancien combattant) à obtenir une pension — L'acceptation du legs contrevenait-elle au Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandats s'appliquant à la fonction publique publié par le Conseil du Trésor? — Interprétation des art. 6e), 27, 28 du Code — L'objet du Code est d'accroître la confiance du public dans l'intégrité de la fonction publique — Les récompenses personnelles d'une certaine importance pour les services rendus n'ont pas leur place dans les relations professionnelles entre les fonctionnaires et leurs clients — Il y a une possibilité réelle que l'acceptation d'un legs par l'avocat-conseil spécialisé en pensions nuise à l'exercice de ses fonctions officielles — Appel accueilli, dissidence du juge Nadon, J.C.A.

Veterans — Respondent employed by Veterans Affairs Canada as pensions advocate to assist veterans, surviving spouses with pension claims — Former client bequeathing \$5000 to him as mark of gratitude for having helped her to obtain pension benefits — In context of Conflict of Interest Code, perspective of reasonable, informed client of Veterans Affairs pertinent — Duty of employees under Veterans Affairs' Directive to report legacies enabling management to decide whether acceptance may give rise to perception it could influence future performance of employee's duties to clients — Realistic possibility acceptance of legacy by pensions advocate could influence future performance of latter's official duties, weaken client's confidence in impartiality of Veterans Affairs' employees.

Anciens combattants — L'intimé est employé par le ministère des Affaires des anciens combattants en tant qu'avocat-conseil spécialisé en pensions chargé d'aider les anciens combattants et leurs conjoints survivants à obtenir une pension — Une ancienne cliente lui a fait un legs de 5 000 \$ comme marque de gratitude pour l'avoir aidée à obtenir sa pension — Vu le Code régissant les conflits d'intérêts, la notion du client raisonnable et bien informé du ministère des Affaires des anciens combattants est pertinente — L'obligation des employés de signaler les legs prévue dans la directive des Affaires des anciens combattants permet à la direction de décider si l'acceptation d'un legs pourrait donner l'impression que cela puisse avoir une influence sur la manière dont l'employé s'acquittera à l'avenir de ses obligations à l'égard de ses clients — Il y a une possibilité réelle que l'acceptation d'un legs par l'avocat-conseil spécialisé en pensions nuise à l'exercice de ses fonctions

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Respondent pensions advocate employed by Veterans Affairs Canada — Former client bequeathing \$5000 to him as mark of gratitude for helping her to obtain pension benefits — Federal Court allowing application for judicial review of Veterans Affairs Canada's direction to refuse, return legacy in accordance with Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service — On basis of pragmatic and functional considerations, correctness appropriate standard for reviewing decision respecting interpretation of relevant sections of Code, application of provision respecting possible influence — Code effectively incorporated into contract of employment, administrative decision maker responsible for interpretation, application not independent of employer — Test for determining existence of apparent conflict of interest reasonable apprehension of bias applied to decision makers subject to duty of fairness, strict principle fiduciaries may not normally retain benefits obtained where any potential conflict between private interests, legal duties.

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review of Veterans Affairs Canada's direction to the respondent to refuse or return a legacy left to him by a former client. The respondent is a lawyer employed by Veterans Affairs Canada as a pensions advocate to assist veterans and surviving spouses with their pension claims. From 1993 to 1996, he successfully assisted Maria Adrienne Orn, a veteran and widow of a veteran, to obtain her pension benefits. Five years later, when very ill in hospital, Ms. Orn changed her will and included a \$5000 legacy to the respondent. After her death and upon learning of the bequest, the respondent immediately informed his supervisor, saying that he had had no previous knowledge of Ms. Orn's will, that his acceptance of the legacy could not give rise to a conflict of interest and consequently, that he intended to accept the legacy. The Director General of Human Resources, Veterans Affairs, advised the respondent that acceptance of the legacy would contravene the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service* (Conflict of Interest Code), and directed him to decline it or, if he had already accepted it, to repay the sum to the estate. The respondent grieved that decision through the first and final levels of the internal grievance process, pursuant to section 91 of the

officielles et porte atteinte à la confiance qu'ont les clients dans l'impartialité des employés des Affaires des anciens combattants.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — L'intimé, avocat-conseil spécialisé en pensions, est employé par le ministère des Affaires des anciens combattants — Une ancienne cliente lui a fait un legs de 5 000 \$ comme marque de gratitude pour l'avoir aidée à obtenir sa pension — La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la directive donnée par le ministère des Affaires des anciens combattants de refuser ou de rendre le legs conformément au Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique — Au regard des considérations pragmatiques et fonctionnelles, la décision correcte est la norme de contrôle appropriée à l'égard de la décision concernant l'interprétation des articles pertinents du Code et l'application de la disposition concernant un éventuel abus d'influence — Le Code est en fait incorporé au contrat de travail et les décideurs administratifs responsables de son interprétation et de son application ne sont pas indépendants de l'employeur — Le critère pertinent quant à l'existence d'un conflit d'intérêts apparent est semblable au concept de la crainte raisonnable de partialité concernant les décideurs soumis à l'obligation d'agir équitablement et au strict principe selon lequel les fiduciaires ne peuvent normalement pas conserver les avantages obtenus dans les circonstances où il y a un conflit potentiel entre leurs intérêts personnels et leurs obligations légales.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la directive donnée à l'intimé par le ministère des Affaires des anciens combattants de refuser ou de rendre le legs que lui avait fait une ancienne cliente. L'intimé est un avocat qui est employé par le ministère des Affaires des anciens combattants en tant qu'avocat-conseil spécialisé en pensions chargé d'aider les anciens combattants et leurs conjoints survivants à obtenir leur pension. De 1993 à 1996, il a aidé Maria Adrienne Orn, veuve d'un ancien combattant et elle-même ancienne combattante, à obtenir une pension. Cinq ans plus tard, alors qu'elle était hospitalisée et très malade, M^{me} Orn a modifié son testament et y a ajouté un legs de 5 000 \$ à l'intimé. Après le décès de M^{me} Orn et après avoir été mis au courant du legs, l'intimé en a immédiatement informé son superviseur, affirmant qu'il n'était nullement au courant du testament de M^{me} Orn, que l'acceptation de ce legs ne pouvait créer de risque de conflit d'intérêts et, partant, qu'il avait l'intention d'accepter le legs. Le directeur général des Ressources humaines, Affaires des anciens combattants, l'a informé que l'acceptation du legs contreviendrait au *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique* (Code régissant les conflits d'intérêts) et lui a

Public Service Staff Relations Act. At both levels, the decision was upheld and the grievance dismissed. The respondent grieved the final level grievance decision to an Adjudicator who allowed the grievance. The Federal Court set aside that decision on the ground of lack of jurisdiction, but adopted the findings that the facts did not give rise to a conflict of interest and set aside the decision of the final level grievance.

The issue was whether the respondent could accept a legacy of \$5,000 left to him by a former client as a mark of gratitude for having helped her to obtain her pension benefits.

Held (Nadon J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Evans J.A. (Linden J.A. concurring): There is no legislation governing a federal public servant's right to accept a legacy from a client. The Conflict of Interest Code in force at the relevant time was a Treasury Board Directive tabled in the House of Commons on September 8, 1985. Federal public servants are required by section 7 of the Code to comply with its provisions as a condition of their employment. Even if the Conflict of Interest Code lacks the quality of "law", many of its provisions impose quite specific obligations on employees and compliance is a condition of their employment. In these circumstances, it is appropriate for standard of review purposes to treat the Conflict of Interest Code as if it were a law. The test for determining whether a public servant's conduct gives rise to an apparent conflict of interest is somewhat analogous to that for a reasonable apprehension of bias. The Conflict of Interest Code, including the provisions in dispute, is designed to maintain the highest professional standards in the federal public service, the integrity of government, and the public's confidence in the objectivity and even-handedness of the public servants on whom it relies. On the basis of pragmatic and functional considerations, correctness is the appropriate standard for reviewing the final level grievance decision respecting the interpretation of the relevant sections the Code, and the application of the provision respecting possible influence.

Two interpretative questions arose. First, paragraph 6(e) of the Code provides that "employees shall not . . . accept

ordonné de le refuser ou, s'il l'avait déjà accepté, de remettre la somme à la succession. L'intimé a contesté cette décision aux premier et dernier paliers de la procédure interne de grief, conformément à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. La décision a été confirmée, et le grief rejeté, devant ces deux instances. L'intimé a alors contesté la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief devant un arbitre, qui a accueilli le grief. La Cour fédérale a infirmé la décision de l'arbitre qui, selon elle Cour, n'avait pas compétence en la matière, mais a fait siennes les conclusions indiquant que ces faits ne donnaient lieu à aucun conflit d'intérêts et a infirmé la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief.

La question soulevée dans le présent appel était de savoir si l'intimé pouvait accepter un legs de 5 000 \$ que lui avait fait une ancienne cliente comme marque de gratitude pour l'avoir aidée à obtenir sa pension.

Arrêt (le juge Nadon, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

Le juge Evans, J.C.A. (avec l'accord du juge Linden, J.C.A.) : Aucune loi ne régit le droit d'un fonctionnaire fédéral d'accepter un legs d'un client. Le Code régissant les conflits d'intérêts en vigueur à l'époque pertinente était une directive du Conseil du Trésor déposée à la Chambre des communes le 8 septembre 1985. L'article 7 du Code oblige, les fonctionnaires fédéraux à se conformer à ses dispositions car il fait partie de leurs conditions d'emploi. Le Code régissant les conflits d'intérêts n'a pas la qualité d'une « règle de droit », mais bon nombre de ses dispositions imposent des obligations très précises aux employés et le respect du Code est une condition d'emploi. Dans ces circonstances, il convient, afin de décider quelle est la norme de contrôle applicable, d'assimiler le Code régissant les conflits d'intérêts à une loi. Le critère à suivre pour savoir si la conduite du fonctionnaire donne lieu à un conflit d'intérêts apparent est assez semblable à celui qui est suivi pour savoir s'il y a crainte raisonnable de partialité. Le Code régissant les conflits d'intérêts, y compris les dispositions en litige, est conçu pour assurer le maintien des normes professionnelles les plus élevées au sein de la fonction publique, l'intégrité du gouvernement et la confiance du public dans l'objectivité et l'impartialité des fonctionnaires auxquels il s'adresse. Au regard des considérations pragmatiques et fonctionnelles, la décision correcte est la norme de contrôle appropriée à l'égard de la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief concernant l'interprétation des articles pertinents du Code et l'application de la disposition concernant un éventuel abus d'influence.

Deux questions d'interprétation se posaient. Premièrement, l'alinéa 6e) du Code dispose qu'il « est interdit [à l'employé]

transfers of economic benefit. . . . unless the transfer is pursuant to an enforceable contract or property right of the employee". The phrase "transfers of economic benefit" is very broad. The exclusion of economic benefits transferred "pursuant to an enforceable contract or property right of the employee" permits benefits acquired as a result of a right that is unrelated to the employee's performance of official duties. The respondent's interpretation, that paragraph 6(e) does not extend to testamentary gifts because he was entitled to receive and retain the bequest by reason of his right as a beneficiary to compel the executor to administer the estate, elevated form over substance by splitting the receipt of a legacy from the legatee's legal right to compel the executor to administer the estate in accordance with the will. Such technical distinctions have no place in the interpretation of what is intended to be a general principle to guide employee conduct. Paragraph 6(e) must be read with those provisions setting out specific measures to ensure compliance with the guiding principles. Section 27 of the Code provides that "Gifts, hospitality or other benefits that could influence employees in their judgment and performance of official duties and responsibilities must be declined". Section 27 is not limited to benefits which could influence the manner in which employees perform their official duties to the person providing the disputed gift. It also requires consideration of whether a reasonable person would think that, if pensions advocates were permitted to accept a legacy left to them in circumstances similar to this case, this could influence the performance of their official duties to other clients and conflict with their duty to do their best to assist all their clients with their pension claims. As a matter of interpretation, whether a reasonable person might have these concerns is within the scope of section 27. Finally, the interpretation of section 28 of the Code must take into account a significant difference between the English and French versions of its text. According to the English version, a public servant may accept "incidental gifts, hospitality or other benefits" arising from the performance of official duties, if the conditions set out in paragraphs (a), (b) and (c) are satisfied. However, the French version limits the application of section 28 to gifts, hospitality and other benefits of insignificant value ("*d'une valeur peu importante*"). No such limitation is found in the English text. The French text is to be preferred, mainly because it makes structural sense and avoids confusing duplication and inconsistencies between sections 27 and 28. Consequently, section 28 does not apply to the present case since a legacy of \$5,000 is of more than insignificant value.

[. . .] d'accepter les transferts de valeurs économiques, [. . .] sauf s'il s'agit de transferts résultant d'un marché exécutoire ou d'un droit de propriété. » L'expression « transferts de valeurs économiques » est très large. Grâce à l'exclusion des transferts de valeurs économiques « résultant d'un marché exécutoire ou d'un droit de propriété », sont autorisés les avantages acquis par suite d'un droit qui n'est pas lié à l'exercice des fonctions officielles de l'employé. L'interprétation de l'intimé, selon laquelle l'alinéa 6e) ne s'applique pas aux legs testamentaires parce qu'il avait le droit de recevoir et de conserver le legs du fait de son droit en tant que bénéficiaire d'exiger que l'exécuteur administre la succession, fait passer la forme avant le fond en faisant une distinction entre la réception d'un legs et le droit légal du bénéficiaire d'exiger de l'exécuteur qu'il administre la succession conformément aux clauses du testament. De telles aguties n'ont pas de place dans l'interprétation de ce qui doit être considéré comme un principe général visant à guider la conduite des employés. L'alinéa 6e) doit être lu de concert avec les dispositions qui énoncent des mesures plus précises conçues pour assurer le respect de ces principes. Suivant l'article 27 du Code, « [l]es employés doivent refuser tout cadeau, marque d'hospitalité ou autre avantage qui risque d'avoir une influence sur leur jugement ou l'exercice de leurs fonctions officielles. » L'article 27 n'est pas limité aux avantages qui pourraient influencer la manière dont les employés s'acquittent de leurs fonctions officielles à l'égard de la personne qui fait le cadeau contesté. Il faut également se demander si la personne raisonnable penserait que, au cas où les avocats-conseils spécialisés en pensions étaient autorisés à accepter un legs qui leur est fait dans des circonstances semblables à celles de l'espèce, cela pourrait les influencer dans la manière dont ils s'acquittent de leurs fonctions officielles à l'égard d'autres clients et entrer en conflit avec leur obligation de faire de leur mieux pour aider tous leurs clients à avoir gain de cause dans leurs demandes de pension. Sur le plan de l'interprétation, la question de savoir si une personne raisonnable pourrait se poser ces questions est visée par l'article 27. Enfin, l'interprétation de l'application de l'article 28 du Code doit tenir compte d'une différence importante qui existe entre les versions française et anglaise du texte. Selon la version anglaise, un fonctionnaire peut accepter des « *incidental gifts, hospitality or other benefits* » à l'occasion d'activités liées à ses fonctions officielles, si les conditions énoncées aux alinéas a), b) et c) sont respectées. Toutefois, la version française limite l'application de l'article 28 aux cadeaux, marques d'hospitalité ou autres avantages « d'une valeur peu importante ». Il n'y a pas de telle restriction dans le texte anglais. C'est le texte français qu'il faut retenir, principalement parce que cette version respecte la structure du texte et évite qu'il y ait double emploi et incompatibilité entre les articles 27 et 28. Par conséquent, l'article 28 ne s'applique pas à l'espèce, étant donné qu'un legs de 5 000 \$ a plus qu'une valeur minime.

The application of section 27 must take account of the Code's object of enhancing the public's confidence in the integrity of the public service and should be relatively risk-averse in this respect. Non-trivial personal rewards for services rendered have no place in the professional relationship between public servants and those they serve. To conclude that a reasonable person would think that there was a realistic possibility that a pensions advocate's acceptance of a \$5,000 legacy could influence the performance of his duties to other clients is also consistent with the broad principle in paragraph 6(e) of the Code. The duty of employees under the Veterans Affairs' Directive to report legacies enables management to decide whether, in all the circumstances, acceptance may give rise to a perception that it could influence the future performance of the employee's duties to clients. By providing in paragraph 6(b) that employees must "act in a manner that will bear the closest public scrutiny", the Code also makes it clear that being subject to a rigorous conflict of interest standard is a condition of public service. A reasonable person would think that there was a realistic possibility that acceptance of this legacy by a pensions advocate could influence the future performance of official duties by that person, and weaken clients' confidence in the impartiality of the employees of Veterans Affairs on whom they rely. Nor could it be said that to deny the respondent the legacy imposed a great hardship on him. Precluding him from accepting the legacy did not adversely impact his constitutional rights, reputation or career.

Per Nadon J.A. (dissenting): Veterans Affairs Canada has not prohibited the acceptance of unsolicited bequests, but has directed its employees to report the matter, so that "[T]he appropriate conflict of interest process will be followed". Since Veterans Affairs has not yet prohibited its employees from accepting such legacies, there was no basis on which to conclude that a "relatively risk-averse" approach to the application of section 27 is warranted. The question was therefore whether the informed person would believe that the respondent's dealings with his present and future clients could be affected in such a way as to give rise to concerns that he might favour some clients over others because of the possibility that they might leave him a legacy. On the facts of this case, the informed person would answer such a question in the negative. If the legacy has any influence upon the respondent, the likelihood is that it will create an incentive for him to perform excellent work for all of his clients. The better solution may be for a total edict preventing public servants from accepting legacies in

L'application de l'article 27 doit tenir compte de l'objet du Code qui est d'accroître la confiance du public dans l'intégrité de la fonction publique et il faut donc à cet égard éviter autant que possible les risques. Les récompenses personnelles d'une certaine importance pour les services rendus n'ont pas leur place dans les relations professionnelles entre les fonctionnaires et leurs clients. Conclure qu'une personne raisonnable penserait qu'il y a une possibilité réelle que l'acceptation par l'avocat-conseil spécialisé en pensions d'un legs de 5 000 \$ pourrait l'influencer dans l'exécution de ses obligations à l'égard d'autres clients est également compatible avec le principe général énoncé à l'alinéa 6e) du Code. L'obligation des employés, selon la directive des Affaires des anciens combattants, de signaler les legs permet à la direction de décider si, compte tenu de toutes les circonstances, l'acceptation du legs pourrait donner l'impression que cela pourrait avoir une influence sur la manière dont l'employé s'acquittera à l'avenir de ses obligations à l'égard de ses clients. En disposant à l'alinéa 6b) que les employés doivent « avoir une conduite si irréprochable qu'elle puisse résister à l'examen public le plus minutieux », le Code fait aussi clairement ressortir que le respect d'une norme rigoureuse en matière de conflit d'intérêts est une condition d'emploi dans la fonction publique. Une personne raisonnable croirait qu'il y a une possibilité réaliste que l'acceptation de ce legs par l'avocat-conseil spécialisé en pensions pourrait influencer l'exercice futur de ses fonctions officielles et diminuerait la confiance qu'ont les clients dans l'impartialité des employés des Affaires des anciens combattants sur lesquels ils comptent. On ne pourrait pas dire non plus que de refuser le legs à l'intimé lui impose un lourd fardeau. Lui refuser d'accepter le legs n'a pas eu d'effet négatif sur ses droits constitutionnels, sa réputation ou sa carrière.

Le juge Nadon, J.C.A. (dissent) : Le ministère des Affaires des anciens combattants n'a pas interdit l'acceptation de legs non sollicités, mais il a donné ordre à ses employés de signaler la chose, de sorte que « [L]a procédure relative aux conflits d'intérêts puisse s'appliquer. » Puisque le ministère n'a pas encore interdit à ses employés d'accepter de tels legs, il n'y avait pas de fondement à la conclusion qu'il était justifié d'adopter une démarche visant à « éviter autant que possible les risques » pour l'application de l'article 27. La question était donc de savoir si la personne bien renseignée penserait que les relations de l'intimé avec ses clients actuels et futurs pourraient être touchées de telle manière qu'elles soulèvent des inquiétudes quant à savoir s'il est susceptible de favoriser certains clients par rapport à d'autres en raison de la possibilité que ceux-ci puissent lui laisser un legs. Vu les faits en l'espèce, la personne bien renseignée répondrait à la question par la négative. Si ce legs a une influence sur l'intimé, il est probable qu'il l'incitera à offrir de meilleurs services à l'ensemble de ses clients. La meilleure solution

circumstances similar to those in this case.

pourrait être d'interdire totalement aux fonctionnaires d'accepter des legs dans des circonstances semblables à celles de l'espèce.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91, 92 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Assh (2005), 272 F.T.R. 314; 2005 FC 734; *Vaughan v. Canada*, [2003] 3 F.C. 645; (2003), 224 D.L.R. (4th) 640; 238 F.T.R. 311; 306 N.R. 366; 2003 FCA 76; *Endicott v. Canada (Treasury Board)* (2005), 270 F.T.R. 220; 2005 FC 253; *Threader v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 1 F.C. 41; (1986), 68 N.R. 143 (C.A.).

REFERRED TO:

Assh v. Treasury Board (Veterans Affairs), 204 PSSRB 111; *Peet v. Canada (Attorney General)*, [1994] 3 F.C. 128; (1994), 78 F.T.R. 44 (T.D.); *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

AUTHORS CITED

Treasury Board of Canada. *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service*. Ottawa: Supply and Services, 1985, revised 1987.
 Treasury Board of Canada. *Values and Ethics Code for the Public Service*. Ottawa: Department of Supply and Services, 2003.

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 39 Admin. L.R. (4th)137; 281 F.T.R. 277; 2005 FC 1411) allowing an application for judicial review of a direction by Veterans Affairs Canada directing the respondent employee to refuse or return a legacy of \$5,000 bequeathed to him by a former client as a mark of gratitude for having helped her to obtain her pension benefits. Appeal allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91, 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Assh, 2005 CF 734; *Vaughan c. Canada*, [2003] 3 C.F. 645; 2003 CAF 76; *Endicott c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CF 253; *Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 1 C.F. 41 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Assh c. Conseil du Trésor (Anciens Combattants), 2004 CRTFP 111; *Peet c. Canada (Procureur général)*, [1994] 3 C.F. 128 (1^{re} inst.); *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

DOCTRINE CITÉE

Conseil du Trésor du Canada. *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique*. Ottawa : Ministère des Approvisionnement et Services, 2003.
 Conseil du Trésor du Canada. *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*. Ottawa : Approvisionnement et Services, 1985, rév. 1987.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 1411) qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d'une directive donnée par le ministère des Affaires des anciens combattants à l'intimé, son employé, de refuser ou de rendre le legs de 5 000 \$ que lui avait fait son ancienne cliente comme marque de gratitude pour l'avoir aidée à obtenir sa pension. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Michel W. LeFrançois for appellant.
Steven J. Welchner for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Welchner Law Office, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Daniel Israel Assh is a lawyer employed by Veterans Affairs Canada as a pensions advocate to assist veterans and their surviving spouses with their pension claims. The question raised by this appeal is whether he may accept a legacy of \$5,000 left to him by a former client as a mark of gratitude for having helped her to obtain her pensions.

[2] The Department says that acceptance of the legacy would be contrary to the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1985) (Conflict of Interest Code or Code) issued by the Treasury Board.

[3] Mr. Assh disagrees, saying that no reasonable person, who was informed of the unusual circumstances of this case, would think that accepting the legacy would place him in a position where he might advance his own personal interest at the expense of his duty to his client. He argues that accepting the legacy cannot give rise to even an apparent conflict of interest and duty, since a legacy does not take effect until the death of the donor, after which he could render the client-donor no further professional services.

ONT COMPARU :

Michel W. LeFrançois pour l'appellant.
Steven J. Welchner pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Welchner Law Office, Ottawa, pour l'intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Daniel Israel Assh est avocat; il est employé par le ministère des Affaires des anciens combattants en tant qu'avocat-conseil spécialisé en pensions chargé d'aider les anciens combattants et leurs conjoints survivants à obtenir leur pension. La question soulevée dans le présent appel est de savoir s'il peut accepter un legs de 5 000 \$ que lui a fait une ancienne cliente comme marque de gratitude pour l'avoir aidée à obtenir sa pension.

[2] Le ministère soutient que l'acceptation de ce legs serait contraire au *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1985) (le Code régissant les conflits d'intérêts ou le Code) publié par le Conseil du Trésor.

[3] M. Assh soutient, au contraire, qu'aucune personne raisonnable, au courant des circonstances inhabituelles de cette affaire, ne pourrait croire que l'acceptation de ce legs le placerait dans une position où il pourrait faire passer ses intérêts personnels avant ses obligations envers son client. Il prétend que même s'il accepte ce legs, il n'y a même pas l'apparence d'un conflit d'intérêts et d'obligations, étant donné qu'un legs ne prend effet qu'après la mort du donateur, c'est-à-dire à une date à laquelle M. Assh ne peut plus fournir de services professionnels au client donateur.

[4] Mr. Assh sought judicial review of Veterans Affairs' direction to him to refuse or return the legacy in accordance with the Code. A Judge of the Federal Court allowed the application and set aside the final level grievance upholding the original decision: *Assh v. Canada (Attorney General)* (2005), 39 Admin. L.R. (4th) 137. In my respectful opinion, the Judge erred in his conclusion. I would allow the appeal, dismiss the application for judicial review, and restore the decision made at the final level grievance.

B. FACTUAL BACKGROUND

[5] Mr. Assh is the Edmonton District Pensions Advocate for the Bureau of Pensions Advocates, Veterans Affairs Canada. From 1993 to 1996, he successfully assisted Maria Adrienne Orn, a veteran and the widow of a veteran, to obtain her pension benefits. In July 2001, when Ms. Orn was very ill in hospital, she changed her will, with the help of her lawyer, James Odishaw, and included the legacy to Mr. Assh. She left specific legacies totalling more than \$100,000 and divided the residue of her estate among various named persons and a charity. Three weeks later, she died.

[6] In August 2001, Mr. Assh received a voice mail message from Mr. Odishaw's secretary, informing him that Ms. Orn had left him a legacy of \$5,000. Mr. Assh immediately told his supervisor, Evan Elkin, of the bequest, saying that he had had no previous knowledge of Ms. Orn's will and that his acceptance of the legacy could not give rise to a conflict of interest because she was obviously not expecting further services from him. Further, since Ms. Orn died leaving no children, she could not have left him the legacy in the expectation that he would give them special assistance. Consequently, he intended to accept the legacy. Mr. Elkin responded that Mr. Assh should "hold off" accepting it, "until it has been cleared through the appropriate departmental channels".

[4] M. Assh a demandé le contrôle judiciaire de la directive qui lui a été donnée par le ministère des Affaires des anciens combattants de refuser ou de rendre le legs conformément au Code. Un juge de la Cour fédérale a accueilli cette demande et annulé la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief qui avait maintenu la décision originale : *Assh c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1411. En toute déférence, je crois que le juge a commis une erreur dans sa conclusion. Je suis d'avis d'accueillir l'appel, de rejeter la demande de contrôle judiciaire et de rétablir la décision qui a été rendue au dernier palier de la procédure de grief.

B. LE CONTEXTE FACTUEL

[5] M. Assh est avocat-conseil spécialisé en pensions au district d'Edmonton du Bureau des avocats-conseils des pensions, ministère des Affaires des anciens combattants. De 1993 à 1996, il a aidé Maria Adrienne Orn, veuve d'un ancien combattant et elle-même ancienne combattante, et elle a ainsi réussi à obtenir une pension. En juillet 2001, alors qu'elle était hospitalisée et très malade, M^{me} Orn a modifié son testament, avec l'aide de son avocat, James Odishaw, et y a ajouté le legs destiné à M. Assh. Elle a fait des legs particuliers d'une valeur de plus de 100 000 \$ et légué le reste de ses biens à plusieurs héritiers désignés et à un organisme de charité. Son décès est survenu trois semaines plus tard.

[6] En août 2001, M. Assh a reçu un message de la secrétaire de M. Odishaw, l'informant que M^{me} Orn lui avait fait un legs de 5 000 \$. M. Assh a immédiatement informé son superviseur, Evan Elkin, de ce don, affirmant qu'il n'était nullement au courant du testament de M^{me} Orn et que l'acceptation de ce legs ne pouvait créer de risque de conflit d'intérêts parce que, manifestement, elle ne s'attendait plus à ce qu'il puisse lui offrir d'autres services. En outre, comme M^{me} Orn est décédée sans laisser d'enfant, elle ne pouvait pas lui avoir fait ce legs dans l'espoir qu'il puisse leur offrir une aide spéciale. Par conséquent, il avait l'intention d'accepter le legs. M. Elkin a répondu à M. Assh qu'il devait [TRADUCTION] « attendre un peu » et ce [TRADUCTION] « jusqu'à ce que les autorités ministérielles indiquées se soient prononcées sur la question ».

[7] In September 2001, Mr. Assh filed a confidential report with Mr. Fenety, the Director General of Human Resources, Veterans Affairs, describing both the legacy, which he stated that he intended to accept, and the circumstances in which he had represented Ms. Orn.

[8] Mr. Assh said that he had never suggested, encouraged or requested Ms. Orn to transfer any economic benefit to him, either during her lifetime or on her death, and that he had had no knowledge of the legacy prior to the telephone call from Mr. Odishaw's office in August 2001. In addition, he stated that he had not acted for Ms. Orn since 1996.

[9] In a two-page letter dated January 11, 2002, Mr. Fenety explained to Mr. Assh that acceptance of Ms. Orn's legacy would contravene the Conflict of Interest Code, and directed him to decline it or, if he had already accepted it, to repay the sum to the estate.

[10] On February 11, 2002, Mr. Odishaw sent Mr. Assh a cheque for \$5,000, having formally notified him of the legacy in a letter dated December 21, 2001. On February 15, 2002, Mr. Assh returned an uncashed cheque for \$5,000 to Mr. Odishaw, who agreed to hold the funds for him, pending the resolution of his dispute with Veterans Affairs over the legacy.

[11] In response to correspondence from Mr. Assh, Mr. Odishaw advised him in March 2002 that he had not been mentioned in Ms. Orn's will before the will was amended three weeks before her death. Mr. Odishaw also stated that Ms. Orn had told him that she was leaving the bequest to Mr. Assh because he had been so helpful to her in obtaining her pension.

[12] Mr. Assh grieved Mr. Fenety's decision through the first and final levels of the internal grievance process, pursuant to section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (PSSRA). At both levels, Mr. Fenety's decision was upheld and the grievance dismissed. Mr. Assh applied for judicial review of the decision of the final level grievance board.

[7] En septembre 2001, M. Assh a déposé un rapport confidentiel auprès de M. Fenety, directeur général des Ressources humaines, Affaires des anciens combattants, dans lequel il décrivait le legs, en précisant qu'il avait l'intention de l'accepter, et les circonstances dans lesquelles il avait représenté M^{me} Orn.

[8] M. Assh a déclaré qu'il n'avait jamais proposé, de manière indirecte ou impérative, à M^{me} Orn de lui accorder un avantage pécuniaire, ni de son vivant ni sur son lit de mort, et qu'il n'était absolument pas au courant du legs avant que le bureau de M. Odishaw l'en informe par téléphone en août 2001. En outre, il a déclaré qu'il n'avait pas agi pour le compte de M^{me} Orn depuis 1996.

[9] Dans la lettre de deux pages datée du 11 janvier 2002, M. Fenety a expliqué à M. Assh que l'acceptation du legs fait par M^{me} Orn contreviendrait au Code régissant les conflits d'intérêts, et il lui a ordonné de le refuser ou, s'il l'avait déjà accepté, de remettre la somme à la succession.

[10] Le 11 février 2002, M. Odishaw a fait parvenir à M. Assh un chèque de 5 000 \$, l'ayant formellement avisé du legs dans une lettre en date du 21 décembre 2001. Le 15 février 2002, M. Assh a rendu le chèque de 5 000 \$ non encaissé à M. Odishaw, qui a accepté de détenir les fonds pour lui, jusqu'à ce que ce conflit concernant le legs soit résolu avec le Ministère.

[11] En réponse à la lettre de M. Assh, M. Odishaw l'a informé en mars 2002 que son nom n'avait jamais figuré dans le testament de M^{me} Orn avant qu'elle le modifie trois semaines avant son décès. M. Odishaw a également déclaré que M^{me} Orn lui avait dit qu'elle faisait ce legs parce que M. Assh l'avait beaucoup aidée à obtenir sa pension.

[12] M. Assh a contesté la décision de M. Fenety aux premier et dernier paliers de la procédure interne de grief, conformément à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 (LRTFP). La décision de M. Fenety a été maintenue et le grief rejeté devant ces deux instances. M. Assh a demandé le contrôle judiciaire de

la décision du comité du dernier palier de la procédure de grief.

C. REGULATORY FRAMEWORK

[13] There is no legislation governing a federal public servant's right to accept a legacy from a client. The Conflict of Interest Code in force at the relevant time is a Treasury Board Directive, which was tabled by the Prime Minister in the House of Commons on September 8, 1985. Federal public servants are required by section 7 of the Code to comply with its provisions as a condition of their employment.

[14] The first part of the Code is entitled "Principles and Administration"; the provisions most relevant to this appeal are as follows.

Objects

4. The objects of the Code are to enhance public confidence in the integrity of employees and the Public Service:

...

- (c) by establishing clear rules of conduct respecting conflict of interest for, and post-employment practices applicable to, all employees; and
- (d) by minimizing the possibility of conflicts arising between the private interests and public service duties of employees and providing for the resolution of such conflicts in the public interest should they arise.

...

Principles

6. Every employee shall conform to the following principles:
- (a) employees shall perform their official duties and arrange their private affairs in such a manner that public confidence and trust in the integrity, objectivity and impartiality of government are conserved and enhanced;

C. LE RÉGIME LÉGISLATIF

[13] Aucune loi ne régit le droit d'un fonctionnaire fédéral d'accepter un legs d'un client. Le Code régissant les conflits d'intérêts qui était en vigueur à l'époque pertinente est une directive du Conseil du Trésor, qui a été déposée par le Premier ministre à la Chambre des communes le 8 septembre 1985. L'article 7 du Code oblige, les fonctionnaires fédéraux à se conformer à ses dispositions car il fait partie de leurs conditions d'emploi.

[14] La première partie du Code est intitulée « Principes et administration »; les dispositions les plus pertinentes au présent appel sont reproduites ci-dessous.

Objet

4. Le présent code a pour objet d'accroître la confiance du public dans l'intégrité des employés et dans l'administration publique fédérale :

[...]

- c) en établissant à l'intention de tous les employés des règles de conduite claires au sujet des conflits d'intérêts et de l'après-mandat; et
- d) en réduisant au minimum les possibilités de conflit entre les intérêts personnels des employés et leurs fonctions officielles, et en prévoyant les moyens de régler de tels conflits, le cas échéant, dans l'intérêt public.

[...]

Principes

6. Chaque employé doit se conformer aux principes suivants :
- a) il doit exercer ses fonctions officielles et organiser ses affaires personnelles de façon à préserver et à faire accroître la confiance du public dans l'intégrité, l'objectivité et l'impartialité du gouvernement;

(b) employees have an obligation to act in a manner that will bear the closest public scrutiny, an obligation that is not fully discharged by simply acting within the law;

...

(e) employees shall not solicit or accept transfers of economic benefit, other than incidental gifts, customary hospitality, or other benefits of nominal value, unless the transfer is pursuant to an enforceable contract or property right of the employee;

...

Certification Document

7. Before or upon appointment, employees must sign a document certifying that they have read and understood this Code and that, as a condition of employment, they will observe this Code.

...

Supplementary Compliance Measures

11. The deputy head of a department may augment the compliance measures set out in Parts II and III with supplementary procedures and guidance:

- respecting conflict of interest and post-employment situations peculiar to the unique and special responsibilities of the department; and

...

These measures require Treasury Board approval before coming into force.

[15] Part II is entitled “Conflict of Interest Compliance Measures” and, as relevant to this appeal, provides as follows.

Objects

14. The compliance measures set out the procedural and administrative requirements to be observed by public servants in order to minimize the risk of conflict of

b) il doit avoir une conduite si irréprochable qu’elle puisse résister à l’examen public le plus minutieux; pour s’acquitter de cette obligation, il ne lui suffit pas simplement d’observer la loi;

[. . .]

e) mis à part les cadeaux, les marques d’hospitalité et les autres avantages d’une valeur minimale, il lui est interdit de solliciter ou d’accepter les transferts de valeurs économiques, sauf s’il s’agit de transferts résultant d’un marché exécutoire ou d’un droit de propriété;

[. . .]

Document d’attestation

7. Avant ou au moment d’assumer leurs fonctions officielles, les employés doivent signer un document attestant qu’ils ont lu et compris le code et qu’ils s’engagent, comme condition d’emploi, à l’observer. [. . .]

[. . .]

Mesures d’observation supplémentaires

11. L’administrateur général d’un ministère peut ajouter aux mesures d’observation figurant aux parties II et III des procédures et des directives supplémentaires :

- à l’égard de situations qui, sur le plan des conflits d’intérêts ou de l’après-mandat, sont particulières aux responsabilités uniques ou spéciales du ministère; et

[. . .]

Ces mesures doivent être approuvées par le Conseil du Trésor avant d’être mises en vigueur.

[15] La Partie II est intitulée « Mesures d’observation régissant les conflits d’intérêts » et, celles qui sont pertinentes quant au présent appel sont reproduites ci-dessous.

Objet

14. Les mesures d’observation énoncent les procédures et les modalités administratives que les fonctionnaires sont tenus d’observer afin de réduire au minimum les risques

interest and to permit the resolution of such conflicts of interest in favour of the public interest, should any arise.

de conflits d'intérêts et de permettre le règlement, dans l'intérêt public, de tout conflit d'intérêts qui pourrait se produire.

...

[...]

Gifts, Hospitality and Other Benefits

27. Gifts, hospitality or other benefits that could influence employees in their judgement and performance of official duties and responsibilities must be declined. Employees must not accept, directly or indirectly, any gifts, hospitality or other benefits that are offered by persons, groups or organizations having dealings with the government.
28. Notwithstanding, acceptance of offers of incidental gifts, hospitality or other benefits arising out of activities associated with the performance of their official duties and responsibilities is not prohibited if such gifts, hospitality or other benefits:
- are within the bounds of propriety, a normal expression of courtesy or within the normal standards of hospitality;
 - are not such as to bring suspicion on the employee's objectivity and impartiality; and
 - would not compromise the integrity of the government.
29. Where it is impossible to decline *unauthorized gifts, hospitality or other benefits*, employees must immediately report the matter to the designated official. The designated official may require that a gift of this nature be retained by the department or be disposed of for charitable purposes. [Emphasis added.]

[16] Section 11 of the Conflict of Interest Code authorizes the deputy head of a department to augment the compliance measures contained in Part II of the Code. Veterans Affairs has issued a supplementary Directive to employees respecting wills and estates. The Directive emphasizes that many of Veterans Affairs' clients are elderly and sometimes vulnerable, and may feel particularly grateful to those who have assisted them, and

Cadeaux, marques d'hospitalité et autres avantages

27. Les employés doivent refuser tout cadeau, marque d'hospitalité ou autre avantage qui risque d'avoir une influence sur leur jugement ou l'exercice de leurs fonctions officielles. Il est interdit aux employés d'accepter directement ou indirectement un cadeau, une marque d'hospitalité ou un avantage, offert par une personne, un groupe ou un organisme qui entretient des rapports avec le gouvernement.
28. Cependant, les employés peuvent, à l'occasion d'activités liées à leurs fonctions officielles, accepter des cadeaux, des marques d'hospitalité ou d'autres avantages d'une valeur peu importante, si ceux-ci :
- sont conformes aux règles de la bienséance, de la courtoisie ou de l'hospitalité;
 - ne sont pas de nature à laisser planer des doutes quant à leur objectivité ou à leur impartialité;
 - ne compromettent aucunement l'intégrité du gouvernement.
29. Lorsque les employés se voient dans l'impossibilité de refuser *un cadeau, une marque d'hospitalité ou un autre avantage non autorisé*, ils doivent le signaler immédiatement à l'administrateur désigné. Ce dernier peut exiger qu'un cadeau de ce genre soit conservé par le ministère ou soit cédé à des fins charitables. [Non souligné dans l'original.]

[16] L'article 11 du Code régissant les conflits d'intérêts autorise l'administrateur général d'un ministère à étoffer les mesures qui figurent dans la Partie II du Code. Le ministère des Affaires des anciens combattants a émis à l'intention de ses employés une directive supplémentaire concernant les testaments et les successions. La directive met l'accent sur le fait que de nombreux clients de ce ministère sont des personnes âgées, parfois vulnérables, et qu'elles peuvent se sentir particulièrement reconnaissantes envers les personnes qui les ont aidées et :

... the need to reward excellent service through the offer of a gift, bequest or special trust through the Department. Such gifts or bequests, although offered with the best intentions, may be perceived as serving the interests of employees or the Department over those of the client or their families.

[17] The Directive provides that employees must carry out their official duties and responsibilities with “integrity, objectivity and impartiality”, and not engage in conduct which may be perceived

... to permit gain for the employees (i.e. using their position with the department to ingratiate themselves to a client for personal benefit).

[18] In addition, the Directive forbids employees from soliciting bequests of money for themselves. Otherwise, it does not address the circumstances in which employees may accept bequests. However, it does provide that, when an employee has been named as the beneficiary in a client’s will, the employee must report the matter to the “designated official” stipulated in the Conflict of Interest Code, and “[t]he appropriate Conflict of Interest process will be followed.” Mr. Assh complied with this provision by notifying Mr. Elkin in August 2001, as soon as he learned of the legacy.

D. ADMINISTRATIVE DECISION UNDER REVIEW

[19] The decision under review is the final level grievance decision. However, since this and the first level grievance decision were made by employees of Veterans Affairs, and concurred with the original decision by Mr. Fenety, it is appropriate to consider the reasons given at all three levels in order to obtain a complete picture of the basis of the decision under review.

[20] In addition, a fourth administrative decision was rendered in this case by an Adjudicator of the Public Service Staff Relations Board (as it then was), pursuant to section 92 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68] of the PSSRA. After receiving the final level grievance decision, Mr. Assh grieved to the Board the Department’s refusal to permit him to accept the legacy. Unlike

[...] sentir le besoin de récompenser l’excellence du service en faisant un cadeau ou un don, ou en établissant une fiducie spéciale pour le Ministère. Ces cadeaux ou dons, même s’ils sont offerts avec les meilleures intentions, peuvent être perçus comme étant davantage dans l’intérêt des employés ou du Ministère que dans l’intérêt des clients ou de leurs familles.

[17] La directive stipule que les employés doivent remplir leurs devoirs et fonctions en toute « intégrité, objectivité et impartialité », et qu’ils ne doivent pas avoir une conduite qui pourrait être perçue

[...] comme leur permettant de retirer un gain (p. ex. profiter de leur poste au ministère pour rechercher les bonnes grâces d’un client à des fins personnelles).

[18] En outre, la directive interdit aux employés de solliciter des legs d’argent en leur faveur. Par ailleurs, elle ne prévoit pas les cas dans lesquels les employés peuvent accepter des dons. Toutefois, elle stipule que, lorsque l’employé est institué légataire par un client, il doit le signaler au « fonctionnaire compétent » qui est nommé ou désigné dans le Code régissant les conflits d’intérêts, et que « la procédure relative aux conflits d’intérêts s’applique ». M. Assh s’est conformé à cette disposition en avisant M. Elkin en août 2001, dès qu’il a été informé du legs.

D. LA DÉCISION ADMINISTRATIVE VISÉE PAR LA DEMANDE DE CONTRÔLE

[19] La décision contestée est celle qui a été rendue au dernier palier de la procédure de grief. Toutefois, puisque cette décision et celle qui a été rendue au premier palier de la procédure de grief ont été prises par des employés du ministère des Affaires des anciens combattants, et qu’elles ont confirmé la décision initiale de M. Fenety, il convient d’examiner les motifs exposés aux trois paliers afin de bien comprendre le fondement de la décision contestée en l’espèce.

[20] En outre, une quatrième décision administrative a été rendue en l’espèce par un arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (telle était alors son nom), en vertu de l’article 92 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68] de la LRTFP. Après avoir reçu la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief, M. Assh s’est adressé à la Commission afin de

the first and final levels of the grievance process, the Adjudicator is independent of the employer. The Adjudicator allowed the grievance and set aside Veterans Affairs' refusal to permit him to accept the legacy: *Assh v. Treasury Board (Veterans Affairs)*, 2004 PSSRB 111.

[21] However, the Adjudicator's decision was in turn set aside by Strayer D.J. of the Federal Court on an application for judicial review, on the ground that, since Veterans Affairs' decision was not disciplinary in nature, it was not within the jurisdiction conferred on Adjudicators by section 92: *Canada (Attorney General) v. Assh* (2005), 272 F.T.R. 314 (F.C.). Strayer D.J. said (at paragraph 11) that it was not sufficient for this purpose that Mr. Assh could potentially be disciplined for breach of his contract of employment if he accepted the legacy in defiance of Mr. Fenety's decision. However, the Judge made no comment on the merits of the Adjudicator's decision and its supporting reasons.

(i) Mr. Fenety's decision

[22] After referring to paragraphs 6(a) and (b) of the Conflict of Interest Code, Mr. Fenety stated in his letter of decision:

In light of these provisions, if the public becomes aware that a bequest was accepted, public perception for the integrity of the Public Service may be tarnished and its confidence in the Public Service diminished. Consequently, employees must not only, in fact, act with integrity, the public perception must be that they acted with integrity.

[23] He noted that paragraph 6(e) prohibits the acceptance of gifts of more than nominal value, such as Ms. Orn's legacy of \$5,000. He relied also on paragraphs 28(b) and (c) for the following conclusions:

Accepting a bequest of \$5000 cannot reasonably be considered as a normal expression of courtesy. Acceptance by Public Servants of gifts or bequests from clients may raise some suspicion and result in the public view that preferential services may be available for a price, thus compromising the

contester le refus du Ministère de lui permettre d'accepter le legs. Contrairement aux comités des premier et dernier paliers de la procédure de grief, l'arbitre est indépendant de l'employeur. L'arbitre a accueilli le grief et a annulé le refus du ministère des Affaires des anciens combattants de l'autoriser à accepter le legs : *Assh c. Conseil du Trésor (Anciens Combattants)*, 2004 CRTFP 111.

[21] Toutefois, la décision de l'arbitre a à son tour été infirmée par le juge suppléant Strayer de la Cour fédérale, au terme d'une instance en contrôle judiciaire, au motif que, puisque la décision du ministère des Affaires des anciens combattants n'était pas de nature disciplinaire, elle ne relevait pas de la compétence conférée aux arbitres par l'article 92 : *Canada (Procureur général) c. Assh*, 2005 CF 734. Le juge Strayer a dit (au paragraphe 11) qu'il n'était pas suffisant que M. Assh eût pu être l'objet d'une mesure disciplinaire parce qu'il aurait manqué à son contrat de travail s'il avait accepté le legs malgré la décision de M. Fenety. Toutefois, le juge n'a fait aucune observation sur le bien-fondé de la décision de l'arbitre et les motifs donnés à l'appui de celle-ci.

i) La décision de M. Fenety

[22] Après avoir examiné les alinéas 6a) et b) du Code régissant les conflits d'intérêts, M. Fenety a déclaré dans sa lettre communiquant la décision :

[TRADUCTION] Au vu de ces dispositions, si le public apprend qu'un legs a été accepté, cela peut ternir la perception qu'il a de l'intégrité de la fonction publique et diminuer la confiance qu'il entretient dans la fonction publique. Par conséquent, les employés doivent non seulement agir avec intégrité concrètement, mais le public doit le percevoir ainsi.

[23] Il a signalé que l'alinéa 6e) interdit l'acceptation de cadeaux autres que ceux d'une valeur minime, comme le legs de 5 000 \$ de M^{me} Orn. Il s'est appuyé sur les alinéas 28b) et c) pour tirer les conclusions suivantes :

[TRADUCTION] Accepter un legs de 5 000 \$ ne peut raisonnablement être considéré comme étant conforme aux règles de la courtoisie. L'acceptation par les fonctionnaires de cadeaux et de legs offerts par des clients risque de laisser planer des doutes et de faire croire au public qu'il y a un prix

integrity of the Government. The public must accept that a Public Servant will provide equal services to all.

[24] Consequently, he concluded, Mr. Assh was unable to accept or retain the legacy. Mr. Fenety ended his decision letter by commending Mr. Assh for his “honesty, integrity and professionalism for reporting this bequest to me.”

(ii) First level grievance decision

[25] Mr. Elkin, the Regional Director Pensions Advocacy for the Western Region, heard Mr. Assh’s first level grievance. Mr. Elkin found that the legacy came within paragraph 6(e) of the Code on the following grounds: the only relationship between Mr. Assh and Ms. Orn was that of solicitor and client; the legacy was intended as a token of her appreciation for his efforts in securing her pension; it was “substantial” in value; and it was not excluded from paragraph 6(e) as “an enforceable contract or property right of the employee”.

[26] Turning to the other provisions of the Conflict of Interest Code, Mr. Elkin stated that section 27 requires the refusal of gifts which could influence employees in their performance of official duties. Section 28 only permits a public servant to accept a gift which is “within the bounds of propriety, a normal expression of courtesy or within the normal standards of hospitality”. A legacy of \$5,000 is none of these.

[27] Like Mr. Fenety, Mr. Elkin complimented Mr. Assh on the “high level of integrity” that he had shown in reporting the legacy to him at the earliest opportunity. Nonetheless, in his decision of August 19, 2002, he “regrettably” concurred with Mr. Fenety’s decision and dismissed the grievance.

(iii) Final level grievance decision

[28] At the final level grievance, Mr. Assh was represented by a lawyer with the Professional Institute

à payer pour obtenir un traitement de faveur, ce qui compromet l’intégrité du gouvernement. Le public doit être convaincu qu’un fonctionnaire offre les mêmes services à tous.

[24] Par conséquent, il a conclu que M. Assh ne pouvait accepter ni conserver le legs. M. Fenety conclut sa lettre de décision en félicitant M. Assh [TRADUCTION] « de m’avoir informé de ce legs, ce qui montre son honnêteté, son intégrité et son professionnalisme ».

ii) La décision au premier palier de la procédure de grief

[25] M. Elkin, le directeur régional des avocats-conseils des pensions pour la région de l’Ouest, a entendu le grief de M. Assh au premier palier. Il a conclu que le legs était visé par l’alinéa 6e) du Code pour les motifs suivants : la seule relation entre M. Assh et M^{me} Orn était la relation avocat-client; le legs a été fait par M^{me} Orn en guise de reconnaissance pour les efforts de M. Assh qui l’a aidée à obtenir sa pension; il est d’une valeur « substantielle »; et il n’est pas exclu de l’alinéa 6e) au titre de « marché exécutoire ou droit de propriété ».

[26] Se penchant sur les autres dispositions du Code régissant les conflits d’intérêts, M. Elkin a déclaré que, aux termes de l’article 27, les employés doivent refuser les cadeaux qui risquent de les influencer dans l’exercice de leurs fonctions officielles. L’article 28 autorise uniquement les cadeaux qui sont « conformes aux règles de la bienséance, de la courtoisie ou de l’hospitalité ». Le legs de 5 000 \$ n’est pas visé par cette expression.

[27] Comme M. Fenety, M. Elkin a félicité M. Assh pour la [TRADUCTION] « grande intégrité » dont il avait fait preuve en signalant le legs dès qu’il en avait été informé. Néanmoins, dans sa décision du 19 août 2002, il conclut qu’il doit [TRADUCTION] « malheureusement » souscrire à la décision de M. Fenety et rejeter le grief.

iii) La décision au dernier palier de la procédure de grief

[28] Au dernier palier de la procédure applicable, M. Assh était représenté par un avocat de l’Institut

of the Public Service of Canada, Mr. Assh's union. The focus of Mr. Assh's submissions was that the relevant provisions in the Conflict of Interest Code apply only to gifts by living persons, not to bequests, since a bequest cannot influence a public servant's performance of his or her duties for the donor.

[29] In his reasons for decision, dated November 6, 2002, Mr. MacLeod, the Chief Pensions Advocate, stated that he regarded Mr. Assh's reading of section 27 as unduly narrow and with no regard for its context. In his opinion,

[T]he intent of the various provisions of the Code is to prevent and to avoid a real or potential conflict of interest in the eyes of the public resulting from your official duties and responsibilities in respect to other present and future clients.

[30] Whether a benefit takes the form of a testamentary or *inter vivos* gift is not determinative. While supporting the decision that Mr. Assh could not accept the legacy since it exceeded the value described in paragraph 6(e) and section 28 of the Conflict of Interest Code, Mr. MacLeod also commended Mr. Assh on his integrity in promptly disclosing the legacy.

E. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[31] After reviewing the history of this matter, the relevant provisions in the Conflict of Interest Code, and some pertinent jurisprudence, the applications Judge stated (at paragraph 21) his approach as follows:

The application of this Code should be made in an informed and purposive manner, the decision maker should be apprised of and take into account all the relevant facts and not come to a superficial decision. The approach should be guided by the test set out by the Federal Court of Appeal in *Threader [v. Canada (Treasury Board)]*, [1987] 1 F.C. 41 (C.A.) at paragraph 27:

Would an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, think it more likely than not that the

professionnel de la fonction publique du Canada, syndicat dont il est membre. Dans ses observations, M. Assh a mis l'accent sur le fait que les dispositions pertinentes du Code régissant les conflits d'intérêts ne s'appliquaient qu'aux cadeaux faits par des personnes vivantes, et ne s'appliquaient donc pas aux legs, puisqu'un legs ne peut avoir influencé le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions à l'égard du donateur.

[29] Dans les motifs de sa décision, en date du 6 novembre 2002, M. MacLeod, avocat-conseil en chef du Bureau de services juridiques des pensions, a déclaré qu'à son avis l'interprétation que M. Assh donnait de l'article 27 est trop restrictive et ne tenait pas compte du contexte. À son avis :

[TRADUCTION] L'objet des différentes dispositions du Code [...] est d'empêcher qu'il y ait aux yeux du public un conflit d'intérêts réel ou potentiel du fait de l'exercice de vos fonctions officielles à l'endroit de clients actuels ou futurs.

[30] Qu'un avantage prenne la forme d'un legs testamentaire ou d'un don entre vifs n'est pas décisif. Tout en approuvant la décision selon laquelle M. Assh ne pouvait accepter le legs puisque celui-ci dépassait la valeur prévue à l'alinéa 6e) et à l'article 28 du Code régissant les conflits d'intérêts, M. MacLeod a également félicité M. Assh pour l'intégrité dont il a fait preuve en signalant rapidement le legs en question.

E. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[31] Après avoir examiné le contexte de cette affaire, les dispositions pertinentes du Code régissant les conflits d'intérêts, et une partie de la jurisprudence pertinente, le juge saisi de la demande a énoncé (au paragraphe 21) la démarche qu'il entendait suivre :

Il convient d'appliquer le Code d'une manière éclairée et en fonction de son objet, et le décideur doit être informé de tous les faits pertinents et en tenir compte, de même qu'il ne doit pas rendre une décision superficielle. L'approche à suivre devrait s'inspirer du critère formulé par la Cour d'appel fédérale dans *Threader [c. Canada (Conseil du Trésor)]*, [1987] 1 C.F. 41 (C.A.) au paragraphe 23 :

Est-ce qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, croirait que, selon toute vraisemblance, le fonctionnaire,

public servant, whether consciously or unconsciously, will be influenced in the performance of his official duties by considerations having to do with his private interests?

consciemment ou non, sera influencé par les considérations d'intérêt personnel dans l'exercice de ses fonctions officielles?

[32] The applications Judge concluded that the question in dispute in the final level grievance involved the application to the facts of the Conflict of Interest Code and was reviewable on the reasonableness *simpliciter* standard.

[32] Le juge a conclu que la question en litige au dernier palier de la procédure de grief supposait qu'on applique les règles du Code aux faits de l'espèce, et qu'elle pouvait faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

[33] He stated (at paragraph 23) that the reasons for decision of the final level grievance stopped at a "superficial level" and that the case "required a more probing analysis". The applications Judge regarded the Adjudicator's analysis as "more probing" (at paragraph 24), accepted and adopted her findings that these facts gave rise to no conflict of interest, either actual or apparent, and set aside the decision of the final level grievance.

[33] Il a déclaré (au paragraphe 23) que le comité des griefs de dernier palier en était resté à un « niveau superficiel » quand il a apprécié les faits et que ceux-ci « auraient requis une analyse plus approfondie ». Il a estimé que l'analyse de l'arbitre était « plus approfondie » (au paragraphe 24), et il a admis et fait siennes les conclusions indiquant que ces faits ne donnaient lieu à aucun conflit d'intérêts, réel ou apparent, et il a infirmé la décision du comité des griefs de dernier palier.

F. ISSUES AND ANALYSIS

F. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Issue 1: Standard of review

Question n° 1 : Norme de contrôle

(i) Presence of a privative clause or a right of appeal

i) Existence d'une clause privative ou d'un droit d'appel

[34] Mr. Assh grieved, under section 91 the PSSRA, Mr. Fenety's decision that the Conflict of Interest Code precluded his accepting Ms. Orn's legacy. Subsection 96(3) of that Act provided:

[34] En vertu de l'article 91 de la LRTFP, M. Assh a contesté la décision de M. Fenety selon laquelle le Code régissant les conflits d'intérêts l'empêchait d'accepter le legs de M^{me} Orn. Le paragraphe 96(3) de cette Loi dispose :

96. . . .

96. [. . .]

(3) Where a grievance has been presented up to and including the final level in the grievance process . . . , the decision on the grievance taken at the final level in the grievance process is final and binding for all purposes of this Act and no further action under this Act may be taken thereon. [Underlining added.]

(3) [. . .] la décision rendue au dernier palier de la procédure applicable en la matière est finale et obligatoire, et aucune autre mesure ne peut être prise sous le régime de la présente loi à l'égard du grief ainsi tranché. [Soulignement ajouté.]

[35] This is a relatively weak privative clause, suggesting only that the decision maker is to be afforded some deference: see *Vaughan v. Canada*, [2003] 3 F.C. 645 (C.A.), at paragraphs 125-130.

[35] Il s'agit d'une clause privative assez faible, ce qui suggère simplement qu'il faut faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de la décision du décideur : voir l'arrêt *Vaughan c. Canada*, [2003] 3 C.F. 645 (C.A.), aux paragraphes 125 à 130.

(ii) The question in dispute

[36] There are no findings of primary fact or factual inferences in dispute in this appeal. The disputed questions involve the interpretation and application of aspects of the Conflict of Interest Code to the facts as found.

[37] Courts generally tend to be deferential to administrative agencies' application of law to facts, but are more apt to regard the interpretation of the law as a question on which they are at least as expert as the tribunal under review.

[38] The legal status of the Conflict of Interest Code is not clear-cut. It lacks the quality of "law" in that it is neither contained in legislation, issued pursuant to a discrete statutory power, nor promulgated as an order in council. On the other hand, many of its provisions impose quite specific obligations on employees and compliance is a condition of their employment.

[39] Further, section 91 of the PSSRA permits an employee to grieve a decision of the employer involving the interpretation or application of an instrument issued by the employer dealing with the terms and conditions of employment. A party may make an application for judicial review of an internal grievance board decision under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], for, among other things, error of law: *Vaughan*, at paragraph 136.

[40] In these circumstances, it is appropriate for standard of review purposes to treat the Conflict of Interest Code as if it were a law. Thus, in *Endicott v. Canada (Treasury Board)* (2005), 270 F.T.R. 220 (F.C.), at paragraph 9, Strayer D.J. agreed with counsel for both parties that the grievance board's interpretation of the words "formal notification" in a Treasury Board Policy was reviewable on the correctness standard. On the legal status of the Code, see further, *Peet v. Canada*

ii) Les questions en litige

[36] Le présent appel ne porte sur aucune conclusion se rapportant à des faits essentiels ou à des déductions de fait. Les questions en litige portent sur l'interprétation et l'application de certains aspects du Code régissant les conflits d'intérêts aux faits constatés.

[37] Les tribunaux ont généralement tendance à faire preuve de retenue à l'égard des organismes administratifs quand ceux-ci appliquent la loi aux faits, mais ils sont plus disposés à considérer l'interprétation de la loi comme étant une question sur laquelle ils ont au moins autant d'expertise que le tribunal qui fait l'objet du contrôle.

[38] Le statut juridique du Code régissant les conflits d'intérêts n'est pas clairement établi. Il n'a pas la qualité d'une « règle de droit » étant donné qu'il n'est pas contenu dans une loi, il n'a pas été adopté en vertu d'un pouvoir légal distinct, et qu'il n'a pas été promulgué dans le cadre d'un décret. Par ailleurs, bon nombre de ses dispositions imposent des obligations très précises aux employés et le respect du Code est une condition d'emploi.

[39] En outre, l'article 91 de la LRTFP autorise l'employé à déposer un grief à l'encontre d'une décision de l'employeur portant sur l'interprétation ou l'application d'un acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi. Une partie peut présenter une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un comité interne de griefs en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], pour une erreur de droit, entre autres motifs : arrêt *Vaughan*, au paragraphe 136.

[40] Dans ces circonstances, il convient, afin de décider quelle est la norme de contrôle applicable, d'assimiler le Code régissant les conflits d'intérêts à une loi. Ainsi, dans la décision *Endicott c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CF 253, au paragraphe 9, le juge suppléant Strayer a convenu avec les avocats des parties que l'interprétation par le comité des griefs de l'expression « avis officiel » dans une politique du Conseil du Trésor pouvait faire l'objet d'un contrôle

(*Attorney General*), [1994] 3 F.C. 128 (T.D.), at pages 133-137.

[41] The test for determining whether a public servant's conduct gives rise to an apparent conflict of interest is somewhat analogous to that for a reasonable apprehension of bias: see *Threader* [*Threader v. Canada (Treasury Board)*], [1987] 1 F.C. 41 (C.A.), at paragraph 31 of these reasons. Courts do not defer to tribunals on questions of procedural fairness. The courts are also familiar with the concept of conflict of interest and duty in the context of fiduciaries. The similarity between the Code and related common-law concepts suggests that correctness may be the appropriate standard for reviewing the application of this aspect of the Code to the facts.

(iii) Relative expertise of the decision maker and the Court

[42] Here, the question is whether the Court is as well equipped as the administrative decision maker to decide the questions raised by the application for judicial review. The questions in dispute in this appeal concern the interpretation and application of the relevant aspects of the Conflict of Interest Code.

[43] Counsel for the Crown acknowledged that the decision under review is, as a matter of form, the final grievance level, an adjudicative decision. However, he argued that the substantive decision, namely that acceptance of the legacy would give rise to an apparent conflict of interest, is an institutional decision of Veterans Affairs. The decision is informed by the Department's knowledge of the vulnerability and feelings of gratitude of its clients, and its appreciation of the relationship of trust between the clients and the employees serving them. For standard of review purposes, it is argued, this institutional understanding should be factored into an assessment of the relevant administrative expertise. Hence, the Court should defer to the Department's view of whether Mr. Assh's

suisant la norme de la décision correcte. Pour ce qui est du statut juridique du Code, voir également la décision *Peet c. Canada (Procureur général)*, [1994] 3 C.F. 128 (1^{re} inst.), aux pages 133 à 137.

[41] Le critère à suivre pour savoir si la conduite du fonctionnaire donne lieu à un conflit d'intérêts apparent est assez semblable à celui qui est suivi pour savoir s'il y a crainte raisonnable de partialité : voir l'arrêt *Threader* [*Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*], [1987] 1 C.F. 41 (C.A.), au paragraphe 31 des présents motifs. Les cours ne font pas preuve de déférence à l'égard des tribunaux administratifs sur des questions d'équité procédurale. De plus, elles connaissent bien le concept de conflit d'intérêts et d'obligations en rapport avec les fiduciaires. La similitude entre le Code et les notions connexes de common law donne à penser que la norme de la décision correcte peut être la norme de contrôle applicable au contrôle de l'application de cet aspect du Code aux faits de l'espèce.

iii) L'expertise relative du décideur et de la Cour

[42] En l'espèce, la question est de savoir si la Cour est aussi compétente que le décideur administratif pour trancher les questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire. Les questions en litige dans le présent appel portent sur l'interprétation et l'application des aspects pertinents du Code régissant les conflits d'intérêts.

[43] L'avocat de la Couronne convient que la décision en cause est, sur le plan de la forme, une décision d'arbitrage rendue au dernier palier de la procédure de grief. Toutefois, il fait valoir que la décision au fond, c'est-à-dire que l'acceptation du legs donnerait lieu à un conflit d'intérêts apparent, est une décision institutionnelle du ministère des Affaires des anciens combattants. La décision tient compte du fait que le ministère connaît la vulnérabilité et les sentiments de gratitude de ses clients, de même que le lien de confiance qui existe entre les clients et les employés qui leur offrent leurs services. Pour décider quelle est la norme de contrôle applicable, on fait valoir que cette connaissance institutionnelle doit être prise en compte dans l'appréciation de l'expertise administrative pertinente. Par conséquent, la

acceptance of the legacy would give rise to an apparent conflict of interest.

[44] I do not entirely agree. I said in *Vaughan* (at paragraph 139) that the informal nature of the grievance process under section 91, and the fact that it is not independent of the employer, suggest that a court should not afford much deference to internal grievance boards' decisions on questions that are not purely factual in nature. As already noted, Mr. Assh had no right to refer his grievance to an independent Adjudicator under section 92.

[45] On the other hand, it is appropriate, in my opinion, for the Court to give due consideration to the Department's factual assessment of the characteristics of their clientele and the nature of the relationship that they have with Veterans Affairs' employees.

[46] On balance, this factor suggests that correctness is the appropriate standard of review on the interpretation of the Code's apparent conflict of interest provisions and, subject to the point made in the previous paragraph, their application to the facts of a particular case.

(iv) Purpose of the Code

[47] The Conflict of Interest Code, including the provisions in dispute in this appeal, are designed to maintain the highest professional standards in the federal public service, the integrity of government, and the public's confidence in the objectivity and evenhandedness of the public servants on whom it relies. For this latter reason, public perceptions of conflicts of interest and duty in federal civil servants are of great importance. The Code seeks to achieve these objects through a series of principles, and measures to implement them in particular contexts.

[48] By putting these provisions in the Code, rather than in a collective agreement, the employer must be

Cour doit faire preuve de déférence à l'égard de l'opinion du ministère quant à savoir si l'acceptation du legs par M. Assh donnerait lieu à un conflit d'intérêts apparent.

[44] Je ne suis pas tout à fait d'accord avec cette observation. J'ai déjà dit dans l'arrêt *Vaughan* (au paragraphe 139) qu'en raison de la nature informelle de la procédure de grief prévue à l'article 91, et du fait qu'il ne s'agit pas d'une procédure indépendante de l'employeur, il semble qu'une cour n'est pas tenue d'accorder une grande déférence au comité interne de règlement des griefs en ce qui a trait aux questions qui ne sont pas de pur fait. Comme on l'a déjà signalé, M. Assh n'avait nullement le droit de saisir un arbitre indépendant de son grief en vertu de l'article 92.

[45] Par ailleurs, à mon avis, il est approprié que la Cour donne toute l'importance qui convient à l'évaluation factuelle qu'a faite le Ministère des caractéristiques de sa clientèle et de la nature des rapports qu'elle a avec les employés des Affaires des anciens combattants.

[46] Tout bien pondéré, vu ce facteur, la décision correcte est la norme de contrôle appropriée quant à l'interprétation des dispositions du Code relatives au conflit d'intérêts apparent et, sous réserve de la précision apportée au paragraphe précédant, quant à leur application aux faits d'une cause donnée.

iv) L'objet du Code

[47] Le Code régissant les conflits d'intérêts, y compris les dispositions en litige dans le présent appel, est conçu pour assurer le maintien des normes professionnelles les plus élevées au sein de la fonction publique, l'intégrité du gouvernement, et la confiance du public dans l'objectivité et l'impartialité des fonctionnaires auxquels il s'adresse. Pour cette dernière raison, la perception qu'a le public des conflits d'intérêts et d'obligations chez les fonctionnaires fédéraux est d'une grande importance. Le Code vise à concrétiser ces objectifs par la mise en œuvre d'une série de principes et de mesures dans des cas précis.

[48] En plaçant ces dispositions dans le Code, plutôt que dans une convention collective, l'employeur avait

taken to have intended that disputes arising from them should be determined informally and on the basis of the Department's knowledge, without the need to resort to an external, independent Adjudicator.

[49] On balance, these considerations suggest that judicial deference to administrative decisions respecting the application and interpretation of the Code may be appropriate.

(v) Conclusion

[50] On the basis of the pragmatic and functional considerations discussed above, I am of the opinion that correctness is the appropriate standard for reviewing the final level grievance decision respecting the interpretation of the relevant sections of the Code, and the application of the provision respecting possible influence.

[51] In reaching this conclusion, I have attached particular weight to two factors. First, and more important, the Code is effectively incorporated into Mr. Assh's contract of employment, and the administrative decision makers responsible for its interpretation and application are not independent of the employer. In my opinion, Parliament should not be taken to have intended that, subject only to judicial review for unreasonableness, the employer may determine unilaterally whether, by accepting this legacy, an employee would be in breach of contract.

[52] It is true that breaches of the Code may be punished by the employer through discipline, more serious disciplinary measures may ultimately be referred to an Adjudicator under paragraph 92(1)(b) or (c) of the PSSRA, and Adjudicators' decisions on such matters are normally reviewable for patent unreasonableness. However, this is not true of all disciplinary action. Moreover, in my view, federal public service employees should be able to obtain an independent determination of the scope of their contractual obligations without first having to expose themselves to disciplinary action by disregarding a grievance board's decision.

manifestement l'intention de faire en sorte que les conflits auxquels elles pouvaient donner naissance soient tranchés d'une façon informelle et sur la base des connaissances du ministère, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à un arbitre externe et indépendant.

[49] À tout prendre, vu ces considérations, il peut être indiqué que la Cour fasse preuve de retenue à l'égard de décisions administratives portant sur l'application et l'interprétation du Code.

v) Conclusion

[50] Au regard des considérations pragmatiques et fonctionnelles que nous avons analysées ci-dessus, je suis d'avis que la décision correcte est la norme de contrôle appropriée à l'égard de la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief concernant l'interprétation des articles pertinents du Code et l'application de la disposition concernant l'éventuel abus d'influence.

[51] Pour tirer cette conclusion, j'ai attaché une importance particulière à deux facteurs. Tout d'abord, et c'est le facteur le plus important, le Code est en fait incorporé au contrat d'emploi de M. Assh et les décideurs administratifs responsables de son interprétation et de son application ne sont pas indépendants de l'employeur. À mon avis, il n'était pas dans l'intention du législateur d'accorder à l'employeur le pouvoir de décider unilatéralement si, en acceptant un legs, un employé viole son contrat, sous réserve uniquement du contrôle judiciaire d'une décision déraisonnable.

[52] Il est vrai que les contraventions au Code peuvent faire l'objet de mesures disciplinaires de la part de l'employeur, que des mesures disciplinaires encore plus rigoureuses peuvent en fin de compte être déferées à l'arbitre en vertu des alinéas 92(1)(b) ou c) de la LRTFP, et que les décisions des arbitres sur ces questions peuvent normalement faire l'objet d'un recours en contrôle judiciaire si elles sont manifestement déraisonnables. Toutefois, cela n'est pas vrai de toutes les mesures disciplinaires. Qui plus est, à mon avis, les fonctionnaires fédéraux doivent être en mesure de saisir un décideur indépendant quant à l'étendue de leurs

[53] Second, the test for determining the existence of an apparent conflict of interest is somewhat similar to common-law concepts: the reasonable apprehension of bias applied to decision makers subject to the duty of fairness, and the strict principle that fiduciaries may normally not retain benefits obtained in circumstances where there is any potential conflict between their private interests and their legal duties as fiduciaries.

Issue 2: Interpretation of the Code

[54] I shall deal with a number of discrete interpretative issues under this broad umbrella; all are subject to review for correctness.

(i) Paragraph 6(e)

[55] For ease of reference, I set out below the section of the Code prescribing the principle most relevant to this appeal.

6. . . .

- (e) employees shall not solicit or accept transfers of economic benefit, other than incidental gifts, customary hospitality, or other benefits of nominal value, unless the transfer is pursuant to an enforceable contract or property right of the employee;

[56] Two interpretative questions about this provision arise from the present facts.

[57] First, Mr. Assh says that paragraph 6(e) does not extend to testamentary gifts, because it excludes a transfer “pursuant to a property right of the employee”. He submits that he was entitled to receive, and retain, the \$5,000 bequest by virtue of his right, as a beneficiary of Ms. Orn’s will, to require the executor to administer

obligations contractuelles sans avoir d’abord à s’exposer à des mesures disciplinaires parce qu’ils sont allés à l’encontre de la décision d’un comité de griefs.

[53] Deuxièmement, le critère pertinent quant à l’existence d’un conflit d’intérêts apparent est assez semblable aux concepts consacrés par la common law : la crainte raisonnable de partialité concernant les décideurs soumis à l’obligation d’agir équitablement, et le strict principe selon lequel les fiduciaires ne peuvent normalement pas conserver les avantages obtenus dans des circonstances où il y a un conflit potentiel entre leurs intérêts personnels et leurs obligations légales à titre de fiduciaires.

Question 2 : L’interprétation du Code

[54] Je vais me pencher sur un certain nombre de questions d’interprétation distinctes sous cette rubrique générale; dans tous les cas, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

i) L’alinéa 6e)

[55] Pour en faciliter la lecture, je reprends ci-dessous l’article du Code qui prescrit le principe le plus pertinent quant au présent appel.

6. [. . .]

- e) mis à part les cadeaux, les marques d’hospitalité et les autres avantages d’une valeur minime, il lui est interdit de solliciter ou d’accepter les transferts de valeurs économiques, sauf s’il s’agit de transferts résultant d’un marché exécutoire ou d’un droit de propriété;

[56] Deux questions d’interprétation se posent concernant l’application de cette disposition aux faits de l’espèce.

[57] Tout d’abord, M. Assh prétend que l’alinéa 6e) ne s’applique pas aux legs testamentaires, parce qu’il exclut un transfert « résultant d’un droit de propriété ». Il soutient qu’il avait le droit de recevoir et de conserver le legs de 5 000 \$ du fait de son droit, en tant que bénéficiaire du testament de M^{me} Orn, d’exiger que

her estate in accordance with the terms of the will.

[58] I disagree. The phrase “transfers of economic benefit” is very broad. The exclusion of economic benefits transferred “pursuant to an enforceable contract or property right of the employee” is, in my opinion, better interpreted as permitting benefits acquired as a result of a right that is unrelated to the employee’s performance of official duties. For example, if the employee and the client are lessor and lessee respectively of an apartment, rent paid to the employee by the client would be the transfer of an economic benefit pursuant to the employee’s property and contract rights as lessor. Paragraph 6(e) is not otherwise limited to benefits transferred in connection with a public servant’s performance of official duties.

[59] In contrast, Mr. Assh’s interpretation elevates form over substance by splitting the receipt of a legacy from the legatee’s legal right to compel the executor to administer the estate in accordance with the will. If he were right, an *inter vivos* gift made by a client by declaring herself trustee of a sum of money for the employee would also be excluded from paragraph 6(e), since the employee would be paid the money pursuant to his or her equitable rights as the beneficiary of a trust. In my opinion, such technical distinctions have no place in the interpretation of what is intended to be a general principle to guide employee conduct.

[60] Counsel for the Crown submitted that, once the transfer of a benefit is found to fall within paragraph 6(e), it is unnecessary to consider other provisions of the Code: accepting a benefit in breach of paragraph 6(e) is itself a proscribed conflict of interest. Thus, he argued, Ms. Orn’s legacy was not a benefit of nominal value, and paragraph 6(e) applies equally to testamentary and *inter vivos* gifts given to an employee by a former client as a token of appreciation for professional services rendered.

[61] I disagree. Paragraph 6(e) is in the Part of the Code dealing with principles. Its provisions must be

l’exécuteur administre sa succession conformément au testament.

[58] Je ne suis pas d’accord. L’expression « transferts de valeurs économiques » est très large. À mon avis, il est préférable d’interpréter l’exclusion des transferts de valeurs économiques « résultant d’un marché exécutoire ou d’un droit de propriété » comme signifiant que seuls sont autorisés les avantages acquis par suite d’un droit qui n’est pas lié à l’exercice des fonctions officielles de l’employé. Par exemple, si l’employé et son client sont, respectivement, propriétaire et locataire d’un appartement, le loyer payé à l’employé par le client serait le transfert d’une valeur économique résultant d’un droit de propriété de l’employé et d’un marché exécutoire à titre de locateur. L’alinéa 6e) n’est pas autrement limité à des transferts de valeurs liés à l’exécution de ses fonctions officielles par le fonctionnaire.

[59] Par ailleurs, l’interprétation de M. Assh fait passer la forme avant le fond en faisant une distinction entre la réception d’un legs et le droit légal du bénéficiaire d’exiger de l’exécuteur qu’il administre la succession conformément aux clauses du testament. S’il a raison, le don entre vifs fait par la cliente qui se déclarerait elle-même fiduciaire d’une somme d’argent pour l’employé serait également exclu de l’alinéa 6e), puisque l’employé recevrait l’argent à titre de bénéficiaire d’une fiducie. À mon avis, de telles arguties n’ont pas de place dans l’interprétation de ce qui doit être considéré comme un principe général visant à guider la conduite des employés.

[60] L’avocat de la Couronne fait valoir que lorsque le transfert d’un avantage tombe sous le coup de l’alinéa 6e), il n’est pas nécessaire d’examiner les autres dispositions du Code : l’acceptation d’un avantage en contravention de l’alinéa 6e) est en soi un conflit d’intérêts qui est interdit. Il fait ainsi valoir que le legs de M^{me} Orn n’est pas un avantage d’une valeur minime, et que l’alinéa 6e) s’applique de la même façon aux legs testamentaires et aux dons entre vifs faits à un employé par un ancien client en témoignage de son appréciation pour les services professionnels rendus.

[61] Je ne peux pas souscrire à cette prétention. L’alinéa 6e) se trouve dans la partie du Code exposant

read with those setting out more specific measures designed to ensure compliance with the principles. Sections 27 and 28 perform this function with respect to “Gifts, Hospitality and Other Benefits”. Hence, whether Mr. Assh may accept the benefit in question in this case cannot be decided solely on the basis of the general principle in paragraph 6(e), without regard to the provisions implementing it.

[62] If the Crown’s view were right, much of sections 27 and 28 would be redundant. However, without these provisions, the broad wording of paragraph 6(e) would catch gifts made for reasons unconnected with the performance of official duties: birthday presents to federal public service employees’ from their family and friends, for example.

(ii) Section 27

[63] For ease of reference, I reproduce the sentence in section 27 relevant to this appeal.

27. Gifts, hospitality or other benefits that could influence employees in their judgment and performance of official duties and responsibilities must be declined.

[64] Whether gifts could influence employees in the performance of official duties is to be determined from the standpoint of the reasonable person who is informed of the facts and has thought the matter through in a practical manner. In the context of the Code and its objects, the perspective of the reasonable, informed client of Veterans Affairs is particularly pertinent.

[65] Mr. Assh argues that section 27 cannot apply to the facts of this case. The legacy could not influence the performance of his duties because he only received a benefit on the death of Ms. Orn, after which he could render her no services, and she left no dependants whom he could be asked to assist. In my view, this is too

les principes généraux applicables. Ses dispositions doivent être lues de concert avec celles qui énoncent des mesures plus précises conçues pour assurer le respect de ces principes. Les articles 27 et 28 jouent ce rôle à l’égard des « Cadeaux, marques d’hospitalité et autres avantages ». Donc, la question de savoir si M. Assh peut accepter l’avantage en question ne peut être tranchée uniquement en fonction du principe général énoncé à l’alinéa 6e), sans tenir compte des dispositions d’application.

[62] Si l’avocat de la Couronne avait raison, les articles 27 et 28 seraient en grande partie redondants. Toutefois, sans ces dispositions, vu la formulation large de l’alinéa 6e), il engloberait des cadeaux faits pour des raisons non liées à l’exercice des fonctions officielles : des cadeaux d’anniversaire faits à des fonctionnaires fédéraux par leur famille et leurs amis, par exemple.

ii) L’article 27

[63] Pour en faciliter la lecture, je reprends ci-dessous la portion de l’article 27 qui est pertinente quant au présent appel.

27. Les employés doivent refuser tout cadeau, marque d’hospitalité ou autre avantage qui risque d’avoir une influence sur leur jugement ou l’exercice de leurs fonctions officielles.

[64] La question de savoir si des cadeaux peuvent nuire à l’impartialité des employés dans l’exercice de leurs fonctions officielles doit être tranchée en tenant compte du point de vue de la personne raisonnable qui est informée des faits et qui a étudié la question en profondeur de façon pratique. Vu le Code et ses objets, la notion du client raisonnable et bien informé du ministère des Affaires des anciens combattants est particulièrement pertinente.

[65] M. Assh fait valoir que l’article 27 ne peut s’appliquer en l’espèce. Le legs ne peut l’avoir influencé dans l’exercice de ses fonctions parce qu’il ne l’a reçu qu’au décès de M^{me} Orn, alors qu’il ne pouvait plus lui rendre de services, et qu’elle n’a laissé aucune personne à charge qu’il pourrait être appelé à aider. À mon avis,

narrow a view of the harm at which section 27 is aimed.

[66] Section 27 is not limited to benefits which could influence the manner in which employees perform their official duties to the person providing the disputed gift. Section 27 also requires consideration of whether a reasonable person would think that, if pensions advocates were permitted to accept a legacy left to them in circumstances similar to those in which Ms. Orn made a bequest to Mr. Assh, this could influence the performance of their official duties to other clients.

[67] For example, if pensions advocates were permitted to accept a legacy of \$5,000 left to them by a client in circumstances similar to those in this case, might they suggest or hint to clients that, if they wanted first-class service, they should leave their pensions advocate a legacy? Or, might they assess whether a client was likely to leave a legacy and reserve their best efforts for those whom they thought might benefit them in their will? In other words, could the possibility of receiving a legacy conflict with the duty of a pensions advocate to do his best to assist all his clients with their pension claims? As a matter of interpretation, whether a reasonable person might have these concerns is, in my opinion, within the scope of section 27.

(iii) Section 28

[68] Section 28 provides as follows:

28. Notwithstanding, acceptance of offers of incidental gifts, hospitality or other benefits arising out of activities associated with the performance of their official duties and responsibilities is not prohibited if such gifts, hospitality or other benefits:

- (a) are within the bounds of propriety, a normal expression of courtesy or within the normal standards of hospitality;

cette conception du préjudice que vise à prévenir l'article 27 est trop étroite.

[66] L'article 27 n'est pas limité aux avantages qui pourraient influencer la manière dont les employés s'acquittent de leurs fonctions officielles à l'égard de la personne qui fait le cadeau contesté. Selon l'article 27, il faut également se demander si la personne raisonnable penserait que, au cas où les avocats-conseils spécialisés en pensions étaient autorisés à accepter un legs qui leur est fait dans des circonstances semblables à celles dans lesquelles M^{me} Orn a fait son legs à M. Assh, cela pourrait les influencer dans la manière dont ils s'acquittent de leurs fonctions officielles à l'égard d'autres clients.

[67] Par exemple, si les avocats-conseils spécialisés en pensions étaient autorisés à accepter un legs de 5 000 \$ d'un client dans des circonstances semblables à celles de l'espèce, cela donnerait-il à penser à leurs clients que, s'ils veulent des services de premier ordre, ils devraient faire un legs à leur avocat-conseil? Ces avocats pourraient-ils vérifier lesquels, parmi leurs clients, seraient susceptibles de leur laisser un legs et réserver leur zèle à ceux qui, à leur avis, pourraient les avantager dans leur testament? Autrement dit, la possibilité de recevoir un legs pourrait-elle entrer en conflit avec l'obligation de l'avocat-conseil spécialisé en pensions de faire de son mieux pour aider tous ses clients à avoir gain de cause dans les demandes de pension? Sur le plan de l'interprétation, la question de savoir si la personne raisonnable pourrait se poser ces questions est, à mon avis, visée par l'article 27.

iii) L'article 28

[68] L'article 28 stipule ce qui suit :

28. Cependant, les employés peuvent, à l'occasion d'activités liées à leurs fonctions officielles, accepter des cadeaux, des marques d'hospitalité ou d'autres avantages d'une valeur peu importante, si ceux-ci :

- a) sont conformes aux règles de la bienséance, de la courtoisie ou de l'hospitalité;

- | | |
|--|--|
| (b) are not such as to bring suspicion on the employee's objectivity and impartiality; and | b) ne sont pas de nature à laisser planer des doutes quant à leur objectivité ou à leur impartialité; et |
| (c) would not compromise the integrity of the government. | c) ne compromettent aucunement l'intégrité du gouvernement. [Non souligné dans l'original.] |

[69] The linking word “notwithstanding”/ “*cependant*” indicates that section 28 is intended to modify section 27. However, a significant difference between the English and French versions of the text obscures the extent of the modification.

[69] La conjonction « *cependant* » / « *notwithstanding* » indique que l'article 28 modifie l'article 27. Toutefois, une différence importante qui existe entre les versions française et anglaise du texte obscurcit la portée de la modification.

[70] According to the English version of section 28, a public servant may accept “incidental gifts, hospitality or other benefits” arising from the performance of official duties, if the conditions set out in paragraphs (a), (b) and (c) are satisfied. However, the French version limits the application of section 28 to gifts, hospitality and other benefits “*d'une valeur peu importante*”. Thus, according to the French text, section 28 only permits public servants to accept benefits in the circumstances described in paragraphs (a), (b) and (c) that are of insignificant value. No such limitation is found in the English text.

[70] Selon la version anglaise de l'article 28, un fonctionnaire peut accepter des « *incidental gifts, hospitality or other benefits* » à l'occasion d'activités liées à ses fonctions officielles, si les conditions énoncées aux alinéas a), b) et c) sont respectées. Toutefois, la version française limite l'article 28 aux cadeaux, marques d'hospitalité ou autres avantages « *d'une valeur peu importante* ». Ainsi, selon la version française, l'article 28 autorise seulement les fonctionnaires à accepter des avantages dans les circonstances décrites aux alinéas a), b) et c), qui sont d'une valeur peu importante. Il n'y a pas de telle restriction dans le texte anglais.

[71] In my opinion, the French text is to be preferred. Not only does it represent the common meaning, but also, by removing small gifts that meet certain criteria from the broad sweep of section 27, it makes structural sense and avoids confusing duplication and inconsistencies between the two sections. In addition, in the corresponding provision in the current code, *Values and Ethics Code for the Public Service* (Ottawa: Supply and Services Canada, 2003), the English version, like the French (“*la valeur est minime*”), now makes it clear that it does not apply to gifts of more than “minimal value”: chapter 2, subheading “Gifts, Hospitality and Other Benefits”.

[71] À mon avis, c'est le texte français qu'il faut retenir. Non seulement, cela correspond au simple bon sens, mais en outre, en supprimant les petits cadeaux qui respectent certains critères de l'interdiction très large posée à l'article 27, on respecte la structure du texte et on évite qu'il y ait double emploi et incompatibilité entre les deux articles. De plus, dans la disposition correspondante du Code actuel, *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 2003), la version anglaise, comme la version française (« *la valeur est minime* »), indique maintenant clairement que cela ne s'applique pas à des cadeaux qui n'ont que peu de valeur : chapitre 2, rubrique « Cadeaux, marques d'hospitalité et autres avantages ».

[72] Consequently, since a legacy of \$5,000 is of more than insignificant value, section 28 does not apply to the present case.

[72] Par conséquent, étant donné qu'un legs de 5 000 \$ a plus qu'une valeur minime, l'article 28 ne s'applique pas à l'espèce.

Issue 3: Could the legacy influence the performance of a pensions advocate's official duties?

[73] As already indicated, the relevant legal test is whether a reasonable person, who was informed of the facts of a given case, and had thought the matter through in a practical manner, would think that a pensions advocate's acceptance of a legacy could influence the advocate to give preferential treatment to clients whom she or he believed might leave a legacy as a reward for professional services rendered.

[74] The application of the "perception of conflict" test to particular facts is a question of mixed fact and law. It involves a factual assessment, which can only be made on the basis of practical judgments and inferences, rather than direct evidence. The application of a legal test also includes a normative element involving striking an appropriate balance. In the present case, the factors to be balanced are, on the one hand, permitting a pensions advocate like other legatees, to benefit from a client's desire to make a gift, and, on the other, enhancing public confidence in the integrity and even-handedness of the public service by removing inducements from civil servants to take into account, whether deliberately or subconsciously, their own interests when performing official duties.

[75] Fanciful speculation about the influence that acceptance of the legacy could theoretically have on employees' conduct is not sufficient to engage section 27. However, since the section speaks of the influence that a gift could, not would have, a balance of probability is too high a standard. In this respect, the test is different from that for a reasonable apprehension of bias, where the question is whether a reasonable person would think it more likely than not that, consciously or unconsciously, the decision maker would be biased: *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394.

Question 3 : Le legs pourrait-il nuire à la manière dont l'avocat-conseil spécialisé en pensions s'acquitte de ses fonctions officielles?

[73] Comme je l'ai déjà indiqué, le critère juridique pertinent est le suivant : la personne raisonnable, qui a été informée des faits d'une situation donnée, et qui a étudié la question en profondeur et de façon pratique, penserait-elle que l'acceptation d'un legs par un avocat-conseil spécialisé en pensions pourrait amener ce dernier à accorder un traitement préférentiel à des clients qui, à son avis, pourraient lui faire un legs en remerciement des services professionnels rendus?

[74] L'application du critère de la « perception d'un conflit » à des faits particuliers est une question mixte de fait et de droit. Ce critère suppose l'appréciation des faits, qui ne peut être faite que sur la base de conclusions et de déductions pratiques plutôt que d'une preuve directe. L'application d'un critère juridique comprend également un élément normatif qui suppose une pondération appropriée. En l'espèce, il s'agit de soupeser les deux objectifs suivants : d'une part, on devrait théoriquement autoriser l'avocat-conseil spécialisé en pensions à profiter, au même titre que d'autres légataires, du désir d'un client de lui faire un cadeau; d'autre part, on veut accroître la confiance du public dans l'intégrité et l'impartialité de la fonction publique en supprimant toute forme d'incitation pour les fonctionnaires à tenir compte, soit délibérément, soit inconsciemment, de leurs propres intérêts quand ils s'acquittent de leurs fonctions officielles.

[75] Des conjectures farfelues quant à l'effet que pourrait théoriquement avoir l'acceptation du legs sur la conduite des employés ne sont pas suffisantes pour faire jouer l'article 27. Toutefois, étant donné que cette disposition vise l'influence qu'un cadeau pourrait avoir, et non pas aurait, la prépondérance de la preuve est une norme trop élevée. À cet égard, le critère est différent de celui de la crainte raisonnable de partialité, à l'égard duquel la question est de savoir si la personne raisonnable penserait que selon toute vraisemblance, le décideur, consciemment ou non, fera preuve de partialité : *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394.

[76] In my opinion, the relevant question to ask under section 27 in this case is whether a reasonable person would think that there was a realistic possibility that acceptance of the legacy could influence the employee's future performance of official duties. A relatively low standard of proof is also consistent with the context from which the issue arises: a solicitor-client relationship. As a fiduciary, a pensions advocate is in a position of confidence and influence. There will rarely be independent evidence of what passed between them, or of the dynamics of the particular relationship.

[77] Counsel correctly submitted that there is no suggestion in this case that Mr. Assh in any way attempted to influence Ms. Orn to name him in her will, or otherwise acted improperly in his professional relationship with her. That Ms. Orn only included Mr. Assh in her will five years after he had assisted her tends to support this.

[78] In my view, however, the five-year lapse of time is not determinative of whether acceptance of the legacy would create a perception of conflict. It is not sufficient to prevent future clients of Veterans Affairs from reasonably believing that, if permitted to accept a legacy in these circumstances, a pensions advocate could be influenced in the performance of professional duties on the basis of whether he thought that a legacy might be forthcoming in gratitude for services rendered.

[79] It is also appropriate to have regard to the factual assessment of senior officials in Veterans Affairs respecting the characteristics of their clientele. Of particular importance are clients' often advanced age, the vulnerability of some, and their feelings of gratitude and indebtedness to those who assist them, often in difficult circumstances, such as the recent death of a spouse. Pensions advocates may also acquire knowledge of their clients' financial circumstances. In view of these considerations, it is immaterial that, once the services are rendered, there is nothing to compel a client to

[76] À mon avis, la question pertinente à poser quant à l'application de l'article 27 en l'espèce est de savoir si la personne raisonnable penserait qu'il y a une possibilité réaliste que l'acceptation du legs puisse influencer l'exercice futur des fonctions officielles de l'employé. Cette norme de preuve relativement peu exigeante correspond également au contexte dans lequel se pose la question : il s'agit de la relation avocat-client. À titre de fiduciaire, l'avocat-conseil spécialisé en pensions a la confiance de son client et occupe une position d'influence. On pourra rarement produire une preuve indépendante de ce qui s'est passé entre les deux ou de la dynamique de cette relation particulière.

[77] Les avocats ont indiqué avec raison que rien ne laisse supposer, en l'espèce, que M. Assh a essayé d'une quelconque façon d'encourager M^{me} Orn à le désigner dans son testament, ou qu'il a agi de toute autre manière inconvenante dans le cadre des relations professionnelles qu'il a eues avec elle. Le fait que M^{me} Orn n'a ajouté le nom de M. Assh dans son testament que cinq ans après la prestation de services tend à étayer cette affirmation.

[78] Toutefois, à mon avis, cet intervalle de cinq ans ne permet pas de trancher la question de savoir si l'acceptation du legs donnerait lieu à une perception de conflit. Il n'est pas suffisant d'empêcher les futurs clients du ministère des Affaires des anciens combattants d'avoir des raisons de croire que, s'il était autorisé à accepter un legs dans ces circonstances, l'avocat-conseil spécialisé en pensions pourrait être influencé dans l'exercice de ses fonctions professionnelles s'il en venait à penser qu'un legs pourrait lui être laissé en témoignage de gratitude pour les services rendus.

[79] Il convient également de tenir compte de l'appréciation factuelle des hauts dirigeants des Affaires des anciens combattants concernant les caractéristiques de leur clientèle. Parmi les caractéristiques qui revêtent une importance particulière, mentionnons l'âge souvent avancé des clients, la vulnérabilité de certains d'entre eux, et leurs sentiments de gratitude et de dette à l'égard de ceux qui les ont aidés, souvent dans des circonstances difficiles, comme lors du décès récent d'un conjoint. Les avocats-conseils spécialisés en pensions peuvent également être informés de la situation financière de

include a pensions advocate in her will, or to prevent her from altering her will to exclude him or her from it.

[80] The application of the law to particular facts inevitably requires consideration of its purposes. Accordingly, the application of section 27 must take account of the Code's object of enhancing the public's confidence in the integrity of the public service (section 4) and should be relatively risk-averse in this respect. In my opinion, non-trivial personal rewards for services rendered simply have no place in the professional relationship between public servants and those they serve. To conclude that a reasonable person would think that there was a realistic possibility that a pensions advocate's acceptance of a \$5,000 legacy could influence the performance of her or his duties to other clients is also consistent with the broad principle in paragraph 6(e) of the Code.

[81] The duty of employees under the Veterans Affairs' Directive to report legacies enables management to decide whether, in all the circumstances, including the value of the legacy and its connection to the employee's performance of official duties, acceptance may give rise to a perception that it could influence the future performance of the employee's duties to clients. By providing that employees must "act in a manner that will bear the closest public scrutiny" (paragraph 6(b)), the Code also makes it clear that being subject to a rigorous conflict of interest standard is a condition of public service.

[82] In contrast, the narrowly focused approach advanced by Mr. Assh runs the risk of compromising the vitally important object of bolstering and maintaining public confidence in the impartiality of public servants in the performance of their official duties.

leurs clients. Au vu de toutes ces considérations, il importe peu de savoir qu'une fois les services rendus, il n'y a rien qui oblige le client à instituer légataire son avocat-conseil, ou qui l'empêche de modifier son testament pour l'en exclure.

[80] L'application d'une règle de droit à des faits particuliers exige inévitablement que l'on tienne compte de son objet. Par conséquent, l'application de l'article 27 doit tenir compte de l'objet du Code, qui est d'accroître la confiance du public dans l'intégrité de la fonction publique (article 4) et il faut donc à cet égard éviter autant que possible les risques. À mon avis, les récompenses personnelles d'une certaine importance pour les services rendus n'ont tout simplement pas leur place dans les relations professionnelles entre les fonctionnaires et leurs clients. Conclure que la personne raisonnable penserait qu'il y a une possibilité réelle que l'acceptation par l'avocat-conseil spécialisé en pensions d'un legs de 5 000 \$ pourrait l'influencer dans l'exercice de ses obligations à l'égard d'autres clients est également compatible avec le principe général énoncé à l'alinéa 6e) du Code.

[81] L'obligation des employés, selon la directive des Affaires des anciens combattants, de signaler les legs permet à la direction de décider si, compte tenu de toutes les circonstances, y compris la valeur du legs et son lien avec l'exercice des fonctions officielles de l'employé, l'acceptation du legs pourrait donner l'impression que cela pourrait avoir une influence sur la manière dont l'employé s'acquittera à l'avenir de ses obligations à l'égard de ses clients. En stipulant que les employés doivent « avoir une conduite si irréprochable qu'elle puisse résister à l'examen public le plus minutieux » (alinéa 6b)), le Code fait aussi clairement ressortir que le respect d'une norme rigoureuse en matière de conflit d'intérêts est une condition d'emploi dans la fonction publique.

[82] Par ailleurs, l'approche étroite défendue par M. Assh risque de compromettre l'objectif essentiel qui est de renforcer et de maintenir la confiance du public dans l'impartialité des fonctionnaires quand ils s'acquittent de leurs fonctions officielles.

[83] Counsel for Mr. Assh conceded that it would be improper for a pensions advocate to suggest to a client that she could leave him a legacy. However, the problem with this concession is that the nature of the relationship between advocate and client is such that, generally speaking, the only person who could contradict a pensions advocate's assertion that he or she made no such suggestion is the client. Since the question of whether an employee may accept a legacy only arises after the client's death, there will often be no independent evidence of the employee's conduct.

[84] The absence from the Code and from the Veterans Affairs' Directive of a blanket rule comprehensively and specifically dealing with the acceptance of legacies is not, in my view, determinative. Codes of conduct are inevitably non-exhaustive works in progress, emphasizing broad principles (including, in this case, a prohibition of the transfer of economic benefits of more than nominal value), and responding primarily to problems already encountered. They should be interpreted and applied accordingly.

[85] Given the difficulty of defining more precisely and fully the circumstances in which it would be improper for an employee to accept a legacy, it is not surprising that the Code does not do so. Nor is it my intention to attempt such a definition. Relationships between an employee and a present or past client may extend beyond the professional and into the personal; it may be difficult to disentangle them. At what point it becomes inappropriate for an employee to accept a gift cannot be defined comprehensively, but will depend on an assessment of all the circumstances of a given case, guided by the general principle in section 27. Veterans Affairs requires its employees to report legacies left to them by clients precisely to enable such an assessment to be made.

[86] In this case, the uncontradicted evidence of Mr. Assh was that his only relationship with Ms. Orn was

[83] L'avocat de M. Assh admet qu'il serait inconvenant de la part de l'avocat-conseil spécialisé en pensions de suggérer à un client de lui faire un legs. Toutefois, cette concession pose problème car la nature de la relation entre l'avocat et son client est telle que : de façon générale, le client est la seule personne qui pourrait contredire l'avocat-conseil quand il affirme qu'il n'a fait aucune suggestion de ce genre. Puisque la question de savoir si l'employé peut accepter un legs ne se pose qu'après le décès du client, bien souvent, il n'y aura pas de preuve indépendante de la conduite de l'employé.

[84] L'absence, dans le Code et dans la directive du ministère des Affaires des anciens combattants, d'une règle de portée générale traitant de façon exhaustive et précise de l'acceptation des legs n'est pas, à mon avis, décisive. Les codes de déontologie sont forcément des documents non achevés et non exhaustifs, qui mettent l'accent sur les principes généraux (notamment, en l'espèce, l'interdiction de procéder à des transferts de valeurs économiques d'une valeur plus que minime), et qui répondent principalement aux problèmes qui se sont déjà posés. Ils doivent donc être interprétés et appliqués en conséquence.

[85] Compte tenu de la difficulté que pose la définition plus précise et plus complète des circonstances dans lesquelles il serait inapproprié pour un employé d'accepter un legs, il n'est pas surprenant de constater que le Code n'en contient aucune. Je n'ai pas non plus l'intention d'essayer de formuler une définition de ce genre. Les relations entre l'employé et le client actuel ou passé peuvent aller au-delà du lien professionnel et devenir plus personnelles; il peut être difficile de les démêler. La question de savoir à quel moment il devient inapproprié pour l'employé d'accepter un cadeau ne peut être précisée de façon exhaustive; la réponse dépend de l'appréciation de l'ensemble des circonstances au cas par cas, faite selon le principe général énoncé à l'article 27. Le ministère des Affaires des anciens combattants exige de ses employés qu'ils signalent les legs qui leur sont faits par des clients, précisément pour qu'une telle appréciation puisse être faite.

[86] En l'espèce, le témoignage non contredit de M. Assh fait ressortir que la relation qu'il a eue avec M^{me}

professional. The bequest of an obviously non-trivial sum was made, according to Mr. Odishaw, as a reward for his professional services. There is no evidence in the record of any other motive. In these circumstances, I am satisfied that a reasonable person would think that there was a realistic possibility that acceptance of this legacy by a pensions advocate could influence the future performance of official duties by that person, and weaken clients' confidence in the impartiality of the employees of Veterans Affairs on whom they rely.

[87] Nor can it be said that to deny Mr. Assh the legacy imposes a great hardship on him. He has, after all, been remunerated for his services from public funds. Precluding him from accepting the legacy does not adversely impact his constitutional rights, reputation or career. Indeed, I would endorse the opinion of the grievance boards that Mr. Assh's conduct in dealing with the issue has been exemplary and reflects very well on him.

[88] As for Ms. Orn's testamentary freedom, it is true that her intention to reward Mr. Assh will not be given effect if he is unable to accept the legacy. However, the acknowledgment of her gratitude to him for assisting her is effectively communicated to him, and to others.

G. CONCLUSIONS

[89] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Federal Court, and dismiss the application for judicial review. In view of Mr. Assh's conduct in this matter and the general importance, novelty, and difficulty of the issues that he has raised, I would not award costs here or below.

LINDEN J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Orn n'était que professionnelle. Le legs d'une somme manifestement non minime a été fait, selon M. Odishaw, pour le remercier de ses services professionnels. Le dossier ne contient aucune preuve d'un autre motif. Dans les circonstances, je conclus que la personne raisonnable croirait qu'il y a une possibilité réaliste que l'acceptation de ce legs par l'avocat-conseil spécialisé en pensions pourrait influencer l'exercice futur de ses fonctions officielles, et diminuerait la confiance qu'ont les clients dans l'impartialité des employés des Affaires des anciens combattants sur lesquels ils comptent.

[87] On ne peut pas dire non plus que de refuser le legs à M. Assh lui impose un lourd fardeau. Après tout, il a été rémunéré pour ses services à même les fonds publics. Lui refuser d'accepter le legs n'a pas d'effet négatif sur ses droits constitutionnels, sa réputation ou sa carrière. En fait, je souscris à l'opinion des comités des griefs selon laquelle la conduite de M. Assh dans cette affaire a été exemplaire et est tout à son honneur.

[88] Quant à la liberté de tester de M^{me} Orn, il est vrai que son intention de récompenser M. Assh ne pourra se concrétiser s'il ne peut accepter le legs. Toutefois, la reconnaissance de sa gratitude pour l'aide fournie est effectivement communiquée à l'intimé, ainsi qu'aux autres.

G. CONCLUSIONS

[89] Pour ces raisons, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmier l'ordonnance de la Cour fédérale et de rejeter la demande de contrôle judiciaire. Compte tenu de la conduite de M. Assh dans cette affaire et de l'importance générale, de la nouveauté et de la difficulté des questions soulevées, je suis d'avis de ne pas accorder de dépens relativement à la présente instance, ni relativement à celle qui s'est déroulée devant le tribunal *a quo*.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

* * *

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

[90] NADON J.A. (dissenting): I cannot agree with my colleague Evans J.A. that the applications Judge erred in setting aside the final level grievance decision upholding the decision of Veterans Affairs that the acceptance of a \$5,000 legacy by the appellant would be contrary to the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service* (the Code).

[91] Before setting out my reasons, I wish to make it clear that I agree with Evans J.A. that the applicable standard of review is that of correctness, that paragraph 6(e) of the Code must be read with those sections of the Code which set out specific measures to ensure compliance with its guiding principles, that section 28 of the Code has no application to the present matter and that section 27 of the Code requires consideration not only of a public servant's performance of his official duties to the person making the legacy, but also consideration of his duties to present and future clients. For ease of reference, I reproduce section 27 of the Code:

27. Gifts, hospitality or other benefits that could influence employees in their judgment and performance of official duties and responsibilities must be declined. Employees must not accept, directly or indirectly, any gifts, hospitality or other benefits that are offered by persons, groups or organizations having dealings with the government. [Emphasis added.]

[92] The test for determining whether a public servant's conduct gives rise to an apparent conflict of interest is analogous, as Evans J.A. finds, to that for a reasonable apprehension of bias. In *Threader v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 1 F.C. 41 (C.A.), page 57, this Court said:

Would an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, think it more likely than not that the public servant, whether consciously or unconsciously, will be influenced in the

[90] LE JUGE NADON, J.C.A. (dissent) : Je ne peux pas accepter les motifs de mon collègue le juge Evans selon lequel le juge saisi de la demande a commis une erreur en infirmant la décision du comité au dernier palier de la procédure de grief qui avait maintenu la décision du ministère des Affaires des anciens combattants, selon laquelle l'acceptation d'un legs de 5 000 \$ par l'appelant était contraire au *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique* (le Code).

[91] Avant d'exposer mes motifs, je tiens à indiquer clairement que je souscris à la conclusion du juge Evans selon laquelle la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, que l'alinéa 6e) du Code doit être lu de concert avec les articles du Code qui énoncent des mesures précises visant à assurer l'observation de ses principes directeurs, que l'article 28 du Code ne s'applique pas à l'espèce et que l'article 27 du Code exige que l'on tienne compte non seulement de l'exercice des fonctions officielles du fonctionnaire à l'égard de la personne qui fait le legs, mais également de ses fonctions à l'égard de ses clients actuels et futurs. Pour en faciliter la lecture, je reproduis ci-dessous l'article 27 et du Code :

27. Les employés doivent refuser tout cadeau, marque d'hospitalité ou autre avantage qui risque d'avoir une influence sur leur jugement ou l'exercice de leurs fonctions officielles. Il est interdit aux employés d'accepter directement ou indirectement un cadeau, une marque d'hospitalité ou un avantage, offert par une personne, un groupe ou un organisme qui entretient des rapports avec le gouvernement. [Non souligné dans l'original.]

[92] Le critère servant à décider si la conduite du fonctionnaire donne lieu à un conflit d'intérêts apparent est analogue, comme le juge Evans l'a conclu, à celui de la crainte raisonnable de partialité. Dans l'arrêt *Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 1 C.F. 41 (C.A.), à la page 57, la Cour a fait les observations suivantes :

Est-ce qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, croirait que, selon toute vraisemblance, le fonctionnaire, consciemment ou non, sera influencé par les considérations d'intérêt

performance of his official duties by considerations having to do with his private interests.

[93] As my colleague points out, Veterans Affairs, in conformity with section 11 of the Code, issued a supplementary directive to its employees pertaining to wills and estates. Although I need not reproduce the directive, I wish to emphasize that the Department has not prohibited the acceptance of unsolicited bequests, but has directed its employees to report the matter, so that “[T]he appropriate conflict of interest process will be followed”.

[94] Although my colleague purports to apply the test of the informed person, he does not, in my respectful view, truly apply the test. Rather, he proceeds to enunciate a principle which, in effect, constitutes a directive prohibiting public servants employed by Veterans Affairs from accepting legacies made in their favour by former clients of the Department in appreciation of services rendered in connection with their application for a pension. Since Veterans Affairs has not yet prohibited its employees from accepting such legacies, I do not see on what basis we can conclude that a “relatively risk-averse” approach to the application of section 27 (paragraph 80 of Evans J.A.’s reasons) is warranted.

[95] The question is therefore whether the informed person, having thought the matter through, would think that in accepting Mrs. Orn’s legacy of \$5,000, the respondent could be influenced in the performance of his official duties. In other words, would the informed person believe that the respondent’s dealings with his present and future clients could be affected in such a way as to give rise to concerns that he might favour some clients over others because of the possibility that they might leave him a legacy.

[96] In answering that question, the informed person would consider the fact that the respondent represented Mrs. Orn, a veteran’s widow and also a veteran of World War II, between 1993 and 1996 with respect to her application for a widow’s pension and a disability pension. The informed person would also take note of

personnel dans l’exercice de ses fonctions officielles?

[93] Comme le signale mon collègue, le ministère des Affaires des anciens combattants, en conformité avec l’article 11 du Code, a pris une directive supplémentaire en matière de successions. Bien que je n’aie pas besoin de reproduire la directive, j’aimerais souligner le fait que le Ministère n’a pas interdit l’acceptation de legs non sollicités, mais qu’il a donné ordre à ses employés de signaler la chose, de sorte que « [L]a procédure relative aux conflits d’intérêts [puisse s’appliquer] ».

[94] Bien que mon collègue ait eu l’intention d’appliquer le critère de la personne bien renseignée, selon moi et en toute déférence, il n’applique pas véritablement ce critère. Il énonce plutôt un principe qui, dans les faits, constitue une directive interdisant aux fonctionnaires employés par le ministère des Affaires des anciens combattants d’accepter des legs faits en leur faveur par d’anciens clients en témoignage d’appréciation pour les services rendus en rapport avec leurs demandes de pension. Puisque le Ministère n’a pas encore interdit à ses employés d’accepter de tels legs, je ne vois pas sur quelle base nous pouvons conclure qu’il est justifié d’adopter une démarche visant à « éviter autant que possible les risques » pour l’application de l’article 27 (paragraphe 80 des motifs du juge Evans).

[95] La question est donc de savoir si la personne bien renseignée, ayant étudié la question en profondeur, penserait qu’en acceptant le legs de 5 000 \$ de M^{me} Orn, l’intimé pourra être influencé dans l’exercice de ses fonctions officielles. Autrement dit, la personne bien renseignée penserait-elle que les relations de l’intimé avec ses clients actuels et futurs, pourraient être touchées de telle manière qu’elles soulèvent des inquiétudes quant à savoir s’il est susceptible de favoriser certains clients par rapport à d’autres en raison de la possibilité que ceux-là puissent lui laisser un legs?

[96] Pour répondre à cette question, la personne bien renseignée tiendrait compte du fait que l’intimé a représenté M^{me} Orn, veuve d’un ancien combattant et elle-même ancienne combattante de la Seconde Guerre mondiale, entre 1993 et 1996 pour l’aider à obtenir sa pension de veuve et une pension d’invalidité. La

the fact that in 2001, i.e. five years later, Mrs. Orn amended her will, while in the hospital, to provide, *inter alia*, a \$5,000 bequest to the respondent as a token of her appreciation for his assistance in obtaining her pensions. Finally, the informed person would consider the fact that Mrs. Orn passed away approximately one month after changing her will and that between 1996 and the time of her death, she had no contact whatsoever with the respondent.

[97] Although there is no denying the possibility that the appellant could be influenced by the legacy, that is not, in my view, what the test calls for. The informed person is asked to take a hard look at the facts and direct his mind to whether, on those facts, the respondent could be influenced in his judgment and in the performance of his duties. I am satisfied that, on the facts of the case, the informed person would answer the question in the negative.

[98] In my view, if the legacy has any influence upon the respondent, the likelihood is that it will create an incentive for him to perform excellent work for all of his clients. I cannot see how the informed person can conclude that the legacy could lead the respondent to give preferential treatment to some of his clients, in the expectation of a legacy.

[99] This case, although relatively straightforward on its facts and on the law, is made difficult by unusual and, in my view, exceptional circumstances. I say this on the assumption that if legacies by former clients of Veterans Affairs to Department lawyers were made on a frequent or infrequent basis, proof of that fact would surely have been adduced.

[100] The evidence is to the effect that Mrs. Orn made a legacy in favour of the respondent because of her appreciation for the services that he rendered to her in connection with her attempt to obtain a pension. Whether or not that is the sole reason for the legacy, I cannot say. I would venture to add, however, that there may well have been more to it than that. The likelihood

personne bien renseignée tiendrait également compte du fait qu'en 2001, c'est-à-dire cinq ans plus tard, M^{me} Orn a modifié son testament, alors qu'elle se trouvait à l'hôpital, pour faire, entre autres, un legs de 5 000 \$ à l'intimé en guise d'appréciation pour l'aide qu'il lui a fournie afin qu'elle obtienne sa pension. Finalement, la personne bien renseignée tiendrait compte du fait que M^{me} Orn est décédée environ un mois après avoir modifié son testament et qu'entre 1996 et la date de son décès elle n'a eu aucun contact avec l'intimé.

[97] Bien qu'on ne puisse nier que l'intimé pourrait être influencé par ce legs, ce n'est pas, à mon avis, ce que requiert l'application du critère. On demande à la personne bien renseignée d'examiner froidement les faits et de se demander si, selon eux, l'intimé pourrait être influencé dans son jugement et dans l'exercice de ses fonctions. Vu les faits en l'espèce, je conclus que la personne bien renseignée répondrait à la question par la négative.

[98] À mon avis, si ce legs a une influence sur l'intimé, il est probable qu'il l'incitera à offrir de meilleurs services à l'ensemble de ses clients. Je ne vois pas comment la personne bien renseignée pourrait conclure que le legs pourrait amener l'intimé à accorder un traitement préférentiel à certains de ses clients, dans l'espoir de bénéficier d'un legs.

[99] Bien que les faits et les règles de droit soient relativement simples dans la présente espèce, le règlement de la question qu'elle soulève est rendu difficile par des circonstances inhabituelles et, à mon avis, exceptionnelles. Je dis ceci en postulant que si les legs faits par d'anciens clients des Affaires des anciens combattants aux avocats du Ministère étaient fréquents ou non, une preuve à cet effet aurait certainement été produite.

[100] La preuve indique que M^{me} Orn a fait un legs en faveur de l'intimé pour lui exprimer son appréciation à l'égard des services qu'il lui a rendus pour obtenir sa pension. Je ne peux pas dire s'il s'agit là de la seule raison qui a motivé le legs. J'ajouterais, toutefois, qu'il se peut qu'il y ait eu d'autres choses derrière tout cela. Il est probable que l'intimé a traité M^{me} Orn avec

is that the respondent treated Mrs. Orn with kindness, respect and consideration throughout their dealings. Thus, when Mrs. Orn decided to change her will, all of these considerations were in her mind and she acted accordingly.

[101] Before concluding, I must add that Evans J.A. may well be right that the better solution is for a total edict preventing public servants from accepting legacies in circumstances similar to those in this case. However, that solution has yet to be adopted by Veterans Affairs and, as a result, we must decide the issue on the basis of the Code and the facts before us.

[102] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

gentillesse, respect et considération tout au long de leurs relations. Ainsi, quand M^{me} Orn a décidé de modifier son testament, elle avait en tête toutes ces considérations et elle a agi en conséquence.

[101] Avant de conclure, je dois ajouter que le juge Evans a peut-être raison de déclarer que la meilleure solution est d'interdire totalement aux fonctionnaires d'accepter des legs dans des circonstances semblables à celles de l'espèce. Toutefois, cette solution n'a pas encore été adoptée par les Affaires des anciens combattants et, par conséquent, nous devons décider de la question sur la base du Code et des faits dont nous sommes saisis.

[102] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

A-620-05
2007 FCA 6

A-620-05
2007 CAF 6

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Jean Pelletier (*Respondent*)

Jean Pelletier (*intimé*)

INDEXED AS: PELLETIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : PELLETIER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Nadon and Pelletier
J.J.A.—Ottawa, December 19, 2006; January 11, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Nadon et Pelletier,
J.C.A.—Ottawa, 19 décembre 2006; 11 janvier 2007.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Appeal from Federal Court decision respondent was owed more robust duty of procedural fairness than duty proposed by appellant, that duty not satisfied — Respondent appointed at pleasure for five-year term by Order in Council as Chairman of Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. — Appointment terminated after publication of newspaper article quoting inappropriate comments respondent made about former employee identifying wrongdoing at VIA Rail — Given no notice of termination, reasons therefor — Procedural fairness requiring actual knowledge of pending threat, reasons therefor; constructive knowledge (i.e. person ought to know) not sufficient — Federal Court not committing any palpable, overriding error when limiting itself to facts, not speculating as to respondent's state of mind regarding risk of removal from position — Government terminating appointment at pleasure on basis of misconduct, having duty of procedural fairness, where person not knowing position in jeopardy, to inform person of possibility of removal, reasons therefor — Person must also be given opportunity to be heard — Appeal dismissed.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que l'intimé avait droit à davantage que le strict minimum d'équité procédurale que concédait l'appelant et que ce droit n'avait pas été respecté — L'intimé a été nommé par décret, à titre amovible pour un mandat de cinq ans, au poste de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. — La nomination de l'intimé a été révoquée après la publication d'un article de journal faisant état de ses commentaires déplacés à l'endroit d'une ancienne employée qui avait mis en lumière des actes répréhensibles chez VIA Rail — L'intimé a été congédié sans préavis et n'a pas été informé des motifs de sa destitution — L'équité procédurale exigeait une connaissance actuelle de la menace qui pesait et des raisons qui la sous-tendaient, la connaissance par déduction (c.-à-d. que la personne aurait dû savoir) n'étant pas suffisante — La Cour fédérale n'a pas commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a décidé de se limiter à la preuve et de ne pas spéculer quant à l'état d'esprit de l'intimé relativement au risque de destitution — Lorsqu'il exerce son pouvoir de destituer une personne nommée à titre amovible pour cause d'inconduite, le gouvernement a le devoir en matière d'équité procédurale d'informer la personne qui ne sait pas que son poste est en jeu de la possibilité d'une destitution et des motifs de cette mesure — La personne doit se voir offrir la possibilité de se faire entendre — Appel rejeté.

Practice — Burden of proof — Appeal from Federal Court decision respondent was owed more robust duty of procedural fairness than duty proposed by appellant, that duty not satisfied — Federal Court not reversing onus of proof by requiring appellant to show respondent not knowing about precariousness of position since onus self-imposed.

Pratique — Fardeau de la preuve — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que l'intimé avait droit à davantage que le strict minimum d'équité procédurale que concédait l'appelant et que ce droit n'avait pas été respecté — La Cour fédérale n'a pas renversé le fardeau de la preuve en exigeant que l'appelant démontre que l'intimé ignorait la précarité de son poste, puisque l'appelant s'était lui-même imposé ce fardeau.

This was an appeal from a Federal Court decision finding that the respondent was owed a more robust duty of

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que l'intimé avait droit à davantage que le

procedural fairness than that proposed by the appellant and that this duty had not been satisfied. On July 31, 2001, the respondent was appointed by the government as Chairman of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. to serve at pleasure for a term of five years. However, his appointment was terminated on March 1, 2004. At the time of the appointment, Myriam Bédard, a former Olympic athlete, was an employee of VIA Rail. In February 2004, she wrote to Prime Minister Martin claiming to be a victim of the sponsorship scandal and alleged that she had been forced to resign in a set-up involving the respondent. Shortly thereafter, a Montréal daily, *La Presse* published an article which reported that the respondent had said that Ms. Bédard was lying shamelessly and was attempting to take advantage of the sponsorship scandal for her personal advantage. In response to questions from senior officials from the Privy Council, the respondent denied any involvement in the incidents referred to by Ms. Bédard. In a subsequent press release, the respondent publicly apologized to Ms. Bédard for his inappropriate comments. Three days later, the Minister of Transport informed the respondent that a decision would be taken later that day regarding his appointment. Although the respondent inquired about the nature of the decision and the reasons therefor, no further information was given. Later that day, the respondent was informed that his appointment was terminated and he received the Order in Council confirming this. That same day, the government issued a press release announcing the respondent's departure from VIA Rail while the respondent filed his notice of application to set aside the Order in Council.

The Federal Court found that the government owed the respondent a minimal duty of procedural fairness which had not been met. The government was required to advise the respondent that his position was at risk and to inform him of the reasons for its dissatisfaction with him. The Court found that the respondent was unaware of his precarious position and the grounds for the government's dissatisfaction until he read the government's press release. The respondent was also never given an opportunity to respond to those grounds. The issue was what the content of the duty of procedural fairness was in those circumstances and whether, on the facts, that duty had been satisfied.

Held, the appeal should be dismissed.

The duty of procedural fairness, whatever its content, deals only with the process by which the government exercises its right to terminate his appointment and not with the substance of the decision itself. The right to be given reasons and the right to be heard do not create, by implication or otherwise, a right to be removed from office only for reasons which meet some standard of rationality. Furthermore, because the

strict minimum d'équité procédurale que condédait l'appelant et que ce droit n'avait pas été respecté. Le 31 juillet 2001, le gouvernement a nommé l'intimé au poste de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc., à titre amovible pour un mandat de cinq ans. Toutefois, sa nomination a été révoquée le 1^{er} mars 2004. Au moment de la nomination, Myriam Bédard, ancienne athlète olympique, était à l'emploi de VIA Rail. En février 2004, elle a fait parvenir au bureau du premier ministre Martin une lettre dans laquelle elle se disait victime du scandale des commandites et soutenait qu'elle avait été contrainte de démissionner dans un « *set-up* » impliquant l'intimé. Dans un article paru peu après dans le quotidien montréalais *La Presse*, l'intimé a exprimé l'opinion que M^{me} Bédard mentait « de façon effrontée » et cherchait à profiter du scandale des commandites pour en tirer un profit personnel. Aux questions qui lui ont été posées par des hauts fonctionnaires du bureau du Conseil privé, l'intimé a répondu qu'il n'était d'aucune manière impliqué dans les incidents décrits par M^{me} Bédard. Dans un communiqué de presse publié par la suite, l'intimé s'est excusé auprès de M^{me} Bédard pour ses commentaires déplacés. Trois jours plus tard, le ministre des Transports a informé l'intimé qu'une décision serait prise à son égard dans la même journée. Même s'il a voulu s'enquérir de la nature de la décision et des motifs qui la sous-tendaient, l'intimé n'a rien appris de plus. Plus tard ce jour-là, il a été informé de son congédiement et a reçu le décret de destitution le confirmant. Le même jour, le gouvernement a publié un communiqué de presse annonçant la destitution de l'intimé de VIA Rail, et l'intimé a attaqué par demande de contrôle judiciaire la validité du décret de destitution.

La Cour fédérale a décidé que le gouvernement avait le devoir d'agir équitablement envers l'intimé et qu'il n'avait pas satisfait aux exigences minimales d'équité procédurale. Le devoir du gouvernement consistait à aviser l'intimé que sa position était en danger et à l'informer des motifs d'insatisfaction à son égard. La Cour a conclu que l'intimé n'a su la précarité de sa situation et les motifs d'insatisfaction que lorsqu'il a pris connaissance du communiqué de presse publié par le gouvernement. En outre, l'intimé n'a pas eu la possibilité d'y répondre. En l'espèce, il s'agissait de déterminer l'étendue du devoir d'équité procédurale dans les circonstances, puis de vérifier si ce devoir avait été assumé.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le devoir d'équité procédurale, quel qu'en soit le contenu, s'applique strictement au processus par lequel le gouvernement exerce son pouvoir de destitution; il n'est d'aucune pertinence en ce qui a trait à la substance de la décision elle-même. Le droit d'être informé et le droit d'être entendu n'emportent pas, par déduction ou autrement, le droit d'être destitué seulement pour des motifs qui satisfont à une norme

respondent's revocation was clearly based upon an allegation of misconduct, that decision was subject to a higher standard of procedural fairness than a purely political decision. The duty of fairness is variable according to the circumstances. The appellant's argument that, given the political nature of the respondent's appointment, the duty of fairness was satisfied if the respondent knew or ought to have known that his office was at risk and why, was rejected. The person in a position of the respondent with actual knowledge is in a position to make appropriate representations to the decision maker. The person who has only constructive knowledge, i.e. the person who ought to know, is not in a position to be heard because that person has no present knowledge that he or she is at risk or why, even if, objectively, they ought to know. Procedural fairness requires actual knowledge of the pending threat and of the reasons for it; constructive knowledge will not do. The Federal Court correctly inferred from the evidence that the respondent was not aware that he was at risk of removal and the reasons therefor and did not commit any palpable and overriding error in doing so.

The Federal Court also did not reverse the onus of proof by requiring the appellant to show that the respondent did not know or was not confused as to the precariousness of his position after the newspaper article was published. The only burden of proof the appellant had to discharge was the one which he assumed, i.e. that the respondent either knew or ought to have known that his appointment was at risk.

Where the government, in the exercise of its statutory power to terminate the appointment of persons named to office at pleasure, proposes to act on the basis of a person's misconduct, the duty of procedural fairness requires that, where that person does not know that his or her position is in jeopardy by reason of that misconduct, the person be informed of the possibility of removal and of the reasons for that removal and be given an opportunity to be heard.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tarif B (as am. *idem*, ss. 30, 31, 32), Column III.

Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 104.1 (as am. by S.C. 2004, c. 16, s. 7), 105(5) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 44, Sch. II, item 14(E)), (6).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(1).
Order in Council P.C. 2001-1294.

de rationalité. En outre, l'intimé ayant clairement été destitué pour cause d'inconduite, la décision de révoquer sa nomination entraînait l'application d'un degré plus élevé d'équité procédurale que la décision prise pour des motifs purement politiques. Le contenu du devoir d'équité procédurale varie selon les circonstances. A été rejeté l'argument de l'appellant selon lequel, vu le caractère politique de la nomination de l'intimé, il a été satisfait aux exigences d'équité procédurale si l'intimé savait ou devait savoir que son emploi était en jeu et pourquoi. La personne dans la situation de l'intimé qui a la connaissance acquise est en mesure de faire des représentations appropriées auprès du décideur, tandis que la personne qui se voit imputer la connaissance n'est pas en mesure de faire des représentations parce qu'elle ne sait pas vraiment qu'elle est en danger ni pourquoi elle l'est, et ce quand bien même, sur une base objective, elle devrait le savoir. L'équité procédurale requiert, non pas une connaissance par déduction, mais une connaissance actuelle de la menace qui pèse et des raisons qui la sous-tendent. La Cour fédérale a eu raison de tirer de la preuve l'inférence selon laquelle l'intimé ne savait pas que la mesure de destitution était envisagée et du pourquoi de cette mesure et, partant, n'a commis aucune erreur manifeste et dominante.

Qui plus est, la Cour fédérale n'a pas renversé le fardeau de la preuve en exigeant que l'appellant démontre que l'intimé ignorait la précarité de son poste ou était dans l'incertitude à cet égard au cours de la période qui a suivi la publication de l'article de journal. Le seul fardeau de preuve qui incombait à l'appellant était celui qu'il s'était lui-même imposé, c'est-à-dire que l'intimé savait ou aurait dû savoir que sa nomination était en danger.

Lorsque le gouvernement, dans l'exercice de son pouvoir statutaire de destituer une personne nommée à titre amovible, envisage la possibilité de la destituer pour cause d'inconduite, il a le devoir d'équité procédurale, lorsque cette personne ne sait pas que son poste est en jeu en raison de cette inconduite, de l'informer de la possibilité d'une destitution et des motifs d'inconduite qui lui sont reprochés et de lui donner la possibilité de se faire entendre.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2001-1294.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(1).

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 104.1 (mod. par L.C. 2004, ch. 16, art. 7), 105(5) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 44, ann. II, n^o 14(A)), (6).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B (mod., *idem*, art. 30, 31, 32), colonne III.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Knight v. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 c.c.e.l. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

REFERRED TO:

Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council), [2002] 1 S.C.R. 249; (2002), 245 N.B.R. (2d) 201; 209 D.L.R. (4th) 1; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; 2002 SCC 11; *State of South Australia (The) v. O'Shea* (1987), 163 C.L.R. 378 (H.C. Aust.).

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 41 Admin. L.R. (4th) 247; 275 F.T.R. 108) that the respondent was owed a more robust duty of procedural fairness than proposed by the appellant and that this duty had not been satisfied. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Jacques Jeansonne and Alberto Martinez for appellant.
Suzanne Côté and Patrick Girard for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deslauriers, Jeansonne s.e.n.c., Montréal, for appellant.
Stikeman Elliott LLP, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A. :

INTRODUCTION

[1] On July 31, 2001, in the exercise of its power to appoint its candidates directly to high office, the

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

DÉCISIONS CITÉES :

Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature), [2002] 1 R.C.S. 249; 2002 CSC 11; *State of South Australia (The) v. O'Shea* (1987), 163 C.L.R. 378 (H.C. Aust.).

APPEL de la décision (2005 CF 1545) par laquelle la Cour fédérale a conclu que l'intimé avait droit à davantage que le strict minimum d'équité procédurale que condédait l'appelant et que ce droit n'avait pas été respecté. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Jacques Jeansonne et Alberto Martinez pour l'appelant.
Suzanne Côté et Patrick Girard pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Deslauriers, Jeansonne s.e.n.c., Montréal, pour l'appelant.
Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l., Montréal, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

INTRODUCTION

[1] Le 31 juillet 2001, dans l'exercice de son pouvoir de nommer les personnes de son choix, à titre amovible,

government of the day appointed Jean Pelletier to the office of Chairman of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc., to serve at pleasure, (*à titre amovible*). On March 1, 2004, the government of the day, differently constituted, in the exercise of its right to remove him from office, terminated Mr. Pelletier's appointment.

[2] Mr. Pelletier challenged the government's termination of his appointment in Federal Court, where he met with success. The Attorney General conceded before Mr. Justice Simon Noël, the application Judge, that Mr. Pelletier was owed a duty of procedural fairness but contended that this duty was minimal and that it had been satisfied. In a decision reported at (2005), 41 Admin. L.R. (4th) 247, the application Judge found that Mr. Pelletier was owed a more robust duty of procedural fairness than proposed by the Attorney General, and that this duty had not been satisfied. The Attorney General now appeals from that decision.

[3] The issue in the appeal is therefore very circumscribed. It is not whether Mr. Pelletier was owed a duty of fairness at all, since that point was conceded. It is the content of that duty and whether, on the facts, the duty was satisfied. For the reasons which follow, I would dismiss the appeal.

THE FACTS

[4] Mr. Pelletier is the former Chief of Staff to former Prime Minister Chrétien. After his departure from political life, he was appointed, by Order in Council P.C. 2001-1294, to the office of Chairman of the Board of Directors of VIA Rail. The appointment was at pleasure, for a term of five years commencing September 1, 2001. At that time, Ms. Myriam Bédard, once best known as an Olympic athlete, was an employee of VIA Rail, and had been so since January 2001. On February 13, 2004, she wrote to Prime Minister Martin, claiming to be a victim of the sponsorship scandal. In her letter, Ms. Bédard said that she had been forced to resign from VIA Rail in January 2002 after she submitted to management, at the request of Mr. Pelletier, a proposal which she had developed by

(*at pleasure*), pour occuper certaines hautes fonctions, le gouvernement du jour nommait M. Jean Pelletier président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. (VIA Rail). Le 1^{er} mars 2004, dans l'exercice de son pouvoir de destituer M. Pelletier, le gouvernement du jour, autrement constitué, mettait fin au mandat de celui-ci.

[2] M. Pelletier a contesté en Cour fédérale la validité du décret de destitution. Il a eu gain de cause devant le juge Simon Noël, juge des requêtes. Le procureur général du Canada (le procureur général) avait concédé devant le juge que M. Pelletier avait droit à un minimum d'équité procédurale, mais il prétendait que ce droit avait été respecté dans les circonstances. Le juge s'est dit d'avis que M. Pelletier avait droit à davantage que le strict minimum que concédait le procureur général et il a conclu que ce droit n'avait pas été respecté, 2005 CF 1545. C'est sur cette décision que porte le présent appel du procureur général.

[3] La question que soulève cet appel est en conséquence des plus circonscrite. Il ne s'agit pas de déterminer si devoir d'équité procédurale il y avait à l'égard de M. Pelletier, puisqu'il y a concession à cet égard. Il s'agit plutôt de déterminer quelle est en l'espèce l'étendue de ce devoir, puis de vérifier si ce devoir a été assumé. Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel.

LES FAITS

[4] M. Pelletier a été le chef de cabinet de l'ancien premier ministre Chrétien. À son départ de la vie politique, il a été nommé, en vertu du décret portant le numéro C.P. 2001-1294, président du conseil d'administration de VIA Rail. La nomination était à titre amovible et le mandat de cinq ans débutait le 1^{er} septembre 2001. M^{me} Myriam Bédard, une athlète bien connue autrefois pour ses succès aux Jeux Olympiques, était alors, et ce depuis janvier 2001, à l'emploi de VIA Rail. Le 13 février 2004, M^{me} Bédard faisait parvenir au bureau du premier ministre Martin une lettre dans laquelle elle se disait victime du scandale des commandites. Elle soutenait qu'elle avait été contrainte de démissionner en janvier 2002 après qu'elle eut soumis à VIA Rail, à la demande de M. Pelletier, un projet qu'elle avait

which she claimed she could increase VIA Rail's publicity by 35% while reducing its marketing budget from \$12 million to \$7 million. This is how she described her experience (appeal book, Vol. 1, page 81; translation contained in the Report of the independent inquiry officer—Michel G. Picher):

In a set up, they asked me to open my own business to run the project, then they sent me to Groupaction as a trainee and from there, on January 11, 2002, the heads of VIA Rail Canada forced me to hand in my resignation.

[5] Long after the events which gave rise to the termination of Mr. Pelletier's appointment, Mr. Michel G. Picher, an independent inquiry officer, investigated Ms. Bédard's allegations. On April 8, 2004, he concluded as follows (appeal book, Vol. 2, page 200) [reasons for judgment, at paragraph 8]:

The case at hand represents a tragedy of enormous proportions. Mr. Pelletier was a respected public figure, who was accused by Ms. Bédard in February of 2004 of being an instrument in her alleged forced resignation two years earlier, in January of 2002. This report must conclude that Mr. Pelletier had no involvement in Ms. Bédard's departure from VIA Rail.

[6] On February 26, 2004, the allegations which Ms. Bédard made in her letter to Prime Minister Martin came to the attention of François Cardinal, a reporter for the Montréal daily newspaper, *La Presse*. He interviewed Ms. Bédard, who repeated her allegations and added others. Mr. Cardinal then requested an interview with Mr. Pelletier, who agreed to meet with him.

[7] In the course of the interview, as reported in Mr. Cardinal's article which appeared the following day, February 27, 2004, Mr. Pelletier said that Ms. Bédard was lying shamelessly and that she was attempting to take advantage of the sponsorship scandal for her personal advantage. He was quoted as saying [TRANSLATION] "I do not want to be mean. This is a poor girl who deserves pity, who doesn't have a spouse, as far as I know. She is struggling as a single mother with economic responsibilities. I pity her, in the end." See the application Judge's reasons, at paragraph 13.

développé et qui visait à augmenter de 35% la publicité de VIA Rail tout en faisant passer le budget consacré à la publicité de 12 millions de dollars à 7 millions. Elle ajoutait, et j'utilise ses propres mots (dossier d'appel, vol. 2, page 203) :

Dans un set-up ils m'ont demandé d'ouvrir ma propre compagnie pour diriger le projet, ensuite ils m'ont envoyé chez Groupeaction au nom de stagiaire et de là le 11 janvier 2002, la direction de Via Rail Canada m'a obligé de donner ma démission.

[5] Dans un rapport préparé plusieurs années plus tard à la demande de VIA Rail, M. Michel G. Picher, un arbitre indépendant chargé de faire enquête sur le départ de M^{me} Bédard, concluait comme suit, le 8 avril 2004 (motifs du jugement, au paragraphe 8) :

[TRANSLATION] Le dossier à l'étude représente une tragédie ayant des proportions énormes. M. Pelletier était une personnalité publique respectée qui fût accusée par M^{me} Bédard en février 2004 d'avoir été impliqué dans sa présumée démission forcée, deux ans plus tôt, en janvier 2002. Ce rapport doit conclure que M. Pelletier n'a pas été impliqué dans les événements qui ont amené le départ de M^{me} Bédard de VIA Rail.

[6] Le 26 février 2004, les allégations faites par M^{me} Bédard dans sa lettre au premier ministre Martin attirent l'attention de François Cardinal, journaliste au quotidien montréalais *La Presse*. M. Cardinal rencontre M^{me} Bédard, laquelle réitère ses allégations et en ajoute quelques autres. M. Cardinal sollicite alors une entrevue auprès de M. Pelletier, qui accepte de le rencontrer.

[7] Au cours de l'entrevue, selon l'article de *La Presse* paru le lendemain, 27 février 2004, M. Pelletier exprime l'opinion que M^{me} Bédard mentait « de façon effrontée » et cherchait à profiter du scandale des commandites pour en tirer un profit personnel. Il ajoute qu'il ne « veut pas être méchant pour elle [car] c'est une pauvre fille qui fait pitié, une fille qui n'a pas de conjoint que je sache. Elle a la tension d'une mère monoparentale qui a des responsabilités économiques. Dans le fond, je trouve qu'elle fait pitié » (Motifs du jugement, au paragraphe 13). La transcription de

The transcript of Mr. Pelletier's interview was filed with the Court. (A.B., Vol. II, at page 302.)

[8] The government's reaction was not long in coming. That same day, February 27, 2004, at 3:15 p.m., Mr. Alexander Himelfarb, the Clerk of the Privy Council, instructed Mr. Yves Côté and Mr. Wayne McCutcheon to telephone Mr. Pelletier for his comments about the Cardinal article. Mr. Côté is counsel to the Clerk of the Privy Council and Associate Secretary to the Cabinet, while Mr. McCutcheon is a senior official in the Privy Council Office. They called Mr. Pelletier's office at approximately 3:45 p.m. Mr. Pelletier was not available to take their call but his assistant assured them that he would return their call promptly.

[9] At approximately 3:50 p.m., Mr. Pelletier called Mr. Côté and Mr. McCutcheon. Mr. Côté explained that they had called to get his explanation or comments with respect to the Cardinal article. Mr. Pelletier responded by making a number of points. He stated that he was not involved in any of the incidents referred to by Ms. Bédard involving VIA Rail. He indicated that the file was being reviewed and that senior VIA Rail officials, the Vice-President Marketing and the Chief Strategy Officer, would respond to Ms. Bédard's allegations. According to Mr. Pelletier, a VIA Rail press release would be issued on Monday, March 1.

[10] As for the comments attributed to him in the Cardinal article, Mr. Pelletier admitted that they were inappropriate and that his personal press release to that effect would be issued imminently.

[11] Mr. Côté then asked Mr. Pelletier if he had anything to add. Mr. Pelletier responded that his press release would speak for itself and that he had nothing to add. On that note, the conversation ended.

[12] At approximately the same time, VIA Rail issued a press release in which Mr. Pelletier publicly apologized to Ms. Bédard. He acknowledged that his comments were inappropriate and he expressed his sincere regrets.

l'entrevue avec M. Pelletier a été déposée au dossier de la Cour. (D.A., vol. II, page 302.)

[8] Le gouvernement n'a pas tardé à réagir. À 15h15, le 27 février, le greffier du Conseil privé, M. Alexander Himelfarb, donne instruction à MM. Yves Côté et Wayne McCutcheon de téléphoner à M. Pelletier relativement aux commentaires dont faisait état l'article de M. Cardinal. M. Côté est conseiller juridique auprès du greffier du Conseil privé et secrétaire-adjoint du Cabinet. M. McCutcheon occupe aussi de hautes fonctions au sein du bureau du Conseil privé. Un premier coup de fil est donné vers 15h45. M. Pelletier est alors absent, mais son assistante donne l'assurance qu'il retournera l'appel promptement.

[9] M. Pelletier rappelle vers 15h50. M. Côté explique que l'objet de l'appel était d'obtenir des explications ou des commentaires concernant l'article de M. Cardinal. M. Pelletier fait le point comme suit : il n'était d'aucune manière impliqué dans les incidents décrits par M^{me} Bédard; VIA Rail s'affairait présentement à revoir le dossier; deux officiers supérieurs de VIA Rail, le vice-président marketing et le responsable des stratégies, répondraient aux allégations de M^{me} Bédard; et un communiqué de presse serait émis par VIA Rail le lundi suivant, soit le 1^{er} mars.

[10] En ce qui a trait aux propos que lui attribuait l'article de M. Cardinal, M. Pelletier reconnaît au cours de la conversation qu'ils étaient inappropriés et il annonce qu'un communiqué de presse personnel serait publié dans les prochaines minutes.

[11] M. Côté demande alors à M. Pelletier si ce dernier a autre chose à dire. M. Pelletier répond que son communiqué de presse parlera de lui-même et qu'il n'avait rien d'autre à ajouter. Ce fut la fin de la conversation.

[12] À peu près au même moment, un communiqué de presse est émis par VIA Rail, dans lequel M. Pelletier présente ses excuses à M^{me} Bédard. Il y déclare que ses commentaires étaient déplacés et qu'il s'en excusait sincèrement.

[13] Three days later, on Monday, March 1, at approximately 8:50 a.m., Mr. Pelletier received a telephone call from Mr. Tony Valeri, the Minister of Transport, and therefore the Minister responsible for VIA Rail. Mr. Valeri informed Mr. Pelletier that a decision would be taken later that day with respect to his appointment. Mr. Pelletier asked about the nature of the decision to be taken and the reasons for it, but Mr. Valeri would only say that he could say nothing more about it. At approximately 11:50 a.m., Mr. Valeri called again, this time to say that his appointment was to be terminated and that an Order in Council to that effect was being prepared. Later that same day, one Mark Reynolds from the Prime Minister's office telephoned Mr. Pelletier twice. The first time, around noon, he informed Mr. Pelletier that he had been suspended until March 5 then, correcting himself, until March 15. He called back ten minutes later to inform Mr. Pelletier that the situation had evolved and he was no longer suspended, but terminated. At 3:00 p.m., Mr. Pelletier received a fax copy of a letter from Mr. Valeri to which was attached a copy of the Order in Council terminating his appointment.

[14] Later the same day, the government issued a press release announcing Mr. Pelletier's departure from VIA Rail. The press release is reproduced below:

GOVERNMENT OF CANADA TERMINATES APPOINTMENT OF VIA CHAIRMAN

OTTAWA—On behalf of the Government of Canada, Transport Minister Tony Valeri today announced the termination of the appointment of Jean Pelletier as Chairman of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc.

The termination of the appointment of Mr. Pelletier is effective immediately.

“The comments made last week by Mr. Pelletier regarding Myriam Bédard were totally unacceptable,” said Prime Minister Paul Martin. “I asked people who had knowledge about possible wrongdoings to come forward. And when they do, I expect them to be treated fairly. This was clearly not the case. My government came to office with a commitment to change the way things work. The actions we are taking today reflect that commitment.”

Transport Minister Valeri said: “Last week I stated that the government would review the comments of the VIA Chairman

[13] Trois jours plus tard, soit le lundi 1^{er} mars, vers 08h50, M. Pelletier reçoit un appel de M. Tony Valeri, ministre des Transports et ministre responsable de VIA Rail. M. Valeri l'informe qu'une décision sera prise à son égard dans la même journée. M. Pelletier s'enquiert de la nature de la décision et des motifs qui la sous-tendent, mais le ministre répond qu'il ne peut rien dire de plus. Vers 11h50, M. Valeri rappelle M. Pelletier, cette fois pour lui annoncer que la décision avait été prise de mettre fin à sa charge et qu'un décret serait adopté en conséquence. Plus tard ce jour-là, un certain Mark Reynolds, du bureau du Premier ministre, téléphone à M. Pelletier à deux reprises. Lors de la première conversation, tenue sur l'heure du midi, M. Reynolds informe M. Pelletier qu'il était suspendu jusqu'au 5 mars, puis se ravisant, jusqu'au 15 mars. Dix minutes plus tard, lors d'une seconde conversation téléphonique, M. Reynolds informe M. Pelletier que la situation avait évolué et qu'il n'était plus suspendu, mais congédié. À 15 heures, M. Pelletier reçoit de M. Valeri, par télécopieur, une lettre l'informant qu'il était démis de ses fonctions. La lettre est accompagnée d'une copie du décret de destitution.

[14] Plus tard ce même jour, le gouvernement publie un communiqué de presse annonçant dans les termes suivants la destitution de M. Pelletier :

LE GOUVERNEMENT DU CANADA DESTITUE LE PRÉSIDENT DE VIA RAIL

OTTAWA—Le ministre des Transports Tony Valeri a annoncé aujourd'hui, au nom du gouvernement du Canada, la destitution de M. Jean Pelletier du poste de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc.

La destitution de M. Pelletier est immédiate.

« Les propos tenus la semaine dernière par M. Pelletier à l'égard de Mme Myriam Bédard étaient tout à fait inacceptables », a déclaré le premier ministre Paul Martin. « J'ai demandé aux personnes qui ont connaissance de possibles actes répréhensibles de se manifester. Et je m'attends à ce qu'elles soient traitées de manière appropriée lorsqu'elles le font. Ce qui, en l'occurrence, n'a pas été le cas. Mon gouvernement est arrivé au pouvoir avec l'engagement de changer la façon de faire les choses. La décision que nous prenons aujourd'hui entend refléter cet engagement. »

Le ministre des Transports Tony Valeri a déclaré : « La semaine dernière, j'avais dit que le gouvernement examinerait

and would take appropriate action. It is completely inappropriate for the chairman of a Crown corporation to make comments of this nature about someone identifying wrongdoing in the workplace.”

VIA Rail Canada Inc. is a federal Crown corporation wholly owned by the Government of Canada.

[15] I pause to note that this review of the facts, which are uncontested, is taken from Mr. Pelletier’s affidavit, filed by the respondent, and Mr. McCutcheon’s affidavit, filed by the appellant. Neither deponent was cross-examined. Further, the Attorney General did not think it useful to file affidavits sworn by Messrs. Valeri, Himelfarb, Côté and Reynolds, nor did he provide any explanation as to the latter’s role in the Prime Minister’s Office.

[16] On March 1, 2004, Mr. Pelletier filed his notice of application to set aside the Order in Council terminating his appointment.

THE DECISION UNDER APPEAL

[17] The application Judge found that the government was bound to afford Mr. Pelletier a measure of procedural fairness. He found that the government was required to advise Mr. Pelletier that his position was at risk and to inform him of the reasons for its dissatisfaction with him. The application Judge concluded that the government did not meet this standard. Mr. Pelletier was unaware of his precarious position and of the grounds for the government’s dissatisfaction until he read the government’s March 1 press release. He was never given the opportunity to respond to those grounds. As a result, the application Judge set aside the Order in Council terminating Mr. Pelletier’s appointment and remitted the matter to the Governor in Council for reconsideration.

[18] The application Judge noted the Attorney General’s concession that Mr. Pelletier was entitled to procedural fairness. He then examined the jurisprudence in order to determine the content of that duty of fairness. He relied particularly on the decision of the Supreme Court in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 from which he concluded that the duty of fairness in the case of the dismissal of persons

les commentaires du président de VIA Rail, puis prendrait les mesures qui s’imposent. Il est tout à fait inapproprié pour le président d’une société d’État de tenir des propos de la sorte à l’égard de quelqu’un qui a mis en lumière des actes répréhensibles en milieu de travail. »

VIA Rail Canada Inc. est une société d’État appartenant à cent pour cent au gouvernement du Canada.

[15] Je tiens à souligner ici que cette narration des faits, qui n’est pas contestée, est tirée de l’affidavit de M. Pelletier, déposé par la partie intimée, et de l’affidavit de M. McCutcheon, déposé par la partie appelante. Ni l’un ni l’autre n’ont été contre-interrogés. Le procureur général n’a pas jugé opportun de déposer des affidavits émanant de MM. Valeri, Himelfarb, Côté et Reynolds, non plus que d’expliquer quel était le rôle de ce dernier au bureau du premier ministre.

[16] Le 1^{er} mars 2004, M. Pelletier attaquait par demande de contrôle judiciaire la validité du décret de destitution.

LA DÉCISION SOUS APPEL

[17] Le juge a décidé que le gouvernement avait le devoir d’agir équitablement envers M. Pelletier. Ce devoir consistait à l’aviser que sa position était en danger et à l’informer des motifs d’insatisfaction à son égard et de lui fournir la possibilité de se faire entendre. Le juge a conclu que le gouvernement avait manqué à ce devoir. Selon lui, M. Pelletier n’a su la précarité de sa situation et les motifs d’insatisfaction que lorsqu’il a pris connaissance du communiqué de presse émis par le gouvernement le 1^{er} mars. Il n’a jamais eu l’opportunité d’y répondre. Le juge a dès lors annulé le décret de destitution et renvoyé l’affaire au gouverneur en conseil pour qu’il la reconsidère.

[18] Le juge a pris note de la concession faite par le procureur général à l’effet que M. Pelletier avait droit à l’équité procédurale. Il s’est ensuite employé à analyser la jurisprudence aux fins de déterminer quel était le contenu de ce devoir d’équité procédurale. Il s’est appuyé tout particulièrement sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, qui l’a mené à la

holding office at pleasure was minimal: the employer must tell the employee the reasons underlying the termination and give the latter an opportunity to be heard.

[19] The application Judge then considered whether, on the facts, this minimal duty of fairness had been satisfied. He found that Mr. Pelletier was not specifically told that disciplinary measures were pending until Mr. Valeri first called him on March 1, 2004. Then he took note of the Attorney General's argument that no express notice was required—it was sufficient that Mr. Pelletier knew or ought to have known that his office was at risk. The application Judge then reviewed each of the authorities relied upon by the Attorney General and distinguished them from the case before him.

[20] The application Judge concluded that nothing in the evidence led to the conclusion that Mr. Pelletier knew that his office was at risk. Counsel for the Attorney General attempted to explain Mr. Côté's failure to put Mr. Pelletier on notice by noting that the Governor in Council was the ultimate decision maker so that, at the time of his telephone conversation with Mr. Pelletier, Mr. Côté did not know what the Governor in Council would decide. This led the application Judge to ask how Mr. Pelletier could or should have known what the future held for him if Mr. Côté himself did not know.

[21] As for the right to be heard, the application Judge found that Mr. Pelletier had not been provided with the opportunity to be heard. The diffuse nature of his conversation with Messrs. Côté and McCutcheon as well as the absence of any comment to the effect that disciplinary measures were pending did not suggest that further explanations were required. The laconic nature of Mr. Valeri's first intervention did not provide any opportunity for any kind of exculpatory narrative since there was no indication as to the nature of the decision under consideration nor of the reasons underlying it. As for Mr. Valeri's second intervention, it was to announce that the decision had been taken so that the time for making representations had passed.

conclusion que le devoir d'équité procédurale dans le cas du congédiement d'une personne nommée à titre amovible était minimal : il suffit que l'employeur donne à l'employé les motifs du congédiement et permette à l'employé de faire valoir son point de vue.

[19] Le juge s'est alors demandé si, dans les circonstances, ces exigences minimales d'équité procédurale avaient été rencontrées. Il a constaté que M. Pelletier n'avait été informé de façon spécifique de la possibilité de mesures disciplinaires qu'au moment de sa première conversation téléphonique avec M. Valeri le 1^{er} mars 2004. Il a ensuite fait état de l'argument du procureur général selon lequel aucun avis exprès n'était requis, qu'il suffisait que M. Pelletier ait su ou ait dû savoir que son poste était en jeu. Il a examiné chacune des décisions invoquées par le procureur général et expliqué ce pourquoi elles ne permettaient pas de décider du cas qui se trouvait devant lui.

[20] Le juge a conclu que rien dans la preuve ne permettait de conclure que M. Pelletier savait que son poste était en jeu. Le représentant du procureur général a tenté d'expliquer le défaut de M. Côté d'aviser M. Pelletier de ce qui l'attendait par le fait que le gouverneur en conseil étant l'ultime décideur, M. Côté ne savait pas, lors de sa conversation téléphonique avec M. Pelletier, ce que déciderait le Cabinet. Ce qui a amené le juge à se demander comment M. Pelletier pouvait ou aurait dû savoir ce que l'avenir lui réservait si M. Côté lui-même ne le savait pas.

[21] En ce qui concerne le droit d'être entendu, le juge a conclu que M. Pelletier ne s'était pas vu offrir d'opportunité de répondre. La teneur trop générale de sa conversation avec MM. Côté et McCutcheon et l'absence de toute indication à l'effet que des mesures disciplinaires étaient envisagées ne lui permettaient pas de penser que des explications additionnelles étaient requises de sa part. Vu le caractère laconique de la première intervention de M. Valeri, M. Pelletier n'avait eu aucune possibilité de s'expliquer, d'autant plus qu'aucune indication ne lui était donnée de la décision à venir non plus que des motifs de ladite décision. Quant à la deuxième intervention de M. Valeri, comme elle se limitait à informer M. Pelletier de la décision prise, M.

[22] In the end result, the application Judge concluded that while Mr. Pelletier was only entitled to the minimum standard of procedural fairness, he was not afforded even that meagre measure of fair play.

[23] Each of the parties raised, at the last minute, an argument which was not contained in their memorandum. The application Judge declined to deal with either of these arguments since, in each case, the opposite party was caught short by the new argument.

[24] Mr. Pelletier argued that since subsection 105(6) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 required the Governor in Council to consult with the Board of Directors of VIA Rail before appointing him to the office of Chairman of the Board, it followed that the Board must also be consulted before he was removed. Since this was not done, he said, his termination was unlawful and of no effect. Having regard to the conclusion to which I have come on the issue of procedural fairness, it is not necessary for me to deal with this argument.

[25] The Attorney General, on the other hand, argued that Mr. Pelletier could not be advised of the reasons for which action was taken or to be taken against him because Mr. Valeri was bound by Cabinet confidentiality. He was therefore not in a position to say more to Mr. Pelletier than he did. I will deal with this argument later in these reasons.

ANALYSIS

The Attorney General's arguments

[26] The Attorney General's attack on the application Judge's decision can be summarized as follows.

[27] The Attorney General's primary argument is that Mr. Pelletier is owed a lesser duty of procedural fairness than that set out in *Knight*, the standard which was accepted by the application Judge. The Attorney General accepts that *Knight* requires him to concede that

Pelletier n'avait de toute évidence plus l'opportunité de se faire entendre.

[22] En bout de ligne, le juge a conclu que même si M. Pelletier n'avait droit qu'à un minimum d'équité procédurale, ce minimum n'avait pas été rencontré en l'espèce.

[23] Chacune des parties a soulevé devant le juge, à la dernière minute, un argument qui n'avait pas été soulevé dans leurs mémoires de faits et de droit. Le juge a refusé d'entendre les parties à cet égard, se disant d'avis que l'une et l'autre avaient été prises de court par ce nouvel argument.

[24] M. Pelletier soutenait que puisque le paragraphe 105(6) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 imposait au gouverneur en conseil l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de procéder à sa nomination à la présidence du conseil, cette obligation était aussi présente au moment de la destitution. Il s'ensuivrait que faute de consultation, la destitution était nulle et de nul effet. Vu la conclusion à laquelle j'en arrive relativement à l'absence d'équité procédurale, il ne m'est pas nécessaire de me prononcer sur cet argument.

[25] Le procureur général, de son côté, soutenait que le principe de la confidentialité des délibérations du Cabinet empêchait M. Valeri d'informer M. Pelletier des motifs pouvant mener ou ayant mené à la décision prise. M. Valeri ne pouvait dès lors dire davantage que ce qu'il a dit. Je traiterai de cet argument plus loin.

ANALYSE

Les arguments du procureur général

[26] Les arguments qu'invoque le procureur général à l'appui de son appel peuvent être résumés comme suit.

[27] L'argument principal du procureur général est à l'effet que le devoir d'équité procédurale envers M. Pelletier est moindre que celui décrit dans *Knight* et reconnu par le juge. Le procureur général reconnaît qu'en raison de *Knight* il n'a d'autre choix que de

Mr. Pelletier is owed a degree of procedural fairness because the power to remove Mr. Pelletier from office is a statutory power: see *Knight*, at page 675. That statutory power is found in the combination of subsection 105(5) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 44, Sch. II, item 14(E)] of the *Financial Administration Act*, and subsection 24(1) of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] both of which are reproduced below.

Financial Administration Act [s. 104.1 (as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 7)]

104.1 In this Division, “officer-director”, in respect of a parent Crown corporation, means the chairperson and the chief executive officer of the corporation, by whatever name called.

...

105. . . .

(5) Each officer-director of a parent Crown corporation shall be appointed by the Governor in Council to hold office during pleasure for such term as the Governor in Council considers appropriate.

Interpretation Act

24. (1) Words authorizing the appointment of a public officer to hold office during pleasure include, in the discretion of the authority in whom the power of appointment is vested, the power to

- (a) terminate the appointment or remove or suspend the public officer;
- (b) re-appoint or reinstate the public officer; and
- (c) appoint another person in the stead of, or to act in the stead of, the public officer.

[28] However, the Attorney General seeks to draw a distinction between Mr. Pelletier’s position and that of other persons holding appointments at pleasure. He says that the removal of Mr. Pelletier from office is a political matter and, as such, is subject to a different regime than those cases which resemble *Knight*. Having regard to the political nature of the process by which Mr. Pelletier was appointed and then removed, the Attorney General argues that the content of the

concéder que M. Pelletier a droit à un certain degré d’équité procédurale puisque le pouvoir de le destituer est un pouvoir statutaire (voir *Knight*, à la page 675). Ce pouvoir statutaire découle de la combinaison des paragraphes 105(5) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 44, ann. II, n° 14(A)] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et 24(1) de la *Loi d’interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21], qui sont reproduits ci-dessous :

Loi sur la gestion des finances publiques [art. 104.1 (mod. par L.C. 2004, ch. 16, art. 7)]

104.1 Dans la présente section, « administrateurs-dirigeants » s’entend du président et du premier dirigeant, indépendamment de leur titre, d’une société d’État mère.

[. . .]

105. [. . .]

(5) Les administrateurs-dirigeants d’une société d’État mère sont nommés à titre amovible par le gouverneur en conseil pour le mandat que celui-ci estime indiqué.

Loi d’interprétation

24. (1) Le pouvoir de nomination d’un fonctionnaire public à titre amovible comporte pour l’autorité qui en est investie les autres pouvoirs suivants :

- a) celui de mettre fin à ses fonctions, de le révoquer ou de le suspendre;
- b) celui de le nommer de nouveau ou de le réintégrer dans ses fonctions;
- c) celui de nommer un remplaçant ou une autre personne chargée d’agir à sa place.

[28] Le procureur général, cependant, suggère d’établir une distinction entre la situation dans laquelle se trouve M. Pelletier et celle dans laquelle se trouvent d’autres personnes aussi nommées à titre amovible. La destitution de M. Pelletier revêt un caractère politique et à ce titre elle devrait être soumise à un régime différent de celui qui s’applique aux cas s’apparentant à ceux visés dans *Knight*. Puisque le processus de nomination, puis de destitution de M. Pelletier est essentiellement de

duty of fairness is much reduced.

[29] Where the government seeks to replace an appointee holding office at pleasure for purely partisan political reasons, the Attorney General, while conceding that while some form of procedural fairness is mandated by the statutory nature of the power being exercised, argues that the content of that duty is even more limited than the duty imposed in *Knight*. On the other hand, where the government seeks to remove an office holder for misconduct, the Attorney General concedes that a higher standard of procedural fairness applies. However, even in those cases, the requirements of procedural fairness are tempered by constraints such as the fact that the government (i.e. Cabinet) generally acts through senior civil servants who may not know what the government proposes to do after it deliberates and who are bound by Cabinet confidentiality if they do know.

[30] These considerations led the Attorney General to argue that Mr. Pelletier was owed a duty of procedural fairness falling below that identified in *Knight*, specifically, that there was no need for an express notice of the grounds for the government's dissatisfaction. In support of this position, the Attorney General relied upon selected passages from the decision of the Supreme Court in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249 and a decision of the High Court of Australia, *The State of South Australia v. O'Shea* (1987), 163 C.L.R. 378 (H.C.). It is sufficient, says the Attorney General, that the person knows or ought to know, by virtue of all of the surrounding circumstances, that their appointment is at risk.

[31] The Attorney General says the application Judge made three mistakes in deciding the matter as he did. The first is that he erred in his assessment of the evidence of the telephone conversation between Messrs. Côté and McCutcheon and Mr. Pelletier. Given Mr. Pelletier's sophisticated understanding of the inner workings of government, and the circumstances surrounding the call itself, the application Judge ought

nature politique, le degré d'équité procédurale devrait être considérablement réduit.

[29] Lorsqu'un gouvernement cherche à remplacer, pour des motifs politiques purement partisans, une personne nommée à titre amovible, le procureur général soutient, tout en concédant qu'un certain degré d'équité procédurale s'impose vu le caractère statutaire du pouvoir exercé, que le degré requis d'équité procédurale devrait être moindre que celui, déjà pas très élevé, établi dans *Knight*. Par contre, lorsque le gouvernement cherche à remplacer une personne nommée à titre amovible pour cause d'inconduite, le procureur général reconnaît qu'un degré plus élevé d'équité procédurale est exigé. Même dans ce cas, le contenu du devoir d'équité procédurale doit être revu à la baisse en raison des contraintes telles le fait que le gouvernement, c'est-à-dire le Cabinet, agit généralement par le biais de fonctionnaires supérieurs qui peuvent ne pas savoir ce que le Cabinet décidera après ses délibérations et qui, s'ils le savent, sont liés par le principe de la confidentialité.

[30] Ces considérations amènent le procureur général à plaider que le degré d'équité procédurale inférieur à celui décrit dans *Knight* auquel M. Pelletier a droit, n'exige pas qu'un avis explicite des motifs d'insatisfaction du gouvernement soit donné. Le procureur général invoque à l'appui de cette position des extraits choisis de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249 ainsi qu'une décision de la Haute Cour d'Australie, *The State of South Australia v. O'Shea* (1987), 163 C.L.R. 378 (H.C.). Le devoir d'équité procédurale serait rencontré, aux dires du procureur général, pour peu que la personne, à la lumière de toutes les circonstances, sache ou doive savoir que sa nomination est en péril.

[31] Le procureur général prétend que le juge a commis trois erreurs en rendant sa décision. Il aurait d'abord erré dans son appréciation de la preuve relative à la conversation qui s'est tenue entre M. Pelletier et MM. Côté et McCutcheon. Compte tenu de la compréhension sophistiquée qu'avait M. Pelletier des rouages internes du gouvernement et des circonstances entourant la conversation elle-même, le juge aurait dû

to have found that Mr. Pelletier either knew, or ought to have known, at the time of his conversation with Messrs. Côté and McCutcheon that his office was at risk. Had the application Judge drawn the proper conclusion as to Mr. Pelletier's state of mind and, had he given effect to the fact that Mr. Pelletier was asked if he had anything else to say, the application Judge would have concluded that Mr. Pelletier was aware of the reasons for the government's dissatisfaction with him and was given an opportunity to be heard.

[32] The Attorney General's second argument is that the application Judge erred when he held that it was not appropriate for him to speculate as to Mr. Pelletier's state of mind. Given the nature of the argument made by the Attorney General, the application Judge was bound to decide whether Mr. Pelletier knew or ought to have known that his position was at risk. By failing to do so, the application Judge essentially failed to exercise his jurisdiction.

[33] The Attorney General's third argument bears on the standard of proof. He alleges that the application Judge reversed the onus of proof by requiring the Attorney General to show that Mr. Pelletier did not know or was not confused as to the precariousness of his position in the period following the publication of the Cardinal article. The Attorney General argues that it was for Mr. Pelletier to make the case that he was confused or uncertain since he is better placed to comment on his state of mind than is the Attorney General.

Analysis of the Attorney General's arguments

[34] As a preliminary matter, it is important to remember that the issue in this case is not whether the government was entitled to put an end to Mr. Pelletier's appointment. Mr. Pelletier held his office at pleasure; the government was entitled to remove him at any time for any reason. The duty of procedural fairness, whatever its content, deals only with the process by which the government exercises its right to terminate his appointment and not with the substance of the decision itself. The right to be given reasons and the right to be heard do not create, by implication or otherwise, a right to be removed from office only for reasons which meet some standard of rationality:

conclure que M. Pelletier savait ou aurait à tout le moins dû savoir, au moment de cette conversation, que son poste était en péril. Si le juge en était arrivé à la bonne conclusion relativement à l'état d'esprit de M. Pelletier et s'il avait tenu compte du fait qu'on avait demandé à M. Pelletier s'il avait quelque chose d'autre à dire, le juge aurait conclu que M. Pelletier était au courant des motifs d'insatisfaction du gouvernement et avait eu l'opportunité de se faire entendre.

[32] La seconde erreur qu'allègue le procureur général est la suivante. Le juge aurait erré en décidant qu'il ne lui appartenait pas de spéculer quant à l'état d'esprit de M. Pelletier. Vu la nature des prétentions du procureur général, le juge se devait de décider si M. Pelletier savait ou devait savoir que sa fonction était en péril. En ne le décidant pas, le juge aurait fondamentalement fait défaut d'exercer sa compétence.

[33] La troisième erreur a trait au fardeau de preuve. Le juge aurait renversé le fardeau de la preuve en exigeant du procureur général que ce dernier démontre que M. Pelletier ignorait la précarité de son poste ou était dans l'incertitude à cet égard au cours de la période qui a suivi la publication de l'article de M. Cardinal. Selon le procureur général, il appartenait à M. Pelletier, dans son affidavit, de faire état de l'ignorance ou de l'incertitude dans laquelle il se trouvait, puisqu'il était la personne la mieux placée pour en témoigner.

Analyse des arguments du procureur général

[34] En guise de remarque préliminaire, il importe de se rappeler que le débat, ici, n'est pas de déterminer si le gouvernement avait le droit de mettre un terme à la nomination de M. Pelletier. Ce dernier occupait ses fonctions à titre amovible. Le gouvernement avait dès lors le droit de révoquer sa nomination en tout temps et pour quelque raison que ce soit. Le devoir d'équité procédurale, quel qu'en soit le contenu, s'applique strictement au processus par lequel le gouvernement exerce son pouvoir de destitution; il n'est d'aucune pertinence en ce qui a trait à la substance de la décision elle-même. Le droit d'être informé et le droit d'être entendu n'emportent pas, par déduction ou autrement, le

see *Knight*, at pages 674-675:

The justification for granting to the holder of an office at pleasure the right to procedural fairness is that, whether or not just cause is necessary to terminate the employment, fairness dictates that the administrative body making the decision be cognizant of all relevant circumstances surrounding the employment and its termination (*Nicholson*, *supra*, at p. 328, *per* Laskin C.J.). One person capable of providing the administrative body with important insights into the situation is the office holder himself. As pointed out by Lord Reid in *Malloch v. Aberdeen Corp.*, *supra*, at p. 1282: “The right of a man to be heard in his own defense is the most elementary protection of all” To grant such a right to the holder of an office at pleasure would not import into the termination decision the necessity to show just cause, but would only require the administrative body to give the office holder reasons for the dismissal and an opportunity to be heard.

...

The argument to the effect that, since the employer can dismiss his employee for unreasonable or capricious reasons, the giving of an opportunity to participate in the decision-making would be meaningless, is unconvincing. In both the situation of an office held at pleasure and an office from which one can be dismissed only for cause, one of the purposes of the imposition on the administrative body of a duty to act fairly is the same, i.e., enabling the employee to try to change the employer’s mind about the dismissal. The value of such an opportunity should not be dependant on the grounds triggering the dismissal.

[35] To the extent that the Attorney General’s position is that a decision to revoke an appointment of one who serves at pleasure for misconduct is subject to a higher standard of procedural fairness than a purely political decision, the facts of this case call for the higher standard since the revocation of Mr. Pelletier’s appointment was clearly based upon an allegation of misconduct. The government’s press release leaves no doubt on that score.

[36] The question then becomes the content of that higher standard of procedural fairness. The Supreme

droit d’être destitué seulement pour des motifs qui rencontrent une norme de rationalité (voir *Knight*, aux pages 674 et 675) :

Si le droit à l’équité procédurale est accordé au titulaire d’une charge selon bon plaisir, cela se justifie par le fait que, peu importe qu’un motif valable de congédiement soit nécessaire ou non, l’équité exige que l’organisme administratif qui prend la décision soit au courant de toutes les circonstances pertinentes de l’emploi et de sa cessation (*Nicholson*, précité, à la p. 328, le juge en chef Laskin). La personne qui est en mesure de fournir à l’organisme administratif d’importants éclaircissements sur la situation est le titulaire de la charge lui-même. Ainsi que le fait observer lord Reid dans l’arrêt *Malloch v. Aberdeen Corp.*, précité, à la p. 1282 : [TRADUCTION] « Le droit d’un homme de pouvoir se défendre est la protection la plus élémentaire qui soit . . . » Accorder ce droit au titulaire d’une charge selon bon plaisir ne reviendrait pas à assujettir la décision de le congédier à l’obligation d’établir un motif valable; ce serait simplement exiger que l’organisme administratif donne au titulaire de la charge les raisons de son renvoi et lui permette de se faire entendre.

[. . .]

L’argument que, puisque l’employeur peut congédier son employé pour des motifs déraisonnables ou arbitraires, il ne sert à rien de lui donner la possibilité de participer à la prise de la décision, n’est guère convaincant. Dans le cas d’une charge occupée selon bon plaisir comme dans celui d’une charge dont on ne peut être renvoyé que pour un motif valable, l’un des buts de l’obligation d’agir équitablement imposée à l’organisme administratif est le même, savoir de permettre à l’employé de tenter d’amener l’employeur à changer d’avis au sujet du congédiement. La valeur d’une telle possibilité ne devrait pas dépendre des raisons du renvoi.

[35] Dans la mesure où la position du procureur général est à l’effet que la décision de révoquer pour cause d’inconduite la nomination d’une personne nommée à titre amovible entraîne l’application d’un degré plus élevé d’équité procédurale que la décision prise pour des motifs purement politiques, les circonstances de ce dossier invitent l’application de la norme plus élevée puisque M. Pelletier a clairement été destitué pour cause d’inconduite. Le communiqué de presse du gouvernement ne laisse subsister aucun doute à cet égard.

[36] Dès lors, la question qui se pose est celle du contenu de ce degré plus élevé d’équité procédurale. La

Court's decision in *Knight* established, and its subsequent decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 confirmed, that the duty of fairness is variable according to the circumstances.

[37] The Attorney General argues that, given the political nature of Mr. Pelletier's appointment the duty of fairness was satisfied if, as the Attorney General alleges, he knew or ought to have known that his office was at risk and why.

[38] With respect, the argument is one of form over substance in that the purpose of express notice is to ensure that those at risk are aware of the jeopardy they face and the reasons for that jeopardy. Nothing in *Knight* would support the conclusion that a person who was fully aware of the risk of removal and of the grounds of disapproval could nonetheless establish a violation of procedural fairness from the mere fact that formal express notice had not been given.

[39] It is one thing to say that the duty of fairness to a person in the position of Mr. Pelletier is satisfied when that person knows, even in the absence of express notice, on the basis of the surrounding circumstances, that his or her office is at risk and the reasons for which it is. It is quite another thing to say that the duty of procedural fairness to that person is satisfied when, absent express notice, they ought to know, on the basis of the surrounding circumstances, that his or her appointment is at risk and the reasons why. The difference lies in the fact that the person with actual knowledge is in a position to make appropriate representations to the decision maker. The person who has only constructive knowledge, i.e. the person who ought to know, is not in a position to be heard because that person has no present knowledge that he or she is at risk or why, even if, objectively, they ought to know. One can hardly impose on a person, in the name of procedural fairness, the obligation to anticipate trouble and to mount a defence before being attacked. Procedural fairness requires actual knowledge of the pending threat and of the reasons for it; constructive

Cour suprême du Canada a établi, dans *Knight*, et rappelé, dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, que le contenu du devoir d'équité procédurale varie selon les circonstances.

[37] Le procureur général soutient, vu le caractère politique de la nomination de M. Pelletier, qu'il suffit pour que soit respectée l'équité procédurale, que la personne sache ou doive savoir que son emploi est en jeu et pourquoi.

[38] L'argument du procureur général, cela dit avec égards, en est un de forme plutôt que de substance, en ce que le but recherché par l'imposition de l'obligation de donner un avis explicite est de s'assurer que la personne en danger soit au courant du risque qu'elle court et des motifs pour lesquels elle court ce risque. Rien de ce qui a été dit dans *Knight* ne justifierait la conclusion selon laquelle une personne parfaitement au courant du risque d'une destitution ou des motifs d'insatisfaction pourrait se plaindre d'un manquement au devoir d'équité procédurale du seul fait qu'aucun avis explicite ne lui ait été donné.

[39] C'est une chose que de dire que le devoir d'équité procédurale envers une personne dans la situation de M. Pelletier est rencontré lorsque cette personne sait, en raison des circonstances environnantes et nonobstant l'absence d'un avis explicite, que sa position est en danger et ce pourquoi elle l'est. C'est une toute autre chose que de dire que le devoir d'équité procédurale est rencontré envers cette personne lorsque, en l'absence d'un avis explicite, elle devrait savoir, à la lumière des circonstances environnantes, que sa position est en danger et ce pourquoi elle l'est. La distinction vient du fait que la personne qui a la connaissance acquise est en mesure de faire des représentations appropriées auprès du décideur, tandis que la personne qui se voit imputer la connaissance n'est pas en mesure de faire des représentations parce qu'elle ne sait pas vraiment qu'elle est en danger ni pourquoi elle l'est, et ce quand bien même, sur une base objective, elle devrait le savoir. On imagine mal imposer à une personne l'obligation d'aller au devant des coups et de chercher à se défendre avant même d'être attaquée. L'équité procédurale requiert, non pas une connaissance par

knowledge will not do. Consequently, the issue in this case is whether Mr. Pelletier actually knew, notwithstanding the absence of express notice, that his position was at risk and why it was at risk.

[40] The Attorney General attempted to bolster his argument by arguing that express notice was not only not required but not possible because of the constraints under which the power to remove Mr. Pelletier from office was exercised. He argued that Messrs. Côté and McCutcheon could not provide Mr. Pelletier with more information than they did because they were bound by Cabinet confidentiality, as was Mr. Valeri. This argument is spurious. Cabinet confidentiality did not prevent the issuance of a press release in which the government justified its removal of Mr. Pelletier from office. If it was appropriate to make such an announcement to the public at large after terminating Mr. Pelletier's appointment, it was surely appropriate to raise the matter squarely with Mr. Pelletier prior to doing so.

[41] It does not assist the Attorney General that he chose not to file affidavits from Mr. Côté, Mr. Himelfarb, Mr. Valeri or Mr. Reynolds. If the constraints alleged by the Attorney General were truly a factor in the conduct of these gentlemen, then it was easy enough to have them say so under oath. Argument and speculation are no substitute for evidence.

[42] This leads to the next issue which is the application Judge's purported failure to speculate as to Mr. Pelletier's state of mind. The Attorney General says that the question of Mr. Pelletier's knowledge of the situation is the key issue in the litigation and that the application Judge was bound to decide it. It is obvious that the application Judge did decide this question, in that he concluded that Mr. Pelletier did not know of the reasons for his removal until after the fact: see paragraph 94 of his reasons. The issue is not so much what he decided but how he decided it. The Judge's comment that he should limit himself to the facts and not speculate as to Mr. Pelletier's state of mind suggests to the Attorney General that the application Judge simply

déduction, mais une connaissance actuelle de la menace qui pèse et des raisons qui la sous-tendent. En conséquence, la question en l'espèce est de déterminer si M. Pelletier savait, en l'absence d'un avis explicite, que sa position était en danger et ce pourquoi elle l'était.

[40] Le procureur général a tenté de renforcer son argument en plaidant que non seulement un avis explicite n'était pas nécessaire, mais qu'un tel avis n'était de surcroît pas possible en raison des contraintes dans lesquelles le pouvoir de destituer M. Pelletier était exercé. Il soutient que ni M. Côté, ni M. McCutcheon, ni M. Valeri ne pouvaient en dire davantage parce qu'ils étaient liés par le secret des délibérations du Cabinet. Cet argument est spécieux. Le principe de confidentialité n'a pas empêché la publication d'un communiqué de presse dans lequel le gouvernement a justifié la destitution de M. Pelletier. S'il était approprié de rendre ainsi publics les motifs de destitution de M. Pelletier après le fait, il est difficile de prétendre qu'il eût été inapproprié d'en informer auparavant M. Pelletier.

[41] Le fait que le procureur général ait choisi de ne pas déposer d'affidavits émanant de MM. Côté, Himelfarb, Valeri ou Reynolds n'aide pas sa cause. Si les contraintes de confidentialité que plaide le procureur général ont joué un rôle dans la conduite de ces personnes, il leur eût été facile de l'affirmer sous serment. Argumentation et spéculation ne sauraient combler les lacunes de la preuve.

[42] Ce qui m'amène à cette autre erreur qu'aurait commise le juge, soit son défaut d'en arriver à une conclusion relativement à l'état d'esprit de M. Pelletier. Le procureur général nous dit que la question de la connaissance qu'avait M. Pelletier de la situation est la question déterminante et que le juge se devait de la trancher. Il est évident que le juge l'a tranchée, puisqu'il a conclu que M. Pelletier n'a connu les raisons de sa destitution qu'une fois le fait accompli : voir le paragraphe 94 de ses motifs. Le débat porte moins sur ce que le juge a décidé que sur la façon dont il s'y est pris. Le commentaire du juge à l'effet qu'il se limiterait à la preuve et qu'il ne spéculerait pas quant à l'état d'esprit de M. Pelletier a induit le procureur général à croire que

refused to consider the evidence which would have established Mr. Pelletier's state of mind.

[43] Mr. Pelletier was well aware of the government's first area of concern—the sponsorship scandal. He had, however, received Mr. Himelfarb's written assurance on February 26, 2004 that the government had announced no measures to be taken with respect to his situation, in spite of a *National Post* story about rumours to that effect. These assurances may have comforted Mr. Pelletier somewhat prior to the appearance of the Cardinal article. After its publication, the issue was a live one once more.

[44] As for the government's second area of concern—Mr. Pelletier's comments with respect to Ms. Bédard—the application Judge's review of the evidence led him to conclude that Mr. Pelletier was never told that this incident put his appointment at risk. Whether Mr. Pelletier knew or should have known that something was afoot is not the test; the question is whether Mr. Pelletier knew that his removal was under active consideration. The Judge inferred from the evidence that Mr. Pelletier was not aware that he was at risk of removal and the reasons why he was at such risk.

[45] Given that Mr. Pelletier swore in his affidavit that he first learned of the reasons for his removal from office when he read the government's press release, it is significant that the Attorney General chose not to cross-examine him on his affidavit. The Attorney General had the means to test his theory that Mr. Pelletier knew that his office was at risk prior to its revocation, but in doing so he ran the risk that Mr. Pelletier's evidence would not support his theory. Having declined to run that risk, the Attorney General cannot credibly ask the application Judge to draw a conclusion which he himself was not sure Mr. Pelletier's evidence would support.

[46] The Attorney General's argument that the application Judge declined to inquire into Mr. Pelletier's state of mind does not stand up to examination. The Judge drew the inference that Mr. Pelletier was not

le juge avait tout simplement refusé de considérer la preuve qui établirait cet état d'esprit.

[43] Le premier sujet d'inquiétude du gouvernement —le scandale des commandites—tait bien connu de M. Pelletier. Il avait toutefois reçu à cet égard l'assurance écrite de M. Himelfarb, le 26 février 2004, qu'aucune mesure le concernant n'avait été annoncée par le gouvernement en dépit d'une rumeur en ce sens véhiculée par le *National Post*. L'assurance donnée par M. Himelfarb a pu reconforter M. Pelletier avant que ne soit publié l'article de M. Cardinal. Après cette publication, cependant, ce sujet d'inquiétude reprenait vie.

[44] Quant au second sujet d'inquiétude du gouvernement—les propos de M. Pelletier rapportés dans l'article de *La Presse* — l'examen de la preuve a mené le juge à conclure qu'en aucun moment M. Pelletier n'avait été informé que ce sujet d'inquiétude mettait sa position en péril. Que M. Pelletier ait pu ou dû se douter que quelque chose se tramait contre lui n'importe pas en l'espèce; ce qui importe, c'est la connaissance qu'avait M. Pelletier que la mesure de destitution était envisagée et du pourquoi de cette mesure. Le juge a tiré de la preuve l'inférence que M. Pelletier n'avait pas cette connaissance.

[45] Considérant que M. Pelletier a juré dans son affidavit qu'il n'a connu les raisons de sa destitution qu'en prenant connaissance du communiqué de presse émis par le gouvernement, il est significatif que le procureur général n'ait pas jugé bon de le contre-interroger. Le procureur général avait la possibilité de mettre à l'épreuve sa théorie voulant que M. Pelletier ait su avant sa destitution que son poste était en danger, mais il courait la chance, ce faisant, que le témoignage de M. Pelletier détruise sa théorie. Le procureur général n'ayant point voulu prendre de chance, il est assez mal placé pour demander au juge de tirer une conclusion que le procureur général lui-même n'était pas certain de confirmer en contre-interrogeant M. Pelletier.

[46] L'argument du procureur général selon lequel le juge ne se serait pas prononcé sur l'état d'esprit de M. Pelletier ne saurait donc tenir. Le juge a effectivement tiré l'inférence que M. Pelletier ne savait pas ce qui

aware of the risk he faced. As pointed out by the Supreme Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 23, inferences of fact drawn by a judge of first instance are entitled to the same deference as conclusions of fact:

We reiterate that it is not the role of appellate courts to second-guess the weight to be assigned to the various items of evidence. If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion. The appellate court is not free to interfere with a factual conclusion that it disagrees with where such disagreement stems from a difference of opinion over the weight to be assigned to the underlying facts. As we discuss below, it is our respectful view that our colleague's finding that the trial judge erred by imputing knowledge of the hazard to the municipality in this case is an example of this type of impermissible interference with the factual inference drawn by the trial judge. [Underlining in original.]

[47] The Attorney General's third argument, dealing with the shifting of the onus of proof is also doomed to failure. By choosing to argue that Mr. Pelletier either knew or ought to have known that his appointment was at risk, the Attorney General assumed the burden of proving the facts which would support his argument. The Attorney General's evidence did not persuade the application Judge that he should draw the conclusion which he was asked to draw. The only burden of proof which the Attorney General had to discharge was the one which he assumed.

[48] Finally, given the issues related to the question of notice, little attention was devoted to the issue of the opportunity to be heard. The Attorney General attempted to argue that Mr. Pelletier could have exercised his right to be heard by speaking either to Messrs. Côté and McCutcheon, or Mr. Valeri, but it is clear that without notice of the jeopardy to which he was exposed, there was nothing for Mr. Pelletier to say.

l'attendait. Or, les inférences faites par un juge de première instance invitent à la même déférence de la part d'une cour d'appel que ses conclusions de fait, ainsi que l'a souligné la Cour suprême du Canada dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 23 :

Nous rappelons qu'il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. Si aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle. La cour d'appel n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion. Comme nous le verrons plus loin, nous estimons en toute déférence que constitue un exemple de ce genre d'intervention inadmissible à l'égard d'une inférence de fait la conclusion de notre collègue selon laquelle la juge de première instance a commis une erreur en prêtant à la municipalité la connaissance du danger dans la présente affaire. [Soulignement dans l'original.]

[47] Le troisième argument du procureur général, relatif au renversement du fardeau de la preuve, est voué à l'échec. En choisissant de plaider que M. Pelletier savait ou aurait dû savoir que sa nomination était en danger, le procureur général assumait le fardeau de faire la preuve des faits qui supportaient son argument. La preuve présentée n'a pas convaincu le juge qu'il devrait en arriver à la conclusion que lui proposait le procureur général. Le seul fardeau de preuve qui incombait au procureur général était celui qu'il s'était lui-même imposé.

[48] Finalement, en raison de l'importance qu'a prise la question de l'avis explicite des motifs de destitution, la question de l'opportunité de se faire entendre est presque passée inaperçue. Le procureur général a beau plaider que M. Pelletier aurait pu exercer son droit d'être entendu lors des conversations qu'il a eues avec MM. Côté et McCutcheon ou avec M. Valeri, le fait est qu'à défaut d'avoir été informé de la menace qui pesait sur lui, il n'y avait rien qu'il aurait pu leur dire à cet égard.

CONCLUSION

[49] In light of the above, I conclude that where the government, in the exercise of its statutory power to terminate the appointment of persons named to office at pleasure, proposes to act on the basis of a person's misconduct, the duty of procedural fairness requires that, where that person does not know that his or her position is in jeopardy by reason of that misconduct, the person be informed of the possibility of removal and of the reasons for that removal, and be given the opportunity to be heard. I have deliberately refrained from speaking of "disciplinary reasons" because it seems to me to be inappropriate to import into the context of the removal, by the executive branch of government, of persons holding office at pleasure, notions which are generally associated with wrongful dismissal in the context of an employer/employee relationship.

[50] In the circumstances, I would dismiss the appeal with costs to the respondent. Mr. Pelletier asked that he be awarded costs on a solicitor-and-client basis. Costs are not generally awarded on that basis unless "there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties" (*Baker*, paragraph 77). No such conduct having been shown in this case, costs will be awarded on a party-and-party basis and will be assessed in column III of Tariff B [as am. by SOR/2004-283, ss. 30, 31, 32] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)].

DÉCARY J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

CONCLUSION

[49] J'en arrive ainsi à la conclusion que lorsque le gouvernement, dans l'exercice de son pouvoir statutaire de destituer une personne nommée à titre amovible, envisage la possibilité de la destituer pour cause d'inconduite, le devoir d'équité procédurale exige, lorsque cette personne ne sait pas que son poste est en jeu en raison de cette inconduite, qu'elle soit informée de la possibilité d'une destitution et des motifs d'inconduite qui lui sont reprochés et qu'elle se voit offrir l'opportunité de se faire entendre. J'évite à dessin les mots « mesures disciplinaires », car je ne crois pas qu'il soit opportun, dans le contexte de la destitution par la branche exécutive du gouvernement d'une personne nommée à titre amovible, d'importer des concepts généralement associés à un congédiement injuste en droit du travail.

[50] Je rejetterais l'appel et j'accorderais les dépens à l'intimé. Ce dernier a demandé que ces dépens soient adjugés en sa faveur comme entre procureur et client. Semblables dépens ne sont généralement accordés « que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties » (*Baker*, au paragraphe 77). Aucune telle conduite n'ayant été démontrée en l'espèce, les dépens seront adjugés sur la base partie-partie et taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B [mod. par DORS/2004-283, art. 30, 31, 32] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)].

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

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

A-285-05
2006 FCA 398

A-285-05
2006 CAF 398

Uniboard Surfaces Inc. (Applicant)

Uniboard Surfaces Inc. (demanderesse)

v.

c.

Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG, Stevens-Dufour Inc., Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Quality Craft Ltd., Quickstyle Industries Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronospan Luxembourg S.A., Unilin Flooring NV, Torlys Inc., Government of the People's Republic of China, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd, Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd, Shaw Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à Bas Prix, Kronopol Ltd, Lamwood Products (1990) Limited, Akzenta Paneel and Profile GmbH or the Classen Group of Companies, Yekalon Industry, Inc., and Espace Production International (Epi), S.A. (Respondents)

Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG, Stevens-Dufour Inc., Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Quality Craft Ltd., Quickstyle Industries Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronospan Luxembourg S.A., Unilin Flooring NV, Torlys Inc., Gouvernement de la République populaire de Chine, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd, Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd, Shaw Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à Bas Prix, Kronopol Ltd, Lamwood Products (1990) Limited, Akzenta Paneel et Profile GmbH ou Classen Group of Companies, Yekalon Industry, Inc., et Espace Production International (Epi), S.A. (défendeurs)

and

et

Attorney General of Canada (Intervener)

Procureur général du Canada (intervenant)

INDEXED AS: UNIBOARD SURFACES INC. v. KRONOTEX FUSSBODEN GMBH AND Co. KG (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : UNIBOARD SURFACES INC. c. KRONOTEX FUSSBODEN GMBH ET Co. KG (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Noël and Nadon J.J.A.—Ottawa, November 22 and December 7, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Noël et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 22 novembre et 7 décembre 2006.

Foreign Trade — Judicial review of decision by President of Canada Border Services Agency under Special Import Measures Act to terminate dumping investigation against four European countries as margin of dumping insignificant — Procedural rights afforded by Act at extreme bottom of procedural fairness scale — Here, dealing essentially with paper investigation — Flaws in Agency's procedural rules inconsequential in context of whole investigation — Requirements of duty of procedural fairness not breached — President not erring in law in refusing to disclose verification reports — Evidence applicant seeking in fact oral testimony not contemplated by Parliament, Agency's rules — President also not erring re: calculation of related party transaction prices, margin of dumping — Application dismissed.

Commerce extérieur — Contrôle judiciaire de la décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada en vertu de la Loi sur les mesures spéciales d'importation de clore l'enquête sur le dumping portant sur quatre pays européens en raison des marges de dumping négligeables — Les droits de nature procédurale reconnus par la Loi se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en matière d'équité procédurale — En l'espèce, l'enquête était essentiellement une mesure administrative — La façon dont les règles de procédure établies par l'Agence ont été appliquées comportait des lacunes sans conséquence sur l'ensemble de l'enquête — Il n'y a pas eu manquement aux exigences de l'obligation d'équité procédurale — Le président n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a refusé de divulguer les rapports de vérification — Les éléments de preuve auxquels la demanderesse n'avait pas accès étaient en fait des

témoignages — Ni le législateur ni les règles de l'Agence ne prévoient de témoignages — Le président n'a pas non plus commis d'erreur de calcul relativement au prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés et à la marge de dumping — Demande rejetée.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — President of Canada Border Services Agency terminating dumping investigation under Special Import Measures Act on basis margin of dumping insignificant — Principles, case law pertaining to procedural fairness reviewed to determine level of procedural fairness required, whether prejudice factor coming into play — Not all breaches of procedural fairness vitiating decision — Court may deny relief on basis breach inconsequential, trivial, technical — Mistake to routinely attempt to apply to given process each of factors set out in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Important economic consequences of President's decision for those concerned neutralized by other factors: type of investigation, statutory scheme, Agency's procedural choices — Participatory rights afforded by Act at bottom of scale in light of magnitude of these types of investigation — Flaws in application of Agency's procedural rules inconsequential in context of whole investigation — Applicant had full opportunity to be heard — Procedural fairness not breached.

Construction of Statutes — Special Import Measures Act, ss. 30.2(1), 78, 82, 84 — Dumping, subsidization investigation by Canada Border Services Agency under Act terminated against four European countries on basis margin of dumping insignificant — Agency President not erring in law in refusing to disclose verification reports — Applicant seeking access to information provided orally, summary, description, analysis, interpretation of that evidence — Not “information” “provided to President” within meaning of ss. 78, 82, 83 — Oral testimony not contemplated by Parliament, Agency's rules — Reasonable for President to interpret Act, s. 30.2(1) as allowing Agency take into consideration all export sale prices, including those revealing no dumping in calculation of margin of dumping.

This was an application for judicial review of the President of the Canada Border Services Agency's tripartite final

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Le président de l'Agence des services frontaliers du Canada a clos l'enquête sur le dumping en application de la Loi sur les mesures spéciales d'importation en raison des marges de dumping négligeables — Les principes d'équité procédurale et la jurisprudence en la matière ont été passés en revue dans le but de déterminer quelle était l'étendue de l'obligation d'équité procédurale et si le préjudice était un facteur qui entraînait en jeu — Les manquements à l'équité procédurale n'entraînent pas tous la nullité de la décision — La Cour peut refuser d'accorder la réparation demandée si elle estime que le manquement ne tire pas à conséquence, est sans importance ou est purement formel — Ce serait une erreur de chercher systématiquement à appliquer à un processus donné chacun des facteurs énoncés dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — Les importantes conséquences économiques de la décision du président pour les personnes visées ont été neutralisées par d'autres facteurs : le type d'enquête, la nature du régime législatif et les choix de l'Agence en matière de procédure — Les droits de participation reconnus par la Loi se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en raison de l'envergure de ces types d'enquêtes — La façon dont les règles de procédure établies par l'Agence ont été appliquées comportait des lacunes sans conséquence sur l'ensemble de l'enquête — La demanderesse a eu toute possibilité de se faire entendre — Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale.

Interprétation des lois — Art. 30.2(1), 78, 82, 84 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation — Il a été mis fin à l'enquête sur le dumping et le subventionnement portant sur quatre pays européens qui était menée par l'Agence des services frontaliers du Canada en application de la Loi en raison des marges de dumping négligeables — Le président de l'Agence n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a refusé de divulguer les rapports de vérification — La demanderesse voulait avoir accès aux renseignements communiqués de vive voix ainsi qu'au résumé, à la description, à l'analyse ou à l'interprétation de cette preuve — Il ne s'agissait pas de « renseignements » « fournis au président » au sens des art. 78, 82, 83 — Ni le législateur ni les règles de l'Agence ne prévoient de témoignages — Il était raisonnable pour le président d'interpréter l'art. 30.2(1) de la Loi de manière à permettre à l'Agence de tenir compte des ventes à l'exportation, et notamment celles qui ne révélaient pas de dumping, dans le calcul des marges de dumping.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision tripartite définitive rendue par le président de

determination made pursuant to paragraphs 41(1)(a) and 41(1)(b) of the *Special Import Measures Act* (SIMA or the Act). The applicant had launched a complaint of dumping and subsidization with the Agency. An investigation ensued and the President rendered his decision. Among his determinations, he held that the dumping investigation against four European countries was to be terminated as the margin of dumping was insignificant. The applicant sought relief against that determination on the basis of procedural fairness and alleged legal issues.

Held, the application should be dismissed.

The place procedural fairness occupies in SIMA investigations on the wide spectrum defined by the case law had to be determined, as did the question of whether prejudice is a factor that comes into play when deciding procedural fairness cases. *Cardinal v. Director of Kent Institution* does not stand for the proposition that any breach of any requirement of the duty of procedural fairness renders a decision invalid. A review of the case law supported the proposition that in a given context, even though a breach of the duty of procedural fairness or of a statutory requirement has occurred, a court may hold the ultimate view that because of the inconsequential, trivial or mere technical nature of the breach, the relief sought should not be granted. With respect to the five factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* for determining the level of procedural fairness required, it would be a mistake to routinely attempt to apply to a given process each of these factors. It is necessary to examine how the decision in issue actually affects the persons concerned. Although the decision in the present instance had important economic consequences that militated in favour of some participatory rights, this factor was to a large extent neutralized by three other factors: the type of investigation at issue, the statutory scheme and the procedural choices of the Agency. The investigation is essentially a paper investigation that is as distant as can possibly be from the judicial decision-making model and very much remote from the process typically associated with administrative tribunals. The participatory rights afforded by the Act are at the extreme bottom of the procedural fairness scale. In light of the magnitude of such investigations, there can be no legitimate expectation of a higher threshold. There were flaws in the application of the procedural rules set out by the Agency, but they were inherent to the process and inconsequential in the context of the whole investigation. They constituted at best a breach of some of the procedural rules and in no way breached the requirements of the duty of procedural fairness owed to the applicant. The applicant participated in all the phases of the investigation, and its views were sought throughout. The applicant thus had a full opportunity to be heard. The hearing

l'Agence des services frontaliers du Canada (l'Agence) en vertu des alinéas 41(1)a) et 41(1)b) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (LMSI ou la Loi). La demanderesse avait saisi l'Agence d'une plainte de dumping et de subventionnement. Il s'en est suivi une enquête au terme de laquelle le président a rendu sa décision. Il a notamment conclu qu'il y avait lieu de clore l'enquête sur le dumping portant sur quatre pays européens parce que les marges de dumping étaient négligeables. La demanderesse a contesté cette décision, invoquant des principes d'équité procédurale et présumées questions juridiques à l'appui de sa demande de réparation.

Arrêt : la demande doit être rejetée.

Il fallait délimiter la place que l'équité procédurale occupe sur le large spectre défini par la jurisprudence en ce qui concerne les enquêtes menées sous le régime de la LMSI et répondre à la question de savoir si le préjudice est un facteur qui entre en jeu lorsqu'on statue dans une affaire portant sur l'équité procédurale. L'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* ne doit pas être interprété de manière à consacrer le principe que tout manquement à l'une quelconque des exigences de l'obligation d'équité procédurale rend la décision invalide. Il ressort d'un examen de la jurisprudence que, dans un contexte donné, même s'il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale ou à une exigence de la loi, le tribunal peut quand même décider de refuser d'accorder la réparation demandée s'il estime que ce manquement ne tire pas à conséquence, est sans importance ou est purement formel. S'agissant des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* pour déterminer l'étendue de l'obligation d'équité procédurale, ce serait une erreur que de chercher systématiquement à appliquer chacun de ces facteurs à un processus donné. Il est nécessaire de se demander quelles incidences concrètes les décisions ont sur les personnes concernées. La décision en cause en l'espèce comportait d'importantes conséquences économiques militant en faveur de la reconnaissance de certains droits de participation, mais ce facteur a été dans une large mesure neutralisé par l'influence de trois autres facteurs : le type d'enquête en cause, la nature du régime législatif et les choix de l'Agence en matière de procédure. L'enquête est essentiellement une mesure administrative qui se situe aux antipodes du modèle juridictionnel traditionnel et qui n'a pas grand-chose à voir avec la procédure que l'on associe habituellement aux tribunaux administratifs. Les droits de participation reconnus par la Loi se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en matière d'équité procédurale. Étant donné l'envergure de telles enquêtes, on ne peut légitimement s'attendre à un critère plus exigeant. La façon dont les règles de procédure établies par l'Agence ont été appliquées en l'espèce comportait des lacunes, mais celles-ci étaient inhérentes à la procédure et sans conséquence sur l'ensemble

was on balance fair, reasonable and appropriate in the circumstances. The Agency devised rules of procedure that are fair, reasonable and appropriate considering the rigid and complex context within which it operates. Procedural choices of tribunals such as the Agency should not be lightly interfered with.

The first legal issue pertained to the President's refusal to disclose verification reports to the applicant during the investigation on the basis that they were not, properly speaking, "information" or "evidence" under the Act, but were, rather, internal documents prepared by officers of the Agency for the use of the President. In reality, the only "information" or "evidence" to which the applicant was not given access was that provided orally in the course of the audit and the summary, description, analysis or interpretation of that oral evidence and of the documentary evidence provided by the firm to the investigators in the course of the auditing process. This is not "information" (or "evidence") "provided to the President" within the meaning of sections 78, 82 and 83 of the Act. Oral testimony is not contemplated by Parliament or by the Agency's rules. The President also did not err in law concerning the calculation of related party transaction prices and the calculation of the margin of dumping. With respect to the latter, a change of policy, in and of itself, is not an error unless it offends the enabling statute. Here, it was reasonable for the President to interpret subsection 30.2(1) of the Act as allowing the Agency, when determining a margin of dumping for an exporter, to take into consideration all export sale prices, including those that reveal no dumping. The new approach adopted by the Agency was consistent with the Act as well as with international agreements to which Canada is a party.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 2 "normal value", 15 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 134), 19 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 155; 2005, c. 38, s. 134), 30.2(1) (as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 159; 1999, c. 12, s. 13(E); 2005, c. 38, s. 134), 34(1) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 164; 1999, c. 12, s. 17; 2005, c.

de l'enquête. Elles constituaient tout au plus un manquement à certaines règles procédurales, mais n'ont d'aucune façon entraîné une violation des exigences de l'obligation d'équité procédurale envers la demanderesse. Cette dernière a participé à toutes les phases de l'enquête, et ses points de vue ont été sollicités en tout temps. Ainsi, la demanderesse a eu toute possibilité de se faire entendre. L'enquête était, tout bien pesé, équitable, raisonnable et appropriée dans les circonstances. L'Agence a élaboré des règles de procédure qui sont justes, raisonnables et appropriées, s'il est tenu compte du contexte rigide et complexe dans lequel elle exerce ses activités. Il ne faut pas s'immiscer à la légère dans les choix de procédure que font les tribunaux administratifs comme l'Agence.

La première question juridique se rapportait au refus du président de divulguer les rapports de vérification à la demanderesse au cours de l'enquête au motif que ces rapports ne constituaient pas, à strictement parler, des « renseignements » ou des « éléments de preuve » selon la Loi mais bien des documents internes établis par des agents de l'Agence à l'usage du président. En réalité donc, les seuls « renseignements » ou « éléments de preuve » auxquels la demanderesse n'a pas eu accès sont ceux qui ont été communiqués de vive voix au cours de la vérification ainsi que le résumé, la description, l'analyse ou l'interprétation de cette preuve orale et de la preuve documentaire que la société a fournie aux enquêteurs dans le cadre de leur vérification. Il ne s'agit pas de « renseignements » (ou d'« éléments de preuve ») « fournis au président » au sens des articles 78, 82 et 83 de la Loi. Ni le législateur ni les règles de l'Agence ne prévoient de témoignages. En outre, le président n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui a trait au calcul du prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés et au calcul de la marge de dumping. À ce dernier égard, un changement de politique ne constitue pas en soi une erreur, à moins qu'il ne contrevienne à la loi habilitante. En l'espèce, il était raisonnable pour le président de considérer que le paragraphe 30.2(1) de la Loi permet à l'Agence, lorsqu'elle calcule la marge de dumping d'un exportateur, de tenir compte des ventes à l'exportation, y compris celles qui ne révèlent pas de dumping. La nouvelle approche adoptée par l'Agence s'accordait tant avec la Loi qu'avec les accords internationaux auxquels le Canada est partie.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 2 « valeur normale », 15 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 134), 19 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 155; 2005, ch. 38, art. 134), 30.2(1) (édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 159; 1999, ch. 12, art. 13(A); 2005, ch. 38, art. 134), 34(1) (mod. par L.C. 1994, ch.

38, s. 134), 35 (as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 17; 2005, c. 38, s. 134), 38 (as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 166, 185; 1999, c. 12, s. 22; 2005, c. 38, s. 134), 39 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 186; 1999, c. 12, s. 23; 2005, c. 38, s. 134), 41 (as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 167, 185, 186; 1999, c. 12, s. 25; 2005, c. 38, s. 134), 78 (as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 42; 2005, c. 38, ss. 134, 135(E)), 79 (as am. *idem*, s. 135(E)), 82, 83 (as am. *idem*, s. 134), 85 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 182; 2005, c. 38, s. 134), 87(3) (as am. *idem*), 96.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 44; 1993, c. 44, s. 220; 1994, c. 47, s. 183; 1999, c. 12, s. 47; 2002, c. 8, s. 182; 2005, c. 38, s. 134).

47, art. 164; 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134), 35 (mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134), 38 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 166, 185; 1999, ch. 12, art. 22; 2005, ch. 38, art. 134), 39 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 186; 1999, ch. 12, art. 23; 2005, ch. 38, art. 134), 41 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 167, 185, 186; 1999, ch. 12, art. 25; 2005, ch. 38, art. 134), 78 (mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 42; 2005, ch. 38, art. 134, 135(A)), 79 (mod., *idem*, art. 135(A)), 82, 83 (mod., *idem*, art. 134), 85 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134), 87(3) (mod., *idem*), 96.1 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 44; 1993, ch. 44, art. 220; 1994, ch. 47, art. 183; 1999, ch. 12, art. 47; 2002, ch. 8, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Stevens v. Conservative Party of Canada*, [2006] 2 F.C.R. 315; (2005), 262 D.L.R. (4th) 532; 343 N.R. 275; 2005 FCA 383; leave to appeal to S.C.C. refused [2006] 1 S.C.R. xv; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763 (B.C.C.A.); *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72; (2002), 208 D.L.R. (4th) 57; 90 C.R.R. (2d) 47; 18 Imm. L.R. (3d) 175; 280 N.R. 201; 2002 SCC 2; *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227; (2006), 262 D.L.R. (4th) 454; 221 B.C.A.C. 1; 18 M.P.L.R. (4th) 1; 345 N.R. 140; 40 R.P.R. (4th) 159; 2006 SCC 5; *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Toshiba Corporation v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (F.C.A.); *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; 4 T.C.T. 6177 (C.A.); *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; (1984), 52 N.R. 54; [1984] 3 W.W.R. 1 (C.A.); *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 Admin. L.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Stevens c. Parti conservateur du Canada*, [2006] 2 R.C.F. 315; 2005 CAF 383; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 1 R.C.S. xv; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada - Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763 (C.A. C.-B.); *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72; 2002 CSC 2; *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227; 2006 CSC 5; *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Toshiba Corporation c. Tribunal antidumping*, [1984] A.C.F. n° 247 (C.A.) (QL); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.); *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334 (C.A.); *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL); *Xwave Solutions Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2003 CAF 301; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; 2001 CSC 36.

(3d) 30; 264 N.R. 49 (F.C.A.); *Xwave Solutions Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2003), 5 Admin. L.R. (4th) 280; 310 N.R. 164; 2003 FCA 301; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; 2001 SCC 36.

AUTHORS CITED

Canada. Border Services Agency. *Statement of Administrative Practices for the Special Import Measures Act*, June 2004. <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/sima/adm-prac-e.html>>.

European-Communities—Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India, Appellate Body Report, WT/DS141/AB/R (March 2001).

Organisation for Economic Co-Operation and Development. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*. Paris : OECD, 2001.

United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, Appellate Body Report, WT/DS264/AB/R (August 2004).

United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, Appellate Body Report, WT/DS264/AB/RW (August 15, 2006).

APPLICATION for judicial review of the Canada Border Services Agency President's decision to terminate a dumping investigation under the *Special Import Measures Act* against four European countries. Application dismissed.

APPEARANCES:

Peter E. Kirby and *David Rheault* for applicant.

Benjamin Bédard for respondents Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd and Quickstyle Industries Inc.

Geoffrey C. Kubrick for respondent Tarkett Inc.

Brenda C. Swick for respondents Unilin Flooring NV and Torlys Inc.

Rajeev Sharma for respondents Government of the People's Republic of China, Sichuan Shengda

DOCTRINE CITÉE

Canada. Agence des services frontaliers. *Énoncé des pratiques administratives concernant la Loi sur les mesures spéciales d'importation*, juin 2004. <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/sima/adm-prac-f.html>>.

Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS141/AB/R (mars 2001).

États-Unis—Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS264/AB/R (août 2004).

États-Unis—Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS264/AB/RW (15 août 2006).

Organisation de coopération et de développement économiques. *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises*. Paris : OCDE, 2001.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada de clore l'enquête sur le dumping portant sur quatre pays européens en application de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Peter E. Kirby et *David Rheault* pour la demanderesse.

Benjamin Bédard pour les défendeurs Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd et Quickstyle Industries Inc.

Geoffrey C. Kubrick pour la défenderesse Tarkett Inc.

Brenda C. Swick pour les défendeurs Unilin Flooring NV et Torlys Inc.

Rajeev Sharma pour les défendeurs Gouvernement de la République populaire de Chine, Sichuan

Wooden Products Co. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd and Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Ryan Flewelling for respondent Lamwood Products (1990) Limited.

David R. Elliott for respondent Espace Production International (Epi, S.A.).

Georges Bujold for respondents Akzenta Paneele and Profile GmbH or the Classen Group of Companies.

Orlando E. Silva for respondent Quality Craft Ltd.

No one appearing for respondents Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Kronospan Luxembourg S.A., Show Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à bas prix, Yekalon Industry, Inc.

Derek Rasmussen and *Richard Casanova* for interveners.

SOLICITORS OF RECORD:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for applicant.

Ogilvy Renault LLP, Ottawa, for respondents Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd and Quickstyle Industries Inc.

Lang Michener LLP, Ottawa, for respondent Tarkett Inc.

McCarthy Tétrault LLP, Ottawa, for respondents Unilin Flooring NV and Torlys Inc.

Heenan Blaikie LLP, Toronto, for respondents Government of the People's Republic of China, Sichuan Shengda Wooden Products Co. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd. and Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Blake Cassels and Graydon LLP, Toronto, for respondent Lamwood Products (1990) Limited.

Fraser Milner Casgrain LLP, Ottawa, for respondent Espace Production International (Epi, S.A.).

Thomas & Partners, Ottawa, for respondents Akzenta Paneele and Profile GmbH or the Classen Group of Companies..

Shengda Wooden Products Co. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd et Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Ryan Flewelling pour la défendresse Lamwood Products (1990) Limited.

David R. Elliott pour le défendeur Espace Production International (Epi, S.A.).

Georges Bujold pour les défendeurs Akzenta Paneele et Profile GmbH ou Classen Group of Companies.

Orlando E. Silva pour la défenderesse Quality Craft Ltd.

Aucune comparution pour les défendeurs Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Kronospan Luxembourg S.A., Show Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à bas prix, Yekalon Industry, Inc.

Derek Rasmussen et *Richard Casanova* pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la demanderesse.

Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les défendeurs Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd et Quickstyle Industries Inc.

Lang Michener S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Tarkett Inc.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les défendeurs Unilin Flooring NV et Torlys Inc.

Heenan Blaikie s.r.l., Toronto, pour les défendeurs Gouvernement de la République populaire de Chine, Sichuan Shengda Wooden Products Co. Ltd., Vohringer Wood Product Co. Ltd et Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Blake Cassels et Graydon s.r.l., Toronto, pour la défenderesse Lamwood Products (1990) Limited.

Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l., Ottawa, pour le défendeur Espace Production International (Epi, S.A.).

Thomas & Partners, Ottawa, pour les défendeurs Akzenta Paneele et Profile GmbH ou Classen Group of Companies.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondent
Quality Craft Ltd.
Deputy Attorney General of Canada for intervener.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto,
pour la défenderesse Quality Craft Ltd.
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intervenant.

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

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

[1] DÉCARY J.A.: The applicant (Uniboard) filed a notice of application for judicial review of a tripartite final determination made by the President of the Canada Border Services Agency (the Agency) pursuant to paragraphs 41(1)(a) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 167] and 41(1)(b) [as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 25] of the *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (the Act or SIMA).

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : La demanderesse (Uniboard) a déposé un avis de demande de contrôle judiciaire d'une décision tripartite définitive rendue par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'Agence ou l'ASFC) en vertu des alinéas 41(1)a) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 167] et 41(1)b) [mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 25] de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (la Loi ou la LMSI).

[2] The applicant is the only known Canadian manufacturer of laminate flooring. On August 13, 2004, it launched a complaint of dumping and subsidization with the Agency. A lengthy investigation ensued, during which some 360,000 pages of documents were filed. In his final decision made on May 17, 2005, the President determined:

[2] La demanderesse est le seul fabricant canadien connu de planchers laminés. Le 13 août 2004, elle a saisi l'Agence d'une plainte de dumping et de subventionnement. Il s'en est suivi une longue enquête au cours de laquelle 360 000 pages de documents ont été déposés. Dans sa décision définitive du 17 mai 2005, le président a conclu ce qui suit :

1) that the People's Republic of China (China) and France had engaged in dumping;

1) La République populaire de Chine (la Chine) et la France se sont livrées à du dumping;

2) that China had subsidized laminate flooring destined for Canada; and

2) La Chine a subventionné certains planchers laminés destinés au marché canadien;

3) that the dumping investigation involving Austria, Belgium, the Federal Republic of Germany and the Republic of Poland (all together, the four European countries) was to be terminated as the margin of dumping of the goods from these countries was insignificant, (viz., it was less than 2% of the export prices).

3) Il y a lieu de clore l'enquête sur le dumping de certains planchers laminés originaires ou exportés de l'Autriche, la Belgique, la République fédérale d'Allemagne (Allemagne) et la République de Pologne (collectivement appelés les quatre pays européens) du fait que les marges de dumping des marchandises de ces pays sont négligeables (c'est-à-dire inférieures à 2 % du prix à l'exportation).

[3] Even though the applicant, in its notice of application, sought to quash or set aside the three determinations made by the President, it only sought relief in its memorandum of fact and law with respect to the third determination, the one relating to the termination of the investigation involving the four European countries. It follows that the findings of the President with respect to the dumping by China and France and the subsidization by China will remain

[3] Bien que, dans son avis de demande, la demanderesse cherche à obtenir l'annulation des trois conclusions susmentionnées du président, elle n'a, dans son mémoire exposant les faits et le droit, réclamé une réparation qu'en ce qui concerne la troisième conclusion, celle relative à la clôture de l'enquête portant sur les quatre pays européens. Il s'ensuit que les conclusions tirées par le président au sujet du dumping auquel se sont livrées la Chine et la France et du

undisturbed whatever the fate of this application.

[4] The applicant attacks the third determination on grounds which pertain on the one hand to procedural fairness and on the second hand to what it describes as legal issues.

Duty of procedural fairness

[5] It is accepted by all counsel that procedural fairness is applicable to SIMA investigations.

[6] It is also accepted by all counsel that the determination of the content of the duty of procedural fairness in any given case is a question of law and is reviewable under the standard of correctness.

[7] The duty of procedural fairness is better described by its objective—which is essentially to ensure that a party is given a meaningful opportunity in a given context to present its case fully and fairly—than by the means through which the objective is to be achieved for the simple reason that those means will depend on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 22). There is no rigid test or formula. There is no list of items to be checked out. The duty, to use the words of a former era, is to ensure fair play in action.

[8] All counsel agree that the content of the duty of procedural fairness is flexible and variable. As might be expected, the debate amongst them is with respect to the place procedural fairness occupies in SIMA investigations on the wide spectrum defined by the case law. At the upper end of the spectrum are full participatory rights (oral hearings, cross-examination of witnesses, etc.). At the lower end are minimal participatory rights (paper hearing, etc.).

subventionnement effectué par la Chine demeureront inchangées, peu importe l'issue de la présente demande.

[4] Pour contester la troisième conclusion, la demanderesse invoque des moyens qui ont trait, d'une part, à l'équité procédurale et d'autre part, à ce qu'elle appelle des questions juridiques.

Obligation d'équité procédurale

[5] Les avocats conviennent tous que les principes d'équité procédurale s'appliquent aux enquêtes menées sous le régime de la LMSI.

[6] Les avocats s'entendent également tous pour dire que la détermination de la portée et de la nature de l'obligation d'équité procédurale dans un cas déterminé est une question de droit susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

[7] Pour bien cerner le contenu de l'obligation d'équité procédurale, il est plus facile d'en rappeler l'objectif, qui consiste essentiellement à s'assurer qu'une partie a réellement la possibilité, dans un contexte donné, de faire valoir son point de vue complètement et équitablement—plutôt que de se concentrer sur les moyens utilisés pour atteindre cet objectif, pour la simple raison que les moyens employés dépendent de l'appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés (voir l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 22). Il n'y a pas de critère ou de formule rigides. Il n'y a pas de liste d'éléments à cocher. Pour reprendre une formule un peu surannée, l'obligation d'équité consiste à s'assurer que l'on « joue franc jeu ».

[8] Les avocats s'entendent tous pour dire que la nature de l'obligation d'équité procédurale est souple et variable. Comme on pouvait s'y attendre, le point sur lequel ils divergent d'opinion porte sur la place que l'équité procédurale occupe sur le large spectre défini par la jurisprudence en ce qui concerne les enquêtes menées sous le régime de la LMSI. À une extrémité du spectre, on trouve les cas où l'intéressé jouit de pleins droits de participation (droit à une audience formelle, au contre-interrogatoire des témoins, etc.); à l'autre

[9] The question to be answered, at the end of the exercise, was carefully crafted by Le Dain J. in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 654:

The question, of course, is what the duty of procedural fairness may reasonably require of an authority in the way of specific procedural rights in a particular legislative and administrative context and what should be considered to be a breach of fairness in particular circumstances.

[10] Much was said, in the written and oral arguments, about whether prejudice is a factor that comes into play when deciding procedural fairness cases. The applicant argues that in light of *Cardinal*, the final determination of the President should be set aside as soon as a breach of the duty of procedural fairness has occurred and the Court should not speculate as to what impact the alleged breach might have had. The respondents argue, in light of *Stevens v. Conservative Party of Canada*, [2006] 2 F.C.R. 315 (F.C.A.) (leave to appeal to S.C.C. denied [2006] 1 S.C.R. xv), that the issue of prejudice should well be in the mind of the Court when it decides to set aside a decision. As is often the case, the solution, here, lies between these two propositions.

[11] *Cardinal* dealt with procedural fairness in the particular context of prison administration. The Court stated, that the content of the duty was a question to be approached with caution in order to avoid unduly burdening or obstructing the process by imposing unreasonable or inappropriate procedural requirements. Despite the recommendation of the Segregation Review Board to discontinue the administrative segregation of two prisoners, the Director had decided to continue segregation without affording any hearing to the prisoners. The Court concluded that there had been a breach of the duty of procedural fairness (at pages 659-660):

extrémité du spectre se situent les cas où l'intéressé ne bénéficie que de droits de participation minimaux (instruction sur dossier, etc.).

[9] Dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 654, le juge Le Dain a bien formulé la question à laquelle on doit, à terme, répondre :

Évidemment, il s'agit de déterminer ce que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure peut raisonnablement exiger des autorités en tant que droit précis en matière de procédure dans un contexte législatif et administratif donné et ce qui devrait être considéré comme une violation de l'équité dans des circonstances particulières.

[10] Dans leurs écritures et dans leur plaidoirie, les parties ont beaucoup insisté sur la question de savoir si le préjudice est un facteur qui entre en jeu lorsqu'on statue dans une affaire portant sur l'équité procédurale. La demanderesse affirme, à la lumière de l'arrêt *Cardinal*, que la décision définitive du président devrait être annulée dès lors qu'un manquement à l'équité procédurale est constaté, et elle ajoute que la Cour ne devrait pas spéculer sur les incidences que ce présumé manquement aurait pu avoir. Se fondant sur l'arrêt *Stevens c. Parti conservateur du Canada*, [2006] 2 R.C.F. 315 (C.A.F.) (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2006] 1 R.C.S. xv), la défenderesse affirme pour sa part que la Cour doit tenir dûment compte de la question du préjudice lorsqu'elle décide d'annuler une décision. Comme c'est souvent le cas, la solution réside en l'espèce quelque part entre ces deux propositions.

[11] L'affaire *Cardinal* portait sur l'équité procédurale dans un contexte particulier, celui de l'administration carcérale. La Cour a expliqué qu'il fallait aborder avec prudence la portée qu'on donne aux exigences de la procédure dans le milieu carcéral afin de ne pas indûment alourdir ou bloquer le processus de l'administration carcérale par l'imposition d'exigences de procédure déraisonnables ou injustifiées. Malgré la recommandation du comité d'examen des cas d'isolement préventif [alors appelé le conseil d'examen des cas de ségrégation] de mettre fin à l'isolement préventif de deux prisonniers, le directeur avait décidé de maintenir ces deux détenus en isolement préventif sans leur accorder la possibilité d'être entendus. La Cour a conclu

... because of the serious effect of the Director's decision on the appellants, procedural fairness required that he inform them of the reasons for his intended decision and give them an opportunity, however informal, to make representations to him. ... They were entitled to know why the Director did not intend to act in accordance with the recommendation of the Board and to have an opportunity before him to state their case for release into the general population of the institution ... [the Director] had a duty to hear and consider what the appellants had to say. ...

These were in my opinion the minimal or essential requirements of procedural fairness in the circumstances ... There is nothing to suggest that the requirement of notice and hearing by the Director ... would impose an undue burden on prison administration or create a risk to security.

[12] It is in this particular context of a breach of an essential element of the duty of procedural fairness, viz. "the requirement of notice and hearing", that the so-often quoted words of *Le Dain J.* were pronounced (at page 661):

... I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

[13] *Cardinal*, I venture to say, is far less dramatic and much more pragmatic than has sometimes been said. There had been no hearing; therefore there was a breach of an essential requirement of the duty of procedural fairness; therefore the decision could not stand. To say that *Cardinal* stands for the proposition that any breach of any requirement of the duty of procedural fairness renders a decision invalid, or that any breach of any procedural rule constitutes a breach of the duty of procedural fairness, or that a court has no discretion to deny the relief sought, is to read the reasons of the

qu'il y avait eu violation de l'obligation d'équité procédurale (aux pages 659 et 660) :

[...] à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l'équité dans la procédure exigeait qu'il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine et leur donne la possibilité, même de façon informelle, de lui présenter des arguments relatifs à ces motifs [...]. Ils avaient le droit de savoir pourquoi le directeur n'avait pas l'intention de suivre la recommandation du Conseil et d'avoir la possibilité d'exposer devant lui leurs arguments en faveur de leur réintégration dans la population générale de l'établissement [...] [Le directeur] avait l'obligation d'entendre les appelants et de tenir compte de ce qu'ils avaient à dire [...]

Ce sont là, à mon avis, les exigences minimales ou essentielles de l'équité dans la procédure dans les circonstances [...]. Rien n'indique que l'obligation du directeur en matière d'avis et d'audition [...] imposerait un fardeau excessif à l'administration carcérale ou mettrait la sécurité en danger.

[12] C'est dans ce contexte particulier de violation d'un élément essentiel de l'obligation d'équité procédurale, à savoir « l'obligation en matière d'avis et d'audition » que le juge *Le Dain* a tenu les propos suivants, qui sont souvent cités (à la page 661) :

[...] j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

[13] J'oserais affirmer que l'arrêt *Cardinal* est beaucoup moins radical et beaucoup plus pragmatique que ce qu'on a parfois affirmé. Dans cette affaire, aucune audience n'avait eu lieu, de sorte qu'il y avait eu violation d'un élément essentiel de l'obligation d'équité procédurale; la décision ne pouvait par conséquent être confirmée. On interprète les motifs de la Cour suprême du Canada hors de leur contexte lorsqu'on prétend que l'arrêt *Cardinal* consacre le principe que tout manquement à l'une quelconque des exigences de l'obligation d'équité procédurale rend la décision

Supreme Court of Canada out of context.

[14] An occasion to exercise the judicial discretion to withhold a remedy despite the failure to afford a hearing arose in *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202. In that case, as in *Cardinal* no “full hearing, which could have been effected in writing,” had been afforded (at page 227). Iacobucci J., for the Court, decided not to grant the remedy sought because to do so would be “impractical” and “nonsensical” in the circumstances as they “involve a particular kind of legal question, viz., one which has an inevitable answer” (at page 228). He insisted that his decision was “exceptional” and that he “would not wish to apply it broadly” (at page 229). In concluding his reasons, he referred to, and approved, a decision of the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763, in which the Court withheld relief in a non-prison context because [at page 774] “good public administration is concerned with substance rather than form” and because the Commission “would have reached and would now reach the same conclusion as did their experienced chairman.”

[15] In *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, the Supreme Court of Canada stated at paragraph 26, without further analysis or explanation:

Insofar as the procedures followed may not have precisely complied with those we suggest in *Suresh*, we are satisfied that this did not prejudice him. We conclude that the process accorded to Ahani was consistent with the principles of fundamental justice. . . . [My emphasis.]

[16] In *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227, the Supreme Court of

invalide ou que tout manquement à toute règle de procédure constitue une violation de l’obligation d’équité procédurale, ou que le tribunal n’a aucune latitude pour refuser d’accorder la réparation demandée.

[14] L’occasion d’exercer le pouvoir discrétionnaire judiciaire de refuser d’accorder une réparation malgré le défaut d’accorder une audience s’est présentée dans l’affaire *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, dans laquelle, tout comme dans l’affaire *Cardinal*, Mobil Oil n’avait pas eu droit à « une audience complète qui aurait pu avoir lieu par écrit » (à la page 227). Le juge Iacobucci, qui s’exprimait au nom de la Cour, a décidé de ne pas accorder la réparation demandée parce qu’il aurait été « peu réaliste » et « absurde » de le faire, étant donné que « les circonstances de la présente affaire soulèvent un type particulier de question de droit, savoir une question pour laquelle il existe une réponse inéluctable » (à la page 228). Il a insisté sur le « caractère exceptionnel » de sa décision et sur son « désir de ne pas l’appliquer de manière générale » (à la page 229). Pour conclure ses motifs, il a cité et approuvé l’arrêt rendu par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’affaire *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763, dans laquelle la Cour avait refusé d’accorder la réparation demandée dans un contexte non carcéral parce que [à la page 774] [TRADUCTION] « la bonne administration publique s’intéresse au fond plutôt qu’à la forme » et parce que la Commission [TRADUCTION] « serait parvenue et parviendrait maintenant à la même conclusion que son président expérimenté ».

[15] Dans l’arrêt *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72, la Cour suprême du Canada a déclaré, au paragraphe 26, sans plus d’analyse ou d’explications :

Dans la mesure où la procédure suivie n’était peut-être pas parfaitement conforme à celle préconisée dans *Suresh*, nous estimons que cette divergence n’a pas causé de préjudice à l’appelant. Nous concluons que le traitement dont a bénéficié M. Ahani était compatible avec les principes de justice fondamentale [. . .]. [Non souligné dans l’original.]

[16] Dans l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227, la Cour

Canada dismissed various complaints of unfairness made by CPR that impugned the hearing process. The Court first held that the notice of the by-law, even though it might have used “an alternative wording [which] might have attracted more people”, was sufficient because “what is required is fairness, not perfection” (at paragraph 46). The Court then found that the revision of the by-law after the hearing and without further hearing did, in the circumstances, meet the requisites of fair process, “particularly when it is bore in mind that the City had a duty to deal with a complex situation where different interests were at play and the City’s ultimate obligation was to act in the interest of the entire public” (at paragraph 49). Finally, with respect to a complaint that the City had failed to disclose information prior to the public hearing, the Court found that the standard practice of making the documents available through the City Clerk’s office prior to, and during, the hearing, constituted sufficient disclosure (at paragraph 57) and that “the relevance” of some documents alleged by CPR to have prevented it from making a more powerful argument was “tenuous” (at paragraph 61). The Court concluded [at paragraph 61] that “[o]n balance, the procedure followed by the City was appropriately fair and open.”

[17] The question of whether the existence of some prejudice can be examined by the court, was squarely addressed in cases where the breach alleged was that of failure to disclose.

[18] In *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, Dickson J. [as he then was], stated as follows, at page 1116:

6. The court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. *Kanda v. Government of the Federation of Malaya, supra*, at p. 337. In the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny following the dinner adjournment. . . . We

suprême du Canada a rejeté diverses plaintes formulées par CP au sujet du processus d’audience que l’on qualifiait d’« inéquitable ». La Cour a tout d’abord expliqué que, même si « une formulation différente aurait pu attirer un plus grand nombre de personnes », l’avis qui avait été envoyé au sujet du règlement était suffisant parce que « c’est l’équité qui s’impose et non la perfection » (au paragraphe 46). La Cour a ensuite conclu que la révision du règlement qui avait eu lieu après l’audience sans qu’aucune autre audience ne soit prévue satisfaisait, eu égard aux circonstances de l’espèce, aux exigences de l’équité procédurale, « surtout qu’il ne faut pas oublier que la Ville était tenue de régler une situation complexe mettant en jeu des intérêts différents et qu’elle avait l’ultime obligation d’agir dans l’intérêt de l’ensemble du public » (au paragraphe 49). Finalement, en ce qui concerne le reproche adressé à la Ville de ne pas avoir divulgué certains renseignements avant l’audience publique, la Cour a estimé (au paragraphe 57) que la pratique courante consistant à mettre les documents à la disposition du public, qui pouvait les consulter au bureau du secrétaire municipal tant avant que pendant l’audience constituait une communication suffisante et elle a qualifié de (au paragraphe 61) « faible » la « pertinence » de certains de ces documents, dont CP affirmait qu’ils lui auraient permis plaider sa cause avec plus de force. La Cour a conclu que [au paragraphe 61] « tout bien considéré, la procédure suivie par la Ville était suffisamment équitable et transparente ».

[17] La question de savoir si le tribunal peut vérifier l’existence d’un préjudice a été examinée directement dans des affaires dans lesquelles la violation qui était reprochée était le défaut de divulgation.

[18] Voici les propos qu’a tenus le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l’arrêt *Kane c. Conseil d’administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1116 :

6. La Cour ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l’une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Voir *Kanda v. Government of the Federation of Malaya, précité*, à la p. 337. En l’espèce, la Cour ne peut conclure qu’aucun préjudice n’était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny après l’ajournement pour le

are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

[19] In *Toshiba Corporation v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (F.C.A.), Hugessen J.A. qualified a tribunal's practice of not disclosing a preliminary staff report, as "dangerous," but went on to say the following [at page 175]:

Upon analysis, however, I am satisfied that everything contained in the preliminary staff report is either a matter of general or public knowledge or is based upon facts and sources which were, in due course, properly brought out at the hearing in such a manner that all the parties to that hearing had a full opportunity to test them. Thus, while, in my view, there might have been a technical breach of the rules of natural justice, it can be said with confidence at the end of the day that such breach was minor and inconsequential and that the result of the inquiry would not have been different had such breach not occurred.

[20] MacGuigan J.A. reviewed the case law in *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.). He concluded as follows [at pages 645 and 650]:

The applicant did not, in fact, argue that it was adversely affected by the extra-hearing evidence, but rather that, in dealing with a complaint based on evidence received outside the hearing process, a Court will not inquire into whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. A court was said to be concerned, not with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

...

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, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union*, and *Hecla Mining*. [My emphasis.]

dîner [. . .]. Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

[19] Dans l'arrêt *Toshiba Corporation c. Tribunal antidumping*, [1984] A.C.F. n° 247 (C.A.) (QL), le juge Hugessen a qualifié de « dangereuse » la pratique du Tribunal consistant à ne pas divulguer ses rapports préliminaires du personnel. Il a toutefois ajouté ce qui suit :

Toutefois, à l'analyse, je suis convaincu que tout ce qui est contenu dans le rapport préliminaire du personnel est de portée générale ou de notoriété publique ou est fondé sur des faits et des sources qui, en temps opportun, ont été dûment soulevés à l'audience d'une manière telle que toutes les parties présentes avaient amplement eu la possibilité de les examiner. Par conséquent, bien que, à mon avis, il ait pu y avoir une violation de forme des principes de justice naturelle, on peut en fin de compte dire avec assurance que cette violation était mineure et sans importance et que le résultat de l'enquête aurait été le même si cette violation n'avait pas eu lieu.

[20] Le juge MacGuigan a recensé la jurisprudence dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.). Il a conclu ce qui suit [aux pages 645 et 650] :

La requérante n'a pas, en fait, prétendu que la preuve obtenue en dehors du cadre des audiences lui avait été défavorable. Elle a plutôt soutenu qu'un tribunal saisi d'une plainte fondée sur des éléments de preuve reçus en dehors du cadre des audiences ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Un tribunal a déjà dit qu'il n'était pas concerné par la preuve de l'existence d'un préjudice réel, mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

[. . .]

À mon sens, cet examen de la jurisprudence fait ressortir le caractère erroné de l'argument de la partie 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 déterminante : *Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union*, et *Hecla Mining*. [Non souligné dans l'original.]

[21] Relying finally on the decision of Hugessen J.A. in *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334 (C.A.), MacGuigan J.A. added [at pages 651-652]:

If a final word needs to be said, let it be that an inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision. . . .

...

The authorities have all required a real possibility that the result was affected.

[22] To summarize *Kane, Toshiba* and *Canadian Cable Television*: where the breach of the duty of procedural fairness consists of a failure to disclose some evidence, as a general rule the court, in the exercise of its discretion, will intervene if the court is in no position to determine whether the breach might have worked to the disadvantage of the complainant. Conversely, as a general rule, where the court has before it the evidence which was not disclosed at the hearing before the tribunal, and where the court is satisfied that it is in a position to conclude that there was no prejudice and no possibility or likelihood of prejudice, the court will not intervene.

[23] The recent decision of this Court in *Stevens* dealt, not with a breach of the duty of procedural fairness, but with a breach of a procedural requirement of the statute in issue. The Court refused to quash a decision made unlawfully on the basis that in the circumstances of the case, ulterior events had shown that the breach would not in any event have had an impact on the legal outcome of the case.

[24] In my view, all these decisions support the following proposition: in a given context, even though a breach of the duty of procedural fairness or of a statutory requirement has occurred, a court may hold the ultimate view that because of the inconsequential, trivial or mere technical nature of the breach, the relief sought

[21] Se fondant enfin sur la décision du juge Hugessen dans l'affaire *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334 (C.A.), le juge MacGuigan a ajouté [aux pages 651 et 652] :

Une dernière précision mérite peut-être d'être donnée : l'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[. . .]

Dans toutes les causes citées, il fallait qu'il y ait une réelle possibilité que le résultat soit modifié.

[22] Pour résumer les arrêts *Kane, Toshiba* et *Assoc. canadienne de télévision par câble* : lorsque la violation de l'obligation d'équité procédurale consiste en un défaut de divulguer certains éléments de preuve, la cour, règle générale, interviendra en vertu de son pouvoir discrétionnaire si elle n'est pas en mesure de déterminer si la violation a joué au détriment de la partie qui s'estime lésée. En revanche, règle générale, lorsqu'elle dispose des éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués lors de l'audience qui s'est déroulée devant le tribunal administratif et qu'elle est convaincue qu'elle est en mesure de conclure qu'aucun préjudice n'a été causé et qu'il y a aucune possibilité ou probabilité qu'il existe un préjudice, la cour n'interviendra pas.

[23] L'arrêt récent rendu par notre Cour dans l'affaire *Stevens* portait, non pas sur un manquement à l'obligation d'équité procédurale mais sur un manquement à une exigence procédurale du texte législatif en cause. La Cour a refusé d'annuler une décision prise illégalement au motif qu'en raison des circonstances de l'espèce, des faits ultérieurs avaient démontré que ce manquement n'aurait de toute façon pas eu d'incidence sur l'issue de l'affaire sur le plan juridique.

[24] À mon avis, toutes ces décisions appuient la proposition suivante : dans un contexte donné, même s'il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale ou manquement à une exigence de la loi, la cour peut quand même décider de refuser d'accorder la réparation demandée si elle estime que ce manquement

should not be granted.

[25] It should come as no surprise that the concept of prejudice has discreetly made its way into our administrative law. The proliferation of administrative decisions and of tribunal-made procedural rules, the advent of complex inquiries and the filing of sometimes frivolous and abusive judicial challenges have forced the courts to be more vigilant. As a result, courts have attempted to ensure on the one hand that no unreasonable or inappropriate procedural requirements which unduly burden the administrative process are imposed and on the second hand that judicial interventions in the administrative process aim at preventing or correcting real injustices and at putting substance ahead of form.

[26] Returning to *L'Heureux-Dubé J. in Baker*, at paragraph 21, when determining the content of the duty, “[a]ll of the circumstances must be considered.” Some factors have been singled out in the case law. The list given in *Baker*, “is not exhaustive” (at paragraph 28). “Other factors may also be important” (at paragraph 28). The guiding principle, in any given case, is that the persons affected “should have the opportunity to present their case fully and fairly, and have decisions affecting their rights, interests or privileges made using a fair, impartial and open process, appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision” (at paragraph 28).

[27] It would be a mistake, in my view, to routinely attempt to apply to a given process each of the five factors singled out in *Baker*, if only for the reason that they might just not fit a particular context. The importance of the decision, for example, was generally considered in cases where the decision had a direct impact on the individual rights of the person concerned. So interpreted, the factor can be a misleading factor when applied to decisions which do not, properly speaking, affect individual rights. I do not read *Baker* as suggesting that decisions affecting economic rights are

ne tire pas à conséquence, est sans importance ou est purement formel.

[25] Il n'est pas étonnant que le concept du préjudice se soit immiscé en douce dans notre droit administratif. La prolifération de décisions administratives et de règles de procédure établies par les tribunaux administratifs, l'apparition d'enquêtes complexes et l'existence de contestations judiciaires parfois frivoles et abusives ont contraint les tribunaux judiciaires à faire preuve d'une plus grande vigilance. Pour cette raison, les cours de justice ont cherché, d'une part, à s'assurer de ne pas indûment alourdir ou bloquer la procédure administrative par l'imposition d'exigences de procédure déraisonnables ou injustifiées et, d'autre part, à faire en sorte que leur intervention dans le processus administratif vise à empêcher et à corriger les véritables injustices et à faire passer le fond devant la forme.

[26] Je reviens aux propos de la juge *L'Heureux-Dubé*. Elle précise, au paragraphe 21 de l'arrêt *Baker*, que pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale « [i]l faut tenir compte de toutes les circonstances ». Les tribunaux ont dégagé certains facteurs. La liste de facteurs proposés dans l'arrêt *Baker* « n'est pas exhaustive » (au paragraphe 28). « D'autres facteurs peuvent également être importants » (au paragraphe 28). Peu importe la situation considérée, le principe de base est que les personnes visées « doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision » (au paragraphe 28).

[27] Ce serait à mon avis une erreur que de chercher systématiquement à appliquer à un processus donné chacun des cinq facteurs dégagés dans l'arrêt *Baker*, ne serait-ce que parce qu'il se pourrait qu'ils ne cadrent pas avec le contexte en cause. Ainsi, on tient en principe compte de l'importance de la décision dans les cas où la décision a eu des répercussions directes sur les droits individuels de la personne concernée. Si on l'interprète de la sorte, ce facteur risque d'induire en erreur lorsqu'on l'applique à des décisions qui, à proprement parler, n'ont pas d'incidence sur des droits individuels.

by their nature less important than decisions affecting individual rights. It would be conceptually wrong to describe from the outset such decisions as being less important. I would rather start in all cases with the premise that all decisions are equally important for those who are affected by them and then examine how they actually affect the persons concerned. The decision at issue here has important economic consequences which may well end up affecting the daily life of workers, the survival of a trade and the well-being of a whole community. That, surely, militates in favour of some participatory rights in the process even if Parliament was relatively silent in that regard. In the case at bar, however, this important factor is to a large extent neutralized by the influence of three other factors: the type of investigation at issue, the statutory scheme and the procedural choices of the Agency.

Type of investigation

[28] We are dealing here with dumping and subsidy investigations made by the President of the Canada Border Services Agency under sections 31 to 41.2 [as amended*] of the *Special Import Measures Act*. The purpose of these investigations is to determine, in accordance with sections 15 to 30.4 [as amended **] of the Act, the normal value of goods, their export price, the margin of dumping, if any, and if so, the amount of subsidy, if any. It is fair to say that the exercise viewed as a whole is complex and technical and requires specialized analysis and calculations of commercial data. The exercise is essentially a fact-finding economic mission in an international trade context.

* The cites for amendments have not been added for reasons of brevity.

** The cites for amendments have not been added for reasons of brevity.

Je ne vois rien dans l'arrêt *Baker* qui donne à penser que les décisions qui ont une incidence sur des droits économiques sont, par définition, moins importantes que les décisions qui ont une incidence sur les droits individuels. Ce serait également une erreur, sur le plan conceptuel, de considérer dès le départ comme moins importantes pareilles décisions. Dans tous les cas, je partirais plutôt du principe que toutes les décisions revêtent la même importance pour les personnes qu'elles visent, pour ensuite me demander quelles incidences concrètes elles ont sur les personnes concernées. La décision en cause en l'espèce comporte d'importantes conséquences économiques qui risquent d'avoir des répercussions sur la vie quotidienne des travailleurs, sur la survie de ce secteur d'activité et sur le bien-être de l'ensemble de la collectivité. Ces facteurs militent certainement en faveur de la reconnaissance de certains droits de participation en faveur des intéressés et ce, même si le législateur est resté plutôt muet à cet égard. Dans le cas qui nous occupe, toutefois, ce facteur important se voit dans une large mesure neutralisé par l'influence de trois autres facteurs : le type d'enquête en cause, la nature du régime législatif et les choix de l'Agence en matière de procédure.

Type d'enquête

[28] Nous avons affaire en l'espèce à des enquêtes sur le dumping et le subventionnement menées par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada en vertu des articles 31 à 41.2 [modifiés*] de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*. Ces enquêtes visent à déterminer, conformément aux articles 15 à 30.4 [modifiés **] de la Loi, la valeur normale des marchandises, leur prix à l'exportation, la marge de dumping, s'il y a eu lieu, et, dans l'affirmative, le montant de subvention, s'il en est. On peut à juste titre affirmer que, considéré dans son ensemble, ce processus est complexe et technique et qu'il exige des analyses et des calculs spécialisés de données commerciales. Il s'agit essentiellement d'une mission d'enquête économique dans un contexte de commerce international.

* La référence aux modifications a été omise pour des raisons de concision.

** La référence aux modifications a été omise pour des raisons de concision.

Statutory scheme

[29] The investigations are subject to very strict statutory time limits. The President must make a preliminary determination of dumping or subsidizing within 60 to 90 days after the initiation of an investigation (section 38 [as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 166, 185; 1999, c. 12, s. 22; 2005, c. 38, s. 134]); in exceptional circumstances, and before the expiration of the period of 90 days, the President may extend the period to 135 days (section 39 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 186; 1999, c. 12, s. 23; 2005, c. 38, s. 134]). The President must make a final determination of dumping or subsidizing within 90 days from the date of the preliminary determination (section 41 [as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 167, 185, 186; 1999, c. 12, s. 25; 2005, c. 38, s. 134]). The President has no authority under the Act to extend this final deadline. In the case at bar, the complaint was filed on August 13, 2004. The investigation was initiated by the President on October 4, 2004. The preliminary determination was made 135 days later, on February 16, 2005. The final determination was made 90 days later, on May 17, 2005. The time period allowed by the statute was used up to the last hour.

[30] Apart from a requirement that notices of the initiation of an investigation, of a preliminary determination and of a final determination be given to the parties and published in the *Canada Gazette* (subsections 34(1) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 164; 1999, c. 12, s. 17; 2005, c. 38, s. 134], 39(2), 41(3)) and that reasons be given for both determinations (subsections 38(3), 41(3)), the Act provides little guidance with respect to the manner in which the investigation is to proceed. The only requirements deal with “provision of evidence to the President” (sections 78 [as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 42; 2005, c. 38, ss. 134, 135(E)] and 79 [as am. *idem*, s. 135(E)]) and “disclosure of information” (sections 82 to 88.1 [as amended ***]).

[31] Subsection 78(1) authorizes the President, by notice in writing, to require a person in Canada to provide evidence “under oath or otherwise”. According

*** The cites for amendments have not been added for reasons of brevity.

Régime législatif

[29] La Loi assujettit les enquêtes à des délais très stricts. Le président doit rendre une décision provisoire de dumping ou de subventionnement après le 60^e jour mais au plus tard le 90^e jour suivant la date de l'ouverture de l'enquête (article 38 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 166, 185; 1999, ch. 12, art. 22; 2005, ch. 38, art. 134]); dans des circonstances exceptionnelles et avant l'expiration du délai de 90 jours, le président peut porter le délai à 135 jours (article 39 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 186; 1999, ch. 12, art. 23; 2005, ch. 38, art. 134]). Le président doit rendre une décision définitive de dumping ou de subventionnement dans les 90 jours suivant la date de la décision provisoire (article 41 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 167, 185, 186; 1999, ch. 12, art. 25; 2005, ch. 38, art. 134]). La Loi ne permet pas au président de proroger ce délai final. En l'espèce, la plainte a été déposée le 13 août 2004. Le président a ouvert l'enquête le 4 octobre 2004. La décision provisoire a été rendue 135 jours plus tard, le 16 février 2005. La décision définitive a été rendue 90 jours plus tard, le 17 mai 2005. Les délais ont été utilisés jusqu'à la limite permise par la Loi.

[30] Exception faite de l'obligation de donner avis aux intéressés de l'ouverture d'une enquête, de la décision provisoire et de la décision définitive et de publier ces avis dans la *Gazette du Canada* (paragraphe 34(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 164; 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134], 39(2) et 41(3)) et de l'obligation de motiver ces deux décisions (paragraphe 38(3) et 41(3)), la Loi donne peu d'indications sur la façon dont l'enquête est censée se dérouler. Les seules obligations qui sont prévues portent sur la « présentation d'éléments de preuve au président » (articles 78 [mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 42; 2005, c. 38, art. 134, 135(A)] et 79 [mod., *idem*, art. 135(A)]) et sur la « communication de renseignements » (articles 82 à 88.1 [modifiés ***]).

[31] Le paragraphe 78(1) autorise le président à exiger par avis écrit d'une personne qu'elle fournisse les éléments précisés à l'avis « sous la foi du serment ou

*** La référence aux modifications a été omise pour des raisons de concision.

to subsection 78(4), nothing in section 78 “shall be construed as authorizing the President to require any person to provide evidence orally”.

[32] Section 83 [as am. *idem*, s. 134] grants every party (or its counsel if the information is confidential) “a right, on request, to examine the information [provided to the President] during normal business hours and a right, on payment of the prescribed fee, to be provided with copies of any such information that is in documentary form or that is in any other form in which it may be readily and accurately copied”.

[33] Persons who wish some or all of the evidence to be kept confidential must submit a statement designating as confidential the information and submit at the same time a non-confidential edited version or a non-confidential summary of the information (section 85 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 182; 2005, c. 38, s. 134]). Failure to provide the non-confidential edited version or summary within at most 30 days from the date the person has been informed of his failure will cause the President to ignore that evidence (subsection 87(3) [as am. *idem*]).

The Agency’s choice of procedures

(a) General practice

[34] The Agency has made public the practice it follows when it initiates an investigation. The document is entitled *Statement of Administrative Practices for the Special Import Measures Act* (June 2004).

[35] The very day an investigation is initiated, the Agency sends a request for information to all known exporters and importers. The request describes in detail the necessary information which must be prepared and submitted. Exporters are allowed 30 days and importers 21 days in which to respond. Extensions may be granted

autrement ». Aux termes du paragraphe 78(4), l’article 78 « n’a pas pour effet d’autoriser le président à exiger d’une personne qu’elle dépose oralement ».

[32] L’article 83 [mod., *idem*, art. 134] dispose que toute partie (ou son avocat si les renseignements sont confidentiels) « a droit, sur demande, de consulter les renseignements [. . .] fournis au président dans le cadre de la procédure pendant les heures d’ouverture et a droit, sur paiement des frais prévus par règlement, de s’en faire délivrer des copies si les renseignements sont contenus dans un document ou s’ils sont sous une forme qui permet de les reproduire facilement et avec exactitude ».

[33] La personne qui désire que les éléments de preuve soient gardés confidentiels en tout ou en partie fournit, en même temps que les renseignements, d’une part, une déclaration désignant comme tels les renseignements qu’elle veut garder confidentiels, d’autre part, une version ne comportant pas un résumé non confidentiel de ces renseignements (article 85 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134]). Le président ne tient pas compte des renseignements à l’égard desquels l’intéressé ne lui a pas fourni de version ne comportant pas un résumé non confidentiel des renseignements désignés comme confidentiels dans un délai ne pouvant dépasser les 30 jours suivant celle à laquelle l’intéressé a été avisé de son défaut (paragraphe 87(3) [mod., *idem*]).

Les choix de l’Agence en matière de procédure

a) Procédure habituelle

[34] L’agence a rendu publique la procédure qu’elle suit lorsqu’elle ouvre une enquête. Le document est intitulé *Énoncé des pratiques administratives concernant la Loi sur les mesures spéciales d’importation* (juin 2004).

[35] L’Agence envoie une demande de renseignements à tous les exportateurs et importateurs connus dès le jour de l’ouverture de l’enquête. La demande explique en détail les renseignements qui doivent être réunis et présentés. Les exportateurs doivent répondre dans les 30 jours et les importateurs dans les 21 jours.

in exceptional circumstances. Information submitted past the time limit may not be considered in the preliminary phase of the investigation.

[36] The preliminary determination is made as much as possible on verified data, but time does not always allow for verification of all the information. The requirement for an on-site visit is at the option of the Agency. Notice is given of on-site visits and the party concerned is advised ahead of time of the material that is to be verified and of the data that must be made available at the time of the visit. A verification exercise is only conducted with the consent of the exporter and only if the foreign government does not object and if prior assurance is given that the investigators will have complete and full access to all company records that they deem necessary to examine.

[37] If a preliminary determination is made, the Agency's officers, on request, will review with individual exporters the calculations used. Explanations of all calculations together with the reasoning underlying the calculations are given at what is described as a disclosure meeting. Detailed calculations worksheets are provided and discussed. The approach which the Agency plans to use for the final determination is also discussed at that time in general terms. Information and arguments presented orally by parties at the disclosure meeting must be confirmed in writing; otherwise they will not be considered.

[38] In most cases, the investigation leading to the final decision consists of meetings with additional firms not yet visited, verifying new information, revisiting exporters for clarification of details and visiting importers if necessary. Disclosure meetings will be arranged, on request, after the final determination is issued.

Une prorogation de délai peut être accordée dans des circonstances exceptionnelles. Il se peut que les renseignements fournis après la date limite ne soient pas pris en considération au cours de la première étape de l'enquête.

[36] La décision provisoire repose le plus possible sur des données vérifiées, mais il n'est pas toujours possible de vérifier tous les renseignements dans les délais prévus. Il est loisible à l'Agence de vérifier sur place les renseignements fournis. Les intéressés sont avisés, avant la réunion de vérification, des renseignements qui feront l'objet de la vérification et des données auxquelles l'agence doit avoir accès au moment de la visite. La vérification n'a lieu qu'avec le consentement de l'exportateur et si le gouvernement étranger ne s'y oppose pas et à condition que les enquêteurs de l'ASFC reçoivent au préalable la garantie qu'ils auront un accès libre et total à tous les registres de la société qu'ils jugent bon d'examiner.

[37] Sur demande, après une décision provisoire, les agents de l'ASFC passent en revue, avec chacun des exportateurs, les calculs ayant servi à estimer leur marge de dumping ou leur montant de subvention respectif. Des explications de tous les calculs et du raisonnement qui les appuie sont fournies à l'occasion de ce qu'on appelle une réunion de communication de renseignements. Des feuilles de travail détaillées sont également fournies et discutées. La démarche que l'Agence entend suivre à la dernière étape de l'enquête est aussi discutée en termes généraux. Les renseignements et les observations transmis de vive voix par les parties doivent être confirmés par écrit, à défaut de quoi il n'en sera pas tenu compte.

[38] Dans la plupart des enquêtes, la poursuite de l'enquête en vue de la dernière décision consiste à rencontrer les entreprises qui n'ont pas déjà été visitées, à vérifier les nouveaux renseignements, à visiter de nouveau les exportateurs pour clarifier des détails et à visiter des importateurs, au besoin. Une réunion de communication de renseignements est organisée, sur demande, une fois qu'une décision définitive a été rendue.

(b) Participatory rights in general

[39] The Agency considers importers, exporters, Canadian producers and the foreign governments to be parties to the investigation. It requests information from them, it makes that information available to other parties, it allows the parties to submit case arguments and it allows the parties to reply to case arguments submitted.

[40] The Agency has established a practice of posting on its Web site an exhibit listing of all documents submitted by the parties. It has also created the SIMA registry whose task is to process requests made to obtain copies of the material listed on the Web site.

(c) Participatory rights in this investigation

[41] An investigation schedule was posted right from the start on the Agency's Web site. The schedule set out in details the various time limits imposed on the parties throughout the investigation. The following notice is found at the end of the schedule:

This Investigation Schedule will be updated as necessary. Parties/counsel should monitor the website to inform themselves of changes. Any changes which reduce the time allowed for parties/counsel to submit information or make representations will be communicated directly to parties/counsel.

[42] In the instant case, since the President extended the time limit for the preliminary determination, the investigation schedule was amended accordingly. The deadline to submit case arguments was set to March 25, 2005 and later extended to March 30, 2005. The deadline to submit briefs in reply to case arguments submitted by others was originally set to April 1, 2005 and it was eventually extended to April 19, 2005.

[43] In addition, and exceptionally, the Agency disclosed its preliminary calculations related to the final determination beginning on April 15, 2005. The Agency decided to disclose such information since the

b) Considérations générales au sujet des droits de participation

[39] L'Agence considère les importateurs, les exportateurs, les producteurs canadiens et les gouvernements étrangers comme des parties intéressées à l'enquête. Elle leur demande des renseignements et met ceux-ci à la disposition d'autres intéressés et elle permet aux intéressés de soumettre un mémoire et de déposer un contre-exposé en réponse au mémoire.

[40] L'Agence a pris l'habitude d'afficher sur son site Internet la liste de tous les documents soumis par les parties. Elle a également mis sur pied un Centre de dépôt et de communication de documents de la LMSI qui est chargé d'examiner les demandes visant à obtenir des copies des documents énumérés sur son site Internet.

c) Droits de participation dans la présente enquête

[41] Un calendrier d'enquête a été affiché dès le début sur le site Internet de l'Agence. L'échéancier précise les divers délais que les parties doivent respecter pendant toute la durée de l'enquête. On trouve l'avis suivant à la fin du calendrier :

Ce calendrier d'enquête sera mis à jour au besoin. Les parties et les avocats doivent consulter le site Web pour se tenir au courant des modifications. Toute modification qui réduit le temps accordé aux parties et aux avocats pour soumettre des renseignements ou faire des observations sera directement communiquée aux parties et aux avocats.

[42] Dans le cas qui nous occupe, comme le président avait repoussé la date à laquelle il devait rendre sa décision provisoire, le calendrier d'enquête a été modifié en conséquence. La date d'échéance pour recevoir les mémoires a d'abord été fixée au 25 mars 2005, pour être ensuite reportée au 30 mars 2005. La date d'échéance pour recevoir les contre-exposés de toutes les parties en réponse aux mémoires, qui avait d'abord été fixée au 1^{er} avril 2005 a finalement été repoussée au 19 avril 2005.

[43] De plus, l'Agence a, de façon exceptionnelle, divulgué à compter du 15 avril 2005 ses calculs préliminaires en vue de la décision définitive. L'Agence a décidé de divulguer ces renseignements étant donné

calculations were now based on verified information and indicated that there would be substantive changes from those reported at the preliminary determination. This approach provided counsel with an opportunity to comment on the results of each exporter as they became available.

Conclusion on the duty of procedural fairness

[44] It flows from the above that the investigation is essentially a paper investigation that is as distant as it can possibly be from the judicial decision-making model and very much remote from the process typically associated with administrative tribunals. I find it quite remarkable that the statute prescribes that a party does not as of right receive the information provided to the President: the party is only entitled, on request, to examine the information at the President's premises and can only obtain copies of the information in a documentary form on payment of a fee. These statutory participatory rights are at the extreme bottom end of the procedural fairness scale.

[45] It also flows from the above that an investigation by the President can end up in certain cases being a race against the clock. This is the express will of Parliament, presumably out of economic necessity. One has to accept that notwithstanding the diligence of the Agency and of all the parties, incidents are likely to occur which, in this particular context, will be seen as being inescapably inherent to the process. Investigations of that magnitude (360,000 pages, six countries, three continents, five or six different languages) can simply not be completed within the maximum allotted time (225 days) unless the duty of procedural fairness is set at a low threshold. There can be no legitimate expectation of a higher threshold. Perfection or near-perfection is simply not in sight.

[46] As I understand counsel's arguments with respect to procedural fairness, he complains that he struggled to

que les calculs reposaient déjà sur des renseignements vérifiés, tout en précisant que ses calculs ultimes seraient très différents de ceux publiés dans sa décision provisoire. Cette façon de procéder a permis aux avocats de faire valoir leur point de vue au sujet des chiffres concernant chacun des autres exportateurs au fur et à mesure de leur publication.

Conclusion sur l'obligation d'équité procédurale

[44] Il ressort de ce qui précède que l'enquête est essentiellement une mesure administrative qui se situe aux antipodes du modèle juridictionnel traditionnel et qui n'a pas grand-chose à voir avec la procédure que l'on associe habituellement aux tribunaux administratifs. Je trouve très révélateur que la Loi ne reconnaisse pas aux intéressés le droit de prendre connaissance des renseignements qui ont été communiqués au président : le seul droit qui est reconnu à l'intéressé est celui, sur demande, d'examiner les renseignements en question aux bureaux du président. L'intéressé ne peut d'ailleurs obtenir que des copies de ces renseignements contenus dans un document et ce moyennant le paiement de certains frais. Les droits de participation reconnus par la Loi dans le cas qui nous occupe se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en matière d'équité procédurale.

[45] Il ressort également de ce qui précède que l'enquête menée par le président peut, dans certains cas, se transformer en une course contre la montre. C'est la volonté clairement exprimée par le législateur, vraisemblablement en raison d'impératifs économiques. Force est de reconnaître que, malgré toute la diligence dont l'Agence et les intéressés peuvent faire preuve, il surviendra probablement des incidents qui, dans ce contexte précis, seront considérés comme faisant intrinsèquement partie du processus. Il est tout simplement impossible de mener à terme une enquête de cette envergure (360 000 pages, six pays, trois continents, cinq ou six langues différentes) dans le délai maximal prévu (225 jours) à moins de réduire à un bas niveau les exigences à respecter pour remplir l'obligation d'équité procédurale. On ne peut légitimement s'attendre à un critère plus exigeant. On ne saurait viser la perfection ni même la frôler dans ce domaine.

[46] Si j'ai bien compris les arguments qu'il a formulés au sujet de l'équité procédurale, l'avocat se

obtain access to some material, that some documents were produced out of time, that public versions of confidential information were made available too late, that the Agency refused to abide by the published investigation schedule and that, as a result of the failure to close the record as scheduled, the President “appears to have abandoned all semblance of procedural integrity” and rendered “a decision on the basis of a disordered record and incomplete and unfinished reports.”

[47] Some of these allegations are well founded. Others are not. Some are mere speculations. Counsel did not explain, in his memorandum of fact and law, nor was he able to at the hearing, how the few incidents that actually occurred, in and of themselves or through their cumulative effect, deprived the applicant of a fair hearing in the context of a SIMA investigation.

[48] There were, admittedly, flaws in the application of the procedural rules set out by the Agency. But these flaws were nothing but incidents inherent to the process and inconsequential in the context of the whole investigation. They constituted at best a breach of some of the procedural rules and in no way can they be said to have breached the requirements of the duty of procedural fairness owed to the applicant. The applicant participated in all the phases of the investigation, and its views were sought throughout. Put simply, the applicant had a full opportunity to be heard. Although the hearing was perhaps imperfect, it was nevertheless on balance fair, reasonable and appropriate in the circumstances. To repeat the words of Chief Justice McLachlin in *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, “what is required is fairness, not perfection” (at paragraph 46).

[49] The statute provides very little procedural safeguards. The Agency went beyond the requirements of the statute in adopting the rules of procedure

plaint qu’il a eu à se battre pour obtenir l’accès à certains documents, que certains documents ont été produits après l’expiration des délais, que la version publique de renseignements confidentiels a été mise à sa disposition trop tard, que l’Agence a refusé de se conformer au calendrier de l’enquête qu’elle avait elle-même établi et que, par suite de son défaut de clore le dossier selon l’échéancier prévu, le président [TRADUCTION] « semble avoir laissé tomber toute apparence d’intégrité procédurale » et avoir rendu [TRADUCTION] « une décision reposant sur un dossier embrouillé et incomplet et sur des rapports inachevés ».

[47] Certaines de ces accusations sont fondées, d’autres pas. Certaines sont de pures spéculations. L’avocat n’a pas expliqué, dans son mémoire exposant les faits et le droit — et il n’a pas réussi à tirer la question au clair à l’audience — comment les quelques incidents qui étaient effectivement survenus avaient pu, en eux-mêmes ou de par leur effet cumulatif, priver la demanderesse de son droit à une instruction équitable dans le contexte d’une enquête régie par la LMSI.

[48] Certes, la façon dont les règles de procédure établies par l’Agence ont été appliquées en l’espèce comporte des lacunes. Mais ces lacunes n’étaient rien de plus que des incidents inhérents à la procédure et elles étaient sans conséquence sur l’ensemble de l’enquête. Elles constituent tout au plus un manquement à certaines règles procédurales et l’on ne saurait d’aucune façon prétendre qu’elles ont entraîné une violation des exigences de l’obligation d’équité procédurale envers la demanderesse. La demanderesse a participé à toutes les phases de l’enquête et ses points de vue ont été sollicités en tout temps. En somme, la demanderesse a eu toute possibilité de se faire entendre. Malgré ses imperfections, l’enquête était, tout bien pesé, équitable, raisonnable et appropriée dans les circonstances. Pour reprendre la formule employée par la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, « c’est l’équité qui s’impose et non la perfection » (au paragraphe 46).

[49] La Loi prévoit peu de garanties procédurales. L’Agence est allée au-delà de ce que la Loi exige en établissant des règles de procédure applicables à ce type

applicable to such investigation. In view of the importance of the decisions it makes, the Agency is amply justified and prudent in proceeding as it does. The Agency devised rules of procedure that are fair, reasonable and appropriate considering the rigid and complex context within which it operates. This Court has made it clear, in *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 admin. L.R. (3d) 30 (F.C.A.), at paragraph 62 and in *Xwave Solutions Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2003), 5 Admin. L.R. (4th) 280 (F.C.A.), that procedural choices of tribunals such as the Agency should not be lightly interfered with.

[50] In the end, I have reached the conclusion that the flaws that have occurred during the investigation did not individually or collectively constitute a breach of the duty of procedural fairness.

Legal issues

[51] The applicant raises three legal issues:

- (a) the refusal of the President to disclose verification reports in alleged violation of the full disclosure requirements of section 83 of the Act;
- (b) the calculation of transfer prices in related party transactions, which allegedly was not done in accordance with OECD *Transfer Pricing Guidelines* allegedly endorsed by the Agency; and
- (c) the calculation of the margin of dumping, which allegedly was made in violation of the formula set out in subsection 30.2(1) [as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 159; 1999, c. 12, s. 13(E); 2005, c. 38, s. 134] of the Act.

The verification reports

[52] The first alleged error will be examined on the basis of the standard of correctness because it is closely associated with concerns of procedural fairness and also

d'enquête. Compte tenu de l'importance que revêtent les décisions qu'elle rend, l'Agence est amplement justifiée d'agir comme elle le fait et elle fait preuve de prudence. L'Agence a élaboré des règles de procédure qui sont justes, raisonnables et appropriées, si l'on tient compte du contexte rigide et complexe dans lequel elle exerce ses activités. Notre Cour a d'ailleurs bien précisé, dans les arrêts *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL), au paragraphe 62 et *Xwave Solutions Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2003 CAF 301, qu'il ne faut pas s'immiscer à la légère dans les choix de procédure que font les tribunaux administratifs comme l'Agence.

[50] En dernière analyse, j'en suis arrivé à la conclusion que les irrégularités qui se sont produites au cours de l'enquête ne constituent ni individuellement ni collectivement une violation de l'obligation d'équité procédurale.

Questions juridiques

[51] La demanderesse soulève les trois questions juridiques suivantes :

- a) le refus du président de divulguer les rapports de vérification constituerait un manquement aux exigences de l'article 83 de la Loi en matière de communication intégrale;
- b) le calcul du prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés n'a pas été effectué conformément aux *Principes applicables en matière de prix de transfert* de l'OCDE auxquels aurait souscrit l'Agence;
- c) le calcul de la marge de dumping n'aurait pas été effectué conformément à la formule prévue au paragraphe 30.2(1) [édicte par L.C. 1999, ch. 47, art. 159; 1999, ch. 12, art. 13(A); 2005, ch. 38, art. 134] de la Loi.

Les rapports de vérification

[52] La première erreur reprochée au président sera examinée en fonction de la norme de la décision correcte parce qu'elle est étroitement liée à la question

because it involves the interpretation of the word “information”, in the Act, with respect to which the Agency has no special expertise. The nature and scope of disclosure under the Act is a matter akin to that in issue in *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraph 33, where the Supreme Court of Canada applied the standard of correctness to the construction of the words “sale of goods for export to Canada” and “a condition of the sale of the goods” which were said not to be “scientific or technical” and to be concepts “intrinsic to commercial law. . . . traditionally the province of the Courts.”

[53] The verification reports were not disclosed to the applicant during the investigation on the basis that they were not, properly speaking, “information” or “evidence”, but were, rather, internal documents prepared by officers of the Agency for the use of the President. The reports were filed before this Court, on a confidential basis, so as to enable us to determine their true nature.

[54] The reports at issue slightly differ in form from one to another, but in essence they each constitute the result of the audit undertaken by the Agency’s investigators of the written documentation provided to the President by some foreign firms in the course of the investigation. (That written documentation is made available to the applicant and is not at issue here.) The reports contain in an Appendix all the documentary evidence that was provided by the firm to the investigators in the course of the auditing process; that documentary evidence is referred to as “Verification Exhibits” and is made available to the applicant. Some reports also contain references to what is reported as having been said or done by employees of the concerned firm during the audit.

[55] In reality, therefore, the only “information” or “evidence” to which the applicant is not given access is that provided orally in the course of the audit and the

de l’équité procédurale et parce qu’elle implique que l’on interprète le mot « renseignements » que l’on trouve dans la Loi, ce à l’égard de quoi l’Agence n’a pas d’expertise spéciale. La nature et l’étendue de l’obligation de divulgation prévue par la Loi sont des questions qui s’apparentent à celles qu’a examinées la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 33, pour appliquer la norme de la décision correcte à l’interprétation des mots « vente de marchandises pour exportation au Canada » et « en tant que condition de la vente des marchandises ». La Cour a estimé que les questions en litige n’étaient pas « de nature scientifique ou technique » et qu’elles commandaient l’application de « concepts inhérents au droit commercial » et que « [c]es questions relèvent traditionnellement de la compétence des tribunaux judiciaires ».

[53] Les rapports de vérification n’ont pas été communiqués à la demanderesse au cours de l’enquête au motif qu’ils ne constituaient pas, à strictement parler, des « renseignements » ou des « éléments de preuve » mais bien des documents internes établis par des agents de l’ACSF à l’usage du président. Les rapports ont été déposés devant notre Cour sous le sceau du secret pour nous permettre d’en déterminer la véritable nature.

[54] Les rapports en litige diffèrent légèrement de forme l’un de l’autre mais ils constituent essentiellement le résultat de la vérification entreprise par les agents de l’ACSF au sujet des documents transmis au président par certaines sociétés étrangères au cours de l’enquête (ces documents ont été mis à la disposition de la demanderesse et ils ne sont pas en litige en l’espèce). Les rapports renferment en annexe toute la preuve documentaire que la société a fournie aux enquêteurs dans le cadre de leur vérification; cette preuve documentaire est désignée sous le nom de « pièces de vérification » et elle a été mise à la disposition de la demanderesse. Certains rapports font également état des propos tenus ou des gestes accomplis par les employés de la société concernée au cours de la vérification.

[55] En réalité donc, les seuls « renseignements » ou « éléments de preuve » auxquels la demanderesse n’a pas accès sont ceux qui ont été communiqués de vive

summary, description, analysis or interpretation of that oral evidence and of the Verification Exhibits which are made by the investigators in their verification reports.

[56] This is not “information” (or “evidence”) “provided to the President” within the meaning of sections 78, 82 and 83 of the Act. As noted earlier, we are concerned here with an investigation which is a paper-only investigation. Oral testimony is not contemplated by Parliament or by the Agency’s rules and the totality of the information provided to the President is submitted to him in writing. Even when it comes to comments or arguments by any of the parties, which have been made orally during a “disclosure meeting,” we have seen that they will be ignored by the President unless they are submitted to him in written form without delay.

[57] In the circumstances, reports prepared by investigators on conversations they had with employees of audited firms in the course of the audit cannot be properly described as information provided to the President by the parties within the meaning of the Act. The summary, description, analysis or interpretation by the investigators of the information they receive during the audit are internal documents which need not be disclosed.

The second and third alleged errors: the standard of review

[58] The second and third alleged errors will be examined on the basis of the standard of reasonableness, for the following reasons.

[59] The fact that Parliament, in section 96.1 [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 44; 1993, c. 44, s. 220; 1994, c. 47, s. 183; 1999, c. 12, s. 47; 2002, c. 8, s. 182; 2005, c. 38, s. 134] of the Act, has allowed judicial review of a President’s actions made in a procedural or substantive context points to more deference.

[60] The questions of whether the President properly tested transfer prices and properly calculated the

voix au cours de la vérification, ainsi que le résumé, la description, l’analyse ou l’interprétation de cette preuve orale et des pièces de vérification établies par les enquêteurs dans leur rapport de vérification.

[56] Il ne s’agit pas de « renseignements » (ou d’« éléments de preuve ») « fournis au président » au sens des articles 78, 82 et 83 de la Loi. Ainsi qu’il a déjà été signalé, nous avons affaire ici à une enquête qui est exclusivement une enquête sur dossier. Ni le législateur ni les règles de l’Agence ne prévoient de témoignages et la totalité des renseignements communiqués au président lui sont soumis par écrit. Nous avons vu aussi que le président ne tient aucun compte des observations et des arguments que les intéressés ont formulés verbalement lors de la « réunion de communication de renseignements » à moins qu’ils ne lui soient soumis sans retard par écrit.

[57] Dans ces conditions, on ne saurait qualifier de renseignements fournis au président par les intéressés au sens de la Loi les rapports établis par les enquêteurs au sujet des conversations qu’ils ont eues avec le personnel des sociétés faisant l’objet d’une vérification. Le résumé, la description, l’analyse ou l’interprétation que les enquêteurs font des renseignements qu’ils reçoivent au cours de la vérification constituent des documents internes qu’il n’est pas nécessaire de divulguer.

Deuxième et troisième erreurs reprochées — Norme de contrôle

[58] La deuxième et la troisième erreurs reprochées seront, pour les raisons suivantes, examinées en fonction de la norme de la décision raisonnable.

[59] Le fait qu’à l’article 96.1 [édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 44; 1993, ch. 44, art. 220; 1994, ch. 47, art. 183; 1999, ch. 12, art. 47; 2002, ch. 8, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134] de la Loi, le législateur permette le contrôle judiciaire des mesures prises par le président sur le plan de la procédure ou du fond commande un degré plus élevé de retenue judiciaire.

[60] La question de savoir si le président a correctement établi les prix de transfert et s’il a bien

margins of dumping draw on the President's expertise in international trade matters. These issues are technical and the statute, in paragraphs 19(a) [as am. *idem*] and 19(b) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 155; 2005, c. 38, s. 134], confers some discretion on the President. Were courts to become mired in all the minutia of detail informing a margin of dumping calculation, it is sure that they would not see the light of day beneath the volumes of evidence that would assuredly be produced—as they were in this case—on judicial review. This factor points to more, and considerable, deference.

[61] The purpose of legislation factor is a neutral factor. While there are, maybe, some polycentric elements in the decision made by the President, he is not asked to make pronouncements on policy nor to balance the rights of competing economic factors. He is asked in the end to calculate dumping in a manner that conforms with the Act.

[62] Finally, the questions at issue are not purely legal issues, notwithstanding the applicant's efforts to characterize them as such. Determining transfer pricing is essentially fact specific, requiring first an investigation into whether a corporation actually sells to related companies and, if so, on what basis are transaction prices established. Similarly, the question of how dumping is determined, is essentially a mathematical calculation using data collected by the President. While these questions contain legal elements, the emphasis is largely factual. More deference is warranted.

[63] In the end, after balancing the four factors singled out by the Supreme Court of Canada, I reach the conclusion that the standard of review lays somewhere between the reasonableness standard and the patent unreasonableness standard. As I prefer to err on the side of caution, I will adopt the reasonableness standard.

calculé les marges de dumping relève de la compétence spécialisée du président en matière de commerce international. Ce sont des questions techniques et la Loi confère, à ses alinéas 19a) [mod., *idem*] et 19b) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 155; 2005, ch. 38, art. 134], une certaine latitude au président. Si les tribunaux judiciaires devaient s'embourber dans tous les menus détails ayant trait au calcul des marges de dumping, il est certain qu'ils crouleraient sous l'avalanche d'éléments de preuve qui leur seraient assurément présentés dans le cadre d'un contrôle judiciaire. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en l'espèce. Ce facteur commande une retenue encore plus grande de notre part.

[61] Le facteur de l'objet de la loi est un facteur neutre. Bien que sa décision puisse comporter certains éléments polycentriques, le président n'est pas appelé à se prononcer sur des principes ni à soupeser les droits conférés par des facteurs économiques opposés. Il est appelé en fin de compte à calculer le dumping d'une manière qui soit conforme à la Loi.

[62] Enfin, les questions en litige ne sont pas des questions purement juridiques, malgré les tentatives faites par la demanderesse pour les qualifier ainsi. L'établissement des prix de transfert est une démarche essentiellement axée sur les faits, qui exige dans un premier temps de s'assurer que la société en cause vend effectivement des produits à des sociétés apparentées et, dans l'affirmative, à vérifier à quelles conditions le prix des opérations est établi. De même, pour décider s'il y a dumping, on effectue essentiellement un calcul mathématique en se servant des données recueillies par le président. Bien que ces questions comportent des aspects juridiques, l'accent est essentiellement mis sur les faits, ce qui commande un degré de retenue plus élevé.

[63] En fin de compte, après avoir soupesé les quatre facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada, j'en arrive à la conclusion que la norme de contrôle applicable se situe quelque part entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision manifestement déraisonnable. Comme j'estime préférable de pécher par excès de prudence, je retiens la norme de la décision raisonnable.

Calculation of related party transaction prices

[64] The applicant has provided no example, no law, and no evidence to support its claim that related party transactions were accounted for improperly by the President. Its argument is based on a microscopic reading of one part of one sentence in the President's reasons, at paragraph 62, and on a misapprehension of what the President actually said in that sentence.

[65] According to section 2, the definition section of the Act, "normal value" means "normal value determined in accordance with sections 15 to 23 and 29 and 30". In this case, normal values were determined primarily under sections 15 [as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 134] and 19. Section 19 gives the President wide discretion as to which of the two methods prescribed by the Act should be used in a given case to determine the normal value of the goods. The method prescribed in paragraph 19(b) leads to the normal value of the goods being determined as "the aggregate of (i) the cost of production of the goods, (ii) a reasonable amount for administrative, selling and all other costs, and (iii) a reasonable amount for profits." The applicant alleges that the President did not include items (ii) and (iii) in the calculation. The evidence simply does not support the allegation. Furthermore, the President referred to "the total cost of the product," which encompasses the three items described above, and not, as suggested by the applicant, solely to "the cost of production."

[66] The applicant also alleges that the President erred in refusing to have the transfer prices between related parties tested in accordance with *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*. It was reasonably open to the President to find, as he did, that these guidelines did not pertain to domestic transfer prices between related companies, were primarily aimed at minimizing conflicts between tax administrations and were not binding on the Agency.

Calcul du prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés

[64] La demanderesse n'a cité aucun exemple, aucune règle de droit et aucun élément de preuve pour justifier son affirmation que le président a incorrectement calculé les opérations avec apparentés. Son argument repose sur une lecture microscopique d'une partie d'une des phrases des motifs du président, au paragraphe 62, et sur une mauvaise interprétation de ce que le président a effectivement dit dans ce passage.

[65] Aux termes de l'article 2 de la Loi — l'article des définitions — la « valeur normale » est « [l]a valeur établie conformément aux articles 15 à 23, 29 et 30 ». Dans le cas qui nous occupe, la valeur normale a surtout été établie conformément aux articles 15 [mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 134] et 19. L'article 19 confère au président un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la question de savoir laquelle des deux méthodes prescrites par la Loi devrait être utilisée dans un cas déterminé pour établir la valeur normale. Suivant la méthode prescrite à l'alinéa 19b), la valeur normale des marchandises correspond à la somme des montants suivants : « (i) le coût de production des marchandises, (ii) un montant raisonnable pour les frais, notamment les frais administratifs et les frais de vente, (iii) un montant raisonnable pour les bénéfices ». La demanderesse soutient que le président n'a pas tenu compte des montants (ii) et (iii) dans son calcul. Cette affirmation n'est tout simplement pas étayée par la preuve. Le président a parlé du « coût total du produit », lequel comprend les trois éléments susmentionnés et non, comme le prétend la demanderesse, uniquement « le coût de production ».

[66] La demanderesse allègue aussi que le président a commis une erreur en refusant de vérifier les prix de transfert entre les apparentés conformément aux *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises* de l'OCDE. Il était raisonnablement loisible au président de conclure, comme il l'a fait, que ces principes ne s'appliquent pas aux prix de transfert national entre sociétés apparentées, qu'ils visent surtout à minimiser les conflits entre les administrations fiscales et qu'ils ne lient pas l'Agence.

Calculation of the margin of dumping

[67] The third and final alleged error is with respect to the President's interpretation of subsection 30.2(1) of the Act. That subsection reads as follow:

30.2 (1) Subject to subsection (2), the margin of dumping in relation to any goods of a particular exporter is zero or the amount determined by subtracting the weighted average export price of the goods from the weighted average normal value of the goods, whichever is greater.

[68] The applicant, essentially, argues that the President erred in making "a significant departure from established practice in respect of the calculation of margins of dumping," i.e., to use the very words of the President, "in discontinuing the Agency's practice of zeroing for purpose of determining a margin of dumping for an exporter."

[69] A change of policy, in and of itself, is not an error unless it offends the enabling statute. Indeed, policies are rarely written in stone and it is very much within the realm of administrative tribunals to set them out and, when the need arises, to adapt them to new realities.

[70] I will not comment on the previous policy. The only question the Court must answer is whether it is reasonable to interpret subsection 30.2(1) of the Act as allowing the Agency, when determining a margin of dumping for an exporter, to take into consideration export sales that reveal no dumping (because their price is equal to or greater than the home-market sales price), a practice which will often result in a reduction of the overall margin of dumping found for that exporter.

[71] I see nothing in the language of subsection 30.2(1) which prevents taking into account all export sales price in order to determine the margins of dumping. Quite to the contrary, and the French text is perhaps even clearer in this regard, the method used is comparing the weighted average export price of the goods with their weighted average normal value.

Calcul de la marge de dumping

[67] La troisième et dernière erreur reprochée au président est son interprétation du paragraphe 30.2(1) de la Loi, qui est ainsi libellé :

30.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la marge de dumping relative à des marchandises d'un exportateur donné est égale à zéro ou, s'il est positif, au résultat obtenu en retranchant la moyenne pondérée du prix à l'exportation des marchandises de la moyenne pondérée de la valeur normale des marchandises.

[68] La demanderesse soutient essentiellement que le président a commis une erreur [TRADUCTION] « en s'écartant sensiblement de la pratique établie en matière de calcul des marges de dumping ». En effet, pour reprendre les paroles mêmes du président : « L'ASFC a récemment mis fin à sa pratique consistant à "réduire à zéro", c.-à-d. de déterminer la marge de dumping dans le cas de l'exportateur ».

[69] Un changement de politique ne constitue pas en soi une erreur, à moins qu'il ne contrevienne à la loi habilitante. D'ailleurs, les politiques sont rarement immuables et il est parfaitement loisible aux tribunaux administratifs de les formuler et de les modifier au besoin pour les adapter à de nouvelles réalités.

[70] Je ne vais pas commenter l'ancienne politique. La seule question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si l'on peut raisonnablement considérer que le paragraphe 30.2(1) de la Loi permet à l'Agence, lorsqu'elle calcule la marge de dumping d'un exportateur, de tenir compte des ventes à l'exportation qui ne révèlent pas de dumping (parce que leur prix est égal ou supérieur au prix de vente sur le marché intérieur), une pratique qui se traduit souvent par une réduction de la marge globale de dumping attribuée à l'exportateur en cause.

[71] Je ne vois rien dans le libellé du paragraphe 30.2(1) qui nous empêcherait de tenir compte de la totalité des ventes à l'exportation pour calculer les marges de dumping. Bien au contraire — et le texte français est peut-être plus clair à cet égard —, la méthode employée consiste à comparer la moyenne pondérée du prix à l'exportation des marchandises avec

Average weighting, in my view, calls for an examination of all the relevant export sales made during the relevant period, even those that show no dumping. The reference to “zero” in the subsection would be useless if, as argued by counsel, only sales that show evidence of dumping were to be considered.

[72] Some of the export sales may be at the same price as the home-market sales, some at a higher price and others at a lower price, with the result, respectively, of having a neutral effect on the margin of dumping, of reducing the margin of dumping and of increasing the margin of dumping. In order to account for the possibility that the average weighting of all the export sales result in a negative integer, the Act provides that a negative result be zeroed after the final weighted dumping margin has been established. In other words, zeroing does not occur on a transaction-by-transaction basis; it is only applied after the weighted margin of dumping is calculated.

[73] In the end, the final calculation will result either in zero or in a positive number. When it results in a positive number, that number becomes the margin of dumping and if it is less than two per cent of the export price, it will be deemed by section 2 of the Act to be “insignificant”. The President then has the duty, under section 35 [as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 17; 2005, c. 38, s. 134], to terminate the investigation.

[74] This approach is consistent with recent decisions of the World Trade Organization appellate body (see Appellate Body Report, *European Communities—Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India*, WT/DS141/AB/R (March 12, 2001); Appellate Body Report, *United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/AB/R (August 2004); and Appellate Body Report, *United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/AB/RW

la moyenne pondérée de la valeur normale des marchandises. L'établissement de la moyenne pondérée nous oblige, selon moi, à tenir compte de la totalité des ventes à l'exportation pertinentes réalisées au cours de la période en cause, même des ventes qui n'indiquent pas qu'il y a eu dumping. La mention du chiffre « zéro » dans ce paragraphe perdrait son sens si, comme le prétend l'avocat, on ne tenait compte que des ventes comportant des indices de dumping.

[72] Certaines des ventes à l'exportation peuvent avoir lieu au même prix que les ventes effectuées sur le marché intérieur, certaines peuvent être effectuées à un prix supérieur et d'autres à un prix inférieur, de sorte que ces ventes n'ont aucune incidence sur la marge de dumping dans la première hypothèse, ou la réduisent ou l'augmentent dans les deux autres cas. Pour tenir compte de la possibilité que l'établissement de la moyenne pondérée de l'ensemble des ventes à l'exportation se solde par un nombre entier négatif, la Loi prévoit que tout résultat négatif est ramené à zéro après que la marge de dumping pondérée définitive a été établie. En d'autres termes, la réduction à zéro n'a lieu qu'au cas par cas, selon l'opération considérée et elle n'est appliquée qu'une fois que la marge de dumping pondérée a été calculée.

[73] À terme, le calcul final égalera zéro ou se soldera par une valeur positive. Lorsqu'il se traduit par un chiffre positif, celui-ci devient la marge de dumping qui, si elle est inférieure à deux pour cent du prix à l'exportation des marchandises, est réputée « minimale » aux termes de l'article 2 de la Loi. L'article 35 [mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134] oblige alors le président à faire clore l'enquête.

[74] Cette méthode s'accorde avec les décisions récentes de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (voir Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde*, WT/DS 141/AB/R (12 mars 2001); Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis—Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS 264/AB/R (août 2004);

(August 15, 2006)). While these decisions are not binding on this Court and dealt with provisions of international agreements which are not literally similar to those found in the Canadian statute, it is not unreasonable for the Agency, nor for this Court, to take them into consideration.

[75] As the new approach adopted by the Agency is consistent with both the Canadian statute and international agreements to which Canada is a party, it can hardly be qualified as unreasonable.

Disposition

[76] For the above reasons, I would dismiss this application in so far as the People's Republic of China, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd and Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd are concerned, without costs.

[77] I would quash the application in so far as the other Chinese and the French exporters are concerned.

[78] I would dismiss the application with respect to all other respondents.

[79] I would grant costs to the respondents who have filed a memorandum of fact and law, it being understood that there will be one set of costs when various respondents were represented by the same counsel.

NOËL J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

et Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis —Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS 264/AB/RW (15 août 2006)). Bien que notre Cour ne soit pas liée par ces décisions, qui portaient sur les dispositions d'accords internationaux dont le libellé diffère quelque peu de celui que l'on trouve dans la loi canadienne, il n'est pas déraisonnable de la part de l'Agence ou de la Cour d'en tenir compte.

[75] Comme la nouvelle méthode adoptée par l'Agence s'accorde tant avec la Loi canadienne qu'avec les accords internationaux auxquels le Canada est partie, on ne peut guère la qualifier de déraisonnable.

Dispositif

[76] Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis de rejeter la présente demande en ce qui concerne la République populaire de Chine, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd et Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd, le tout sans frais.

[77] Je suis d'avis d'annuler la demande pour ce qui est des autres exportateurs chinois et français.

[78] Je suis d'avis de rejeter la demande en ce qui concerne toutes les autres défenderesses.

[79] Je suis d'avis d'adjuger les dépens aux défendeurs qui ont déposé un mémoire exposant les faits et le droit, à condition qu'il n'y ait qu'une seule série de dépens dans le cas des défendeurs qui étaient représentés par le même avocat.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis du même avis.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis du même avis.

IMM-63-05
2006 FC 1489

IMM-63-05
2006 CF 1489

The Law Society of Upper Canada (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration and Canadian Society of Immigration Consultants and Attorney General of Canada (*Respondents*)

and

The Federation of Law Societies of Canada (*Intervener*)

INDEXED AS: LAW SOCIETY OF UPPER CANADA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

Federal Court, Hughes J.—Toronto, December 4 and 6; Calgary, December 13, 2006.

Constitutional Law — Fundamental Principles — Application for declaration Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations) ultra vires — (1) Regulations not contrary to rule of law — Actions of legislative branch of government constrained by rule of law only to extent must comply with legislative requirements as to manner, form — (2) Regulations not creating delegation not statutorily authorized — Validity of delegated legislation assessed by determining whether Regulations consistent with powers given by statute; whether conforming to purposes thereof — (3) Parliament having broad power to delegate by way of regulation subject to scope, purpose of enabling legislation — Creation of Canadian Society of Immigration Consultants not unauthorized — Application dismissed.

Citizenship and Immigration — Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations) intra vires — Under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 5(1), 91, Governor in Council may make regulations governing who may, may not represent, advise, consult with person who is subject of proceeding, application before Minister, officer, Board — Regulations providing that, subject to certain “grandfathering”, only specific persons (lawyers, notaries, students-at-law, members of Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC)) may carry out duties specified therein — (1) Limited intervention of government in affairs of CSIC not inappropriate, excessive,

Le Barreau du Haut-Canada (*demandeur*)

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et la Société canadienne de consultants en immigration et le Procureur général du Canada (*défendeurs*)

et

La Fédération des Ordres professionnels de juristes du Canada (*intervenante*)

RÉPERTORIÉ : BARREAU DU HAUT-CANADA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (C.F.)

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 4 et 6 décembre; Calgary, 13 décembre 2006.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Demande de jugement déclaratoire portant que le Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) est ultra vires — 1) Le Règlement ne va pas à l’encontre de la primauté du droit — Les actes du pouvoir législatif sont limités par la primauté du droit seulement dans la mesure où ils doivent respecter des conditions légales de manière et de forme — 2) Le Règlement ne crée pas une délégation qui n’est pas autorisée par la Loi — La validité de la législation par délégation est évaluée en déterminant d’abord si le Règlement est compatible avec les pouvoirs conférés par la Loi et ensuite s’il est conforme à son objet — 3) Le Parlement possède un large pouvoir de déléguer au moyen d’un règlement, sous réserve de la portée et de l’objet de la loi habilitante — La création de la Société canadienne de consultants en immigration n’était pas interdite — Demande rejetée.

Citoyenneté et Immigration — Le Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) est intra vires — Aux termes des art. 5(1) et 91 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements prévoyant qui peut ou ne peut représenter une personne, dans toute affaire devant le ministre, l’agent ou la Commission, ou faire office de conseil — Le Règlement prévoit que, sous réserve de certaines dispositions relatives aux droits acquis, seules certaines personnes (avocats, notaires, stagiaires en droit, membres de la Société canadienne de consultants en immigration (SCCI)) peuvent exercer les fonctions qui y sont

unwarranted — Despite government's start-up loan to CSIC, organization no less independent from state — (2) Federal government having power to choose persons who may represent others for IRPA purposes — Exclusion of group of persons such as lawyers' assistants not discriminatory.

This was an application for a declaration that the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) are *ultra vires* on a number of grounds. Under subsection 5(1) and section 91 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), the Governor in Council may make regulations including those governing who may or may not represent, advise or consult with a person who is the subject of a proceeding or application before the Minister, an officer or the Board. The Regulations provide that, subject to certain “grandfathering”, only specific persons (lawyers, notaries, students-at-law, etc.) may carry out the duties specified above. The issue was whether the Regulations are *ultra vires* because they (1) are contrary to the rule of law; (2) create a delegation that is not statutorily authorized; (3) contain discriminatory provisions; and (4) exceed the scope of the regulation-making power conferred upon the Governor in Council in the Act.

Held, the application should be dismissed.

(1) The Regulations are not contrary to the rule of law. Actions of the legislative branch of government are constrained by the rule of law but only in that they must comply with legislative requirements as to manner and form (i.e. the procedures by which legislation is to be enacted, amended and repealed). In *Law Society of British Columbia v. Mangat*, the Supreme Court established that the federal government may provide for representation in respect of IRPA matters by persons who are not lawyers. The degree of participation by the government in lending money for the institution of CSIC and the limited intervention of the government in the affairs of that organization is not inappropriate, excessive or unwarranted and does not make CSIC members any less independent from the state.

(2) The Regulations do not create a delegation that is not statutorily authorized. In assessing the validity of Regulations, the correct approach is to determine whether the Regulations are consistent with the powers given by the statute and whether they conform to the purposes thereof. Reading section 91 of the IRPA in its entirety, the purpose and scope of

prévues — 1) L'intervention restreinte du gouvernement dans les affaires de la SCCI n'est pas inappropriée, excessive ou injustifiée — Malgré le prêt initial consenti à la SCCI par le gouvernement, l'organisation est quand même indépendante de l'État — 2) Le gouvernement fédéral est autorisé à choisir les personnes qui peuvent représenter d'autres personnes pour l'application de la LIPR — Le fait de ne pas choisir un groupe de personnes, comme les employés des avocats, n'est pas en soi discriminatoire.

Il s'agissait d'une demande de jugement déclaratoire portant que le *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le *Règlement*) est *ultra vires* pour plusieurs motifs. Comme le prévoient le paragraphe 5(1) et l'article 91 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements qui prévoient notamment qui peut ou ne peut représenter une personne, dans toute affaire devant le ministre, l'agent ou la Commission, ou faire office de conseil. Le *Règlement* en question prévoit que, sous réserve de certaines dispositions relatives aux droits acquis, seules certaines personnes (avocats, notaires, stagiaires en droit, etc.) peuvent exercer les fonctions susmentionnées. Il y avait lieu de déterminer si le *Règlement* était *ultra vires* pour l'un ou l'autre des motifs suivants : 1) il va à l'encontre de la primauté du droit; 2) il crée une délégation qui n'est pas autorisée par la Loi; 3) il renferme des dispositions discriminatoires; 4) il excède la portée du pouvoir de réglementation conféré par la Loi au gouverneur en conseil.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) Le *Règlement* ne va pas à l'encontre de la primauté du droit. Les actes du pouvoir législatif sont limités par la primauté du droit, mais seulement dans la mesure où ils doivent respecter des conditions légales de manière et de forme (c'est-à-dire les procédures d'adoption, de modification et d'abrogation des lois). Dans l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Mangat*, la Cour suprême a décidé que le gouvernement fédéral peut prévoir la représentation dans toute affaire concernant la LIPR par des personnes qui ne sont pas des avocats. La participation du gouvernement, lorsqu'il prête de l'argent aux fins de la création de la SCCI, et l'intervention restreinte du gouvernement dans les affaires de cette organisation ne sont pas inappropriées, excessives ou injustifiées, et les membres de la SCCI demeurent indépendants de l'État.

2) Le *Règlement* ne crée pas une délégation qui n'est pas autorisée par la Loi. S'agissant de la validité du *Règlement*, l'approche qu'il convient d'adopter consiste à déterminer d'abord si le *Règlement* est compatible avec les pouvoirs conférés par la Loi et ensuite s'il est conforme à son objet. La lecture de l'article 91 de la LIPR au complet permet de

permitted delegated legislation is to govern who may and may not represent, advise or consult. The Regulations therefore conform to the statute since they state who may represent persons in dealing with the IRPA and before the Board. The naming of one group of such persons as being members of the Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC) is no different than the naming of another group. That CSIC is a brand new organization whose by-laws and rules were not yet in place when the Regulations took effect does not make the Regulations invalid. Finally, it was clearly established in *Mangat* that the federal government could designate non-lawyers to the task of representation.

(3) The Regulations are also not discriminatory. The Regulations, by implication, exclude employees of lawyers, such as paralegals, from representing persons in IRPA matters and before the Board although they have historically done so. In order to carry out those tasks, those persons would have to become members of CSIC and therefore be subject to discipline by CSIC. As members of CSIC, if disciplinary proceedings were to be instituted against those individuals, they could not defend themselves properly by providing CSIC with their client's files since they would be subject to solicitor-client privilege, which can only be waived by the client. Because the federal government has the power to choose persons who can represent others for IRPA purposes, excluding a group of persons is not in itself discriminatory. To the extent that solicitor-client privilege could cause an issue in respect of disciplinary proceedings, CSIC and the law societies can negotiate suitable arrangements such as the transfer for disciplinary hearings respecting lawyers' employees to the appropriate law society. It has been held that the non-legal body should defer to the appropriate legal body (law societies) or time its proceedings in such a way as to preserve substantive rights.

(4) The Regulations do not exceed the powers conferred by the statute. Since the statute says that the Regulations may govern who may or may not represent, advise or consult in respect of IRPA matters, the Regulations are consistent with the statute's purpose in defining that lawyers, notaries, students-at-law and CSIC members are persons who may represent, advise or consult. Parliament has broad power to delegate by way of regulation subject to the scope and purpose of the enabling legislation. With respect to the institution of CSIC, the determination of whether a statute is needed for the creation of a self-governing body is a matter for Parliament or the provincial legislatures. Therefore, the Regulations are *intra vires*.

constater que l'objet et l'étendue de la législation par délégation autorisée est d'indiquer qui peut et qui ne peut pas représenter une personne, ou faire office de conseil. Par conséquent, le Règlement est conforme à la Loi, puisqu'il prévoit qui peut représenter une personne dans toute affaire concernant la LIPR et devant la Commission. La désignation d'un groupe de personnes en tant que membres de la Société canadienne de consultants en immigration (SCCI) n'est pas différente de la désignation d'un autre groupe. Ce n'est pas parce que la SCCI est une organisation qui vient à peine d'être créée et que ses statuts et règles n'avaient pas encore tous été adoptés lorsque le Règlement est entré en vigueur que le Règlement est nul pour autant. Enfin, la Cour suprême a clairement dit dans *Mangat* que le gouvernement fédéral pouvait désigner des non-avocats.

3) Le Règlement n'est pas discriminatoire. Il empêche implicitement les employés des avocats, comme les agents parajuridiques, de comparaître devant la Commission et d'agir pour des personnes touchées par la LIPR, même s'ils l'ont toujours fait. Afin d'exercer leurs activités, ces personnes seraient obligées de devenir membres de la SCCI et seraient donc assujetties à la discipline de la SCCI. En leur qualité de membres de la SCCI, les adjoints faisant l'objet de procédures disciplinaires ne pourraient pas se défendre convenablement en fournissant les dossiers de leurs clients à la SCCI étant donné qu'ils seraient assujettis au secret professionnel, auquel seul le client peut renoncer. Le gouvernement fédéral est autorisé à choisir les personnes qui peuvent représenter d'autres personnes pour l'application de la LIPR et, partant, ne pas choisir un groupe de personnes n'est pas en soi discriminatoire. Dans la mesure où le secret professionnel peut poser un problème dans une procédure disciplinaire, la SCCI et les barreaux peuvent prendre les dispositions appropriées, comme le renvoi au barreau concerné des audiences disciplinaires concernant les employés des avocats. Il a été statué que l'organisme non juridique doit s'en remettre à l'organisme juridique (barreaux) ou du moins faire coïncider ses procédures de façon à préserver les droits substantiels.

4) Le Règlement n'exécède pas les pouvoirs conférés par la Loi. Celle-ci dispose que le Règlement peut prévoir qui peut ou ne peut pas représenter une personne dans toute affaire concernant la LIPR, ou faire office de conseil, et le Règlement est conforme à l'objet de la Loi, qui prévoit que les avocats, les notaires, les stagiaires en droit et les membres de la SCCI peuvent agir à titre de représentants et de conseil. Le Parlement possède un large pouvoir de déléguer au moyen d'un règlement, sous réserve de la portée et de l'objet de la loi habilitante. S'agissant de la création de la SCCI, il appartient au Parlement ou aux législatures provinciales de décider de la nécessité d'édicter une loi aux fins de la création d'un organisme autonome. Par conséquent, le Règlement est *intra vires*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Act of Settlement (The), 1700 (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2.
Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32, Part II.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2)(e), 5(1), 91.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 2 “authorized representative” (as am. by SOR/2004-59, s. 1), 13.1 (as enacted *idem*, s. 3).
Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2004-59.
War Measures Act, R.S.C. 1927, c. 206.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Law Society of British Columbia v. Mangat, [2001] 3 S.C.R. 113; (2001), 205 D.L.R. (4th) 577; [2002] 2 W.W.R. 201; 96 B.C.L.R. (3d) 1; 157 B.C.A.C. 161; 16 Imm. L.R. (3d) 1; 276 N.R. 339; 2001 SCC 67; *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595; (1995), 125 D.L.R. (4th) 141; 30 Imm. L.R. (2d) 139; 180 N.R. 330 (C.A.); *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705; 16 D.L.R. (4th) 259; 7 O.A.C. 283 (C.A.); *affd sub nom. Peralta v. Ontario*, [1988] 2 S.C.R. 1045; (1988), 66 O.R. (2d) 543; 56 D.L.R. (4th) 575; 89 N.R. 323; 31 O.A.C. 319; *Dene Nation (The) v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 942; (1984), 6 Admin. L.R. 268; 13 C.E.L.R. 139 (T.D.); *Wilder v. Ontario Securities Commission* (2001), 53 O.R. (3d) 519; 197 D.L.R. (4th) 193; 142 O.A.C. 300 (C.A.).

CONSIDERED:

Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al., [1982] 2 S.C.R. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473; (2005), 257 D.L.R. (4th) 193; [2006] 1 W.W.R. 201; 45 B.C.L.R. (4th) 1; 218 B.C.A.C. 1; 339 N.R. 129; 2005 SCC 49; *Pearlman v. Manitoba Law Society/Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; (1991), 84 D.L.R. (4th) 105; [1991] 6 W.W.R. 289; 75 Man. R. (2d) 81; 2 Admin. L.R. (2d) 185; 6 C.R.R. (2d) 259; 130 N.R. 121.

REFERRED TO:

Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals, [1943] S.C.R. 1; [1943] 1 D.L.R. 248;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Act of Settlement (The), 1700 (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2.
Loi des mesures de guerre, S.R.C. 1927, ch. 206.
Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-32, partie II.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2)e), 5(1), 91.
Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2004-59.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 2 « représentant autorisé » (mod. par DORS/2004-59, art. 1), 13.1 (édicte, *idem*, art. 3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Law Society of British Columbia c. Mangat, [2001] 3 R.C.S. 113; 2001 CSC 67; *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.); *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705; 16 D.L.R. (4th) 259; 7 O.A.C. 283 (C.A.); *conf. par sub nom. Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045; *Nation déniee c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 942 (1^{re} inst.); *Wilder c. Ontario Securities Commission* (2001), 53 O.R. (3d) 519; 197 D.L.R. (4th) 193; 142 O.A.C. 300 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et autre, [1982] 2 R.C.S. 307; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473; 2005 CSC 49; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869.

DÉCISIONS CITÉES :

Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals, [1943] R.C.S. 1; *Hodge v. Reg.* (1883), 9

(1943), 79 C.C.C. 1; *Hodge v. Reg.* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.); *Gray (In re)* (1918), 57 S.C.R. 150; *Attorney-General of Canada et al. v. Nolan and Hallett & Carey Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 433; (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 23 (J.C.P.C.).

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1977.
 Ontario. Professional Organizations Committee. *The Report of the Professional Organizations Committee*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1980.

APPLICATION for a declaration that the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations* are *ultra vires* on a number of grounds and in particular given the implied exclusion found in the definition of “authorized representative” in section 2 thereof. Application dismissed.

APPEARANCES:

Bryan Finlay, Q.C., Marie-Andrée Vermette and Caroline Abela for applicant.
Marianne Zoric, Catherine C. Vasilaros and Matina Karvellas for respondents Attorney General of Canada and Minister of Citizenship and Immigration.
John E. Callaghan and Benjamin Na for respondent Canadian Society of Immigration Consultants.
Chris G. Paliare and Andrew K. Lokan for intervener The Federation of Law Societies of Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

WeirFoulds LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents Attorney General of Canada and Minister of Citizenship and Immigration.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for respondent Canadian Society of Immigration Consultants.

App. Cas. 117 (P.C.); *Gray (In re)* (1918), 57 S.C.R. 150; *Attorney-General of Canada et al. v. Nolan and Hallett & Carey Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 433; (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 23 (J.C.P.C.).

DOCTRINE CITÉE

Côté, Pierre-André *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Éditions Thémis, 1999.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf). Toronto : Carswell, 1977.
 Ontario. Professional Organizations Committee. *The Report of the Professional Organizations Committee*. Toronto : Ministry of the Attorney General, 1980.

DEMANDE de jugement déclaratoire portant que le *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est *ultra vires* pour plusieurs motifs, et notamment vu l'exclusion implicite prévue dans la définition du terme « représentant autorisé » à l'article 2 du Règlement. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Bryan Finlay, c.r., Marie-Andrée Vermette et Caroline Abela pour le demandeur.
Marianne Zoric, Catherine C. Vasilaros et Matina Karvellas pour les défendeurs, le procureur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.
John E. Callaghan et Benjamin Na pour la défenderesse, la Société canadienne de consultants en immigration.
Chris G. Paliare et Andrew K. Lokan pour l'intervenante, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

WeirFoulds LLP, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs, le procureur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.
Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Toronto, pour la défenderesse, la Société canadienne de consultants en immigration.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, for intervener The Federation of Law Societies of Canada.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, pour l'intervenante, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

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

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

[1] HUGHES J.: The applicant, the Law Society of Upper Canada, seeks a declaration that the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2004-59 are *ultra vires*. For the reasons that follow, I find that the Regulations are valid and *intra vires*.

[1] LE JUGE HUGHES : Le demandeur, le Barreau du Haut-Canada, sollicite un jugement déclaratoire portant que le *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2004-59, est *ultra vires*. Pour les motifs ci-après énoncés, je conclus que le Règlement est valide et *intra vires*.

[2] The *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27 provides in paragraph 3(2)(e) that one of the objectives of that Act is to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings. IRPA provides that the Governor in Council may make regulations including, as provided in subsection 5(1) and section 91:

[2] La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), prévoit, à l'alinéa 3(2)e, que la Loi a notamment pour objet de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tous les êtres humains. La LIPR prévoit que le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment, comme le prévoient le paragraphe 5(1) et l'article 91 :

5. (1) Except as otherwise provided, the Governor in Council may make any regulation that is referred to in this Act or that prescribes any matter whose prescription is referred to in this Act.

5. (1) Le gouverneur en conseil peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, prendre les règlements d'application de la présente loi et toute autre mesure d'ordre réglementaire qu'elle prévoit.

...

[...]

91. The regulations may govern who may or may not represent, advise or consult with a person who is the subject of a proceeding or application before the Minister, an officer or the Board.

91. Les règlements peuvent prévoir qui peut ou ne peut représenter une personne, dans toute affaire devant le ministre, l'agent ou la Commission, ou faire office de conseil.

[3] Shortly after IRPA was enacted, an external Advisory Committee was established by the Minister of Citizenship and Immigration to identify concerns and prepare recommendations as to those persons who, for a fee, could represent other persons in respect of matters arising out of IRPA including appearing on behalf of such other persons before the Immigration and Refugee Board. After consultations, receipt of submission reports and appropriate publication, none of which is contested, the Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 2 (as am. by SOR/

[3] Peu de temps après que la LIPR eut été édictée, un comité consultatif externe a été établi par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vue d'identifier les questions et de préparer des recommandations au sujet des personnes qui, contre rémunération, pouvaient représenter d'autres personnes dans des affaires concernant la LIPR, et notamment comparaître pour le compte de ces autres personnes devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Après consultation et réception des rapports soumis et leur publication, ce qui n'est pas contesté, le Règlement qui

2004-59, s. 1), 13.1 (as enacted *idem*, s. 3)] now in issue were made. They state:

INTERPRETATION

2. The definitions in this section apply in these Regulations

...

“authorized representative” means a member in good standing of a bar of a province, the Chambre des notaires du Québec or the Canadian Society of Immigration Consultants incorporated under Part II of the *Canada Corporations Act* on October 8, 2003.

...

REPRESENTATION FOR A FEE

13.1 (1) Subject to subsection (2), no person who is not an authorized representative may, for a fee, represent, advise or consult with a person who is the subject of a proceeding or application before the Minister, an officer or the Board.

(2) A person who is not an authorized representative may, for a period of four years after the coming into force of this section, continue for a fee to represent, advise or consult with a person who is the subject of a proceeding or application before the Minister, an officer or the Board, if

(a) the person was providing any of those services to the person who is the subject of the proceeding or application on the coming into force of this section; and

(b) the proceeding or application is the same proceeding or application that was before the Minister, an officer or the Board on the coming into force of this section.

(3) A student-at-law shall not be deemed under subsection (1) to be representing, advising or consulting for a fee if the student-at-law is acting under the supervision of a member in good standing of a bar of a province or the Chambre des notaires du Québec who represents, advises or consults with the person who is the subject of the proceeding or application.

[4] In brief, the Regulations at issue provide that, subject to certain “grandfathering”, only the following

est ici en litige a été pris [*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 2 (mod. par DORS/2004-59, art. 1), 13.1 (édicte, *idem*, art. 3)]. Il est rédigé comme suit :

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION

2. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

[...]

« représentant autorisé » Membre en règle du barreau d’une province, de la Chambre des notaires du Québec ou de la Société canadienne de consultants en immigration constituée aux termes de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes* le 8 octobre 2003.

[...]

REPRÉSENTATION CONTRE RÉMUNÉRATION

13.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), il est interdit à quiconque n’est pas un représentant autorisé de représenter une personne dans toute affaire devant le ministre, l’agent ou la Commission, ou de faire office de conseil, contre rémunération.

(2) Quiconque n’est pas un représentant autorisé peut, pour la période de quatre ans suivant la date d’entrée en vigueur du présent article, continuer de représenter une personne dans toute affaire devant le ministre, l’agent ou la Commission, ou de faire office de conseil, contre rémunération, si les conditions suivantes sont réunies :

a) il agissait à ce titre à l’égard de cette personne à l’entrée en vigueur du présent article;

b) l’affaire est la même que celle qui était devant le ministre, l’agent ou la Commission à l’entrée en vigueur du présent article.

(3) Pour l’application du paragraphe (1), un stagiaire en droit n’est pas considéré comme représentant une personne ou faisant office de conseil contre rémunération s’il agit sous la supervision d’un membre en règle du barreau d’une province ou de la Chambre des notaires du Québec qui représente cette personne dans toute affaire ou qui fait office de conseil.

[4] En résumé, le Règlement en question prévoit que, sous réserve de certaines dispositions relatives aux

persons may, for a fee, represent, advise or consult with a person who is the subject of an IRPA proceeding, before the Minister, an officer or the Board:

- A lawyer in good standing as a member of a provincial bar;
- A notary who is a member of the Chambre des notaires du Québec;
- A student-at-law supervised by such a lawyer or notary; and
- A member in good standing of the Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC) incorporated under Part II of the *Canada Corporations Act* [R.S.C. 1970, c. C-32] on October 8, 2003.

[5] The applicant, Law Society, supported by the intervener, the Federation of Law Societies of Canada, submits that these Regulations are *ultra vires* on one or more of the following grounds:

- (1) they are contrary to the rule of law;
- (2) they create a delegation that is not statutorily authorized;
- (3) they contain discriminatory provisions; and
- (4) they exceed the scope of the regulation-making power conferred upon the Governor in Council in the Act.

[6] The intervener Federation raised an issue that could be said to be a subset of the issues of the Law Society, particularly issue (3). The Federation argues that lawyers' assistants such as paralegals have historically appeared before the Board and acted for persons affected by IRPA. These persons will not be able to continue to do so unless they become members of CSIC. As members of CSIC, if such persons were to be the subject of disciplinary proceedings, they could not, in their defence, provide CSIC with their client's files as they would be subject to solicitor-client privilege which only the client could waive. Thus the paralegal

droits acquis, seules les personnes suivantes peuvent représenter une personne dans toute affaire concernant la LIPR, devant le ministre, l'agent ou la Commission, ou faire office de conseil, contre rémunération :

- un avocat qui est membre en règle du barreau d'une province;
- un notaire qui est membre de la Chambre des notaires du Québec;
- un stagiaire en droit supervisé par un avocat ou par un notaire;
- un membre en règle de la Société canadienne de consultants en immigration (la SCCI), constituée aux termes de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes* [S.R.C. 1970, ch. C-32], le 8 octobre 2003.

[5] Le demandeur, le Barreau, appuyé par l'intervenante, la Fédération des Barreaux du Canada, soutient que ce règlement est *ultra vires*, et ce, pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

- 1) il va à l'encontre de la primauté du droit;
- 2) il crée une délégation qui n'est pas autorisée par la loi;
- 3) il renferme des dispositions discriminatoires;
- 4) il excède la portée du pouvoir de réglementation conféré par la Loi au gouverneur en conseil.

[6] La Fédération intervenante a soulevé une question qui pourrait être considérée comme constituant un sous-ensemble des questions soulevées par le Barreau, en particulier la troisième question. La Fédération soutient que les adjoints des avocats, comme les agents parajuridiques, ont toujours comparu devant la Commission et qu'ils ont toujours agi pour des personnes touchées par la LIPR. Ces adjoints ne pourront pas continuer à agir ainsi à moins de devenir membres de la SCCI. En leur qualité de membres de la SCCI, les adjoints faisant l'objet de procédures disciplinaires ne pourraient pas, dans le cadre de leur

would be unable to mount a proper defence if the client did not waive privilege. This, the Federation argues, would be discriminatory.

[7] The respondents, the Minister of Citizenship and Immigration, the Attorney General of Canada and the Canadian Society of Immigration Consultants (CSIC) support the validity of the Regulations. They remind the Court that Regulations are presumed to be valid and that they are deemed to be *intra vires* and coherent with the enabling statute (Côté, Pierre-André *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed.) Scarborough, Ont. : Carswell, 2000, at pages 369-372). The onus rests upon the applicant to demonstrate otherwise.

[8] All parties before this Court are in agreement that there have been problems experienced by potential immigrants and refugees who seek to avail themselves of the provisions of IRPA and have at times been exploited by others who are not lawyers but call themselves immigration consultants or use similar terms. Such consultants, for a fee, have dealt with those persons administering IRPA and appeared before the Board on behalf of potential immigrants and refugees. The representation afforded by such consultants has, on a number of occasions, been questionable to such an extent that a clear need was perceived by a large number of persons in government and in the private sector for reform and regulation.

[9] The Supreme Court of Canada in *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113 (*Mangat*), considered the question as to whether the regulation of such persons was within the jurisdiction of the provinces or the federal government. That Court decided that the federal government had the power to establish tribunals respecting aliens and naturalization and to govern who appeared before these tribunals. At paragraph 34 of its unanimous decision the Court said:

défense, fournir les dossiers de leurs clients à la SCCI étant donné qu'ils seraient assujettis au secret professionnel, auquel seul le client peut renoncer. Ces adjoints ne seraient donc pas en mesure d'élaborer une défense appropriée si le client ne renonçait pas au secret professionnel. Selon la Fédération, cela serait discriminatoire.

[7] Les défendeurs, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, le procureur général du Canada et la Société canadienne de consultants en immigration (la SCCI), appuient la validité du Règlement. Ils rappellent à la Cour que le Règlement est présumé valide et qu'il est réputé *intra vires* et conforme à la loi habilitante (Côté, Pierre-André *Interprétation des lois* (3^e éd.) Montréal : Éditions Thémis, 1999, aux pages 468 à 472). Il incombe au demandeur de démontrer le contraire.

[8] Toutes les parties ici présentes conviennent que les immigrants et réfugiés éventuels qui cherchent à se prévaloir des dispositions de la LIPR ont fait face à des problèmes et qu'ils ont parfois été exploités par d'autres personnes qui ne sont pas des avocats, mais qui se présentent comme étant des consultants en immigration ou qui se donnent un titre similaire. Ces consultants, contre rémunération, ont traité avec les fonctionnaires chargés d'appliquer la LIPR et ont comparu devant la Commission pour le compte d'immigrants et de réfugiés éventuels. La représentation assurée par de tels consultants a été, à plusieurs reprises, contestable à un point tel qu'un grand nombre de personnes, au sein du gouvernement et du secteur privé, estimaient qu'une réforme et une réglementation étaient clairement nécessaires.

[9] Dans l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113 (*Mangat*), la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si la réglementation de pareilles personnes relevait de la compétence des provinces ou de la compétence du gouvernement fédéral. La Cour a statué que le gouvernement fédéral était autorisé à établir des tribunaux à l'égard des étrangers et de la naturalisation et à régir les personnes qui comparaissaient devant ces tribunaux. Au paragraphe 34 de la décision qu'elle a rendue à l'unanimité, la cour a dit ce qui suit :

Flowing from this jurisdiction over aliens and naturalization is the authority to establish a tribunal to determine immigration rights in individual cases as part of the administration of these rights. Also flowing from this jurisdiction is the authority to provide for the powers of such a tribunal and its procedure including that of appearance before it. The federal legislative jurisdiction in the field of aliens and naturalization includes the power to establish a tribunal like the IRB since that jurisdiction includes the power to make decisions as to who constitutes an alien and who ought to be naturalized. In order to make such decisions while ensuring compliance with the requirements of natural justice and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the federal government must be free to determine the nature and content of, and participants in, a fair procedure for making such determinations.

That Court also determined at paragraphs 59 through 67 that the federal government could deal with/ascertain the representation of others, for a fee, to be undertaken by persons other than lawyers. It said at the conclusion of paragraph 58:

Representation by non-lawyers is consistent with the purpose of such administrative bodies, which is to facilitate access to and decrease the formality of these bodies as well as to acknowledge the expertise of other classes of people.

[10] The applicant and the intervener both agree, based on *Mangat*, that the federal government can provide for a scheme whereby persons other than lawyers, can for a fee, represent others in dealing with IRPA and appearing before the Board. The real issue that they raise is whether it was done correctly in the circumstances now before the Court.

[11] I will turn to the several grounds as to validity raised by the applicant and intervener.

1. Are the Regulations contrary to the rule of law

[12] The applicant argues that judicial independence, tracing its origins at least as far back as *The Act of Settlement, 1700* [(U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2] is a cornerstone of the adjudicative process and the judicial branch of government. Associated with that is the

De cette compétence relative à la naturalisation et aux aubains découle le pouvoir de constituer un tribunal administratif chargé de statuer sur les droits en matière d'immigration dans chaque cas particulier, dans le cadre de l'administration de ces droits. La capacité de prescrire les pouvoirs d'un tel tribunal et sa procédure, dont la procédure de comparution devant lui, découle également de cette compétence. La compétence législative fédérale dans le domaine de la naturalisation et des aubains comporte le pouvoir d'établir un tribunal comme la CISR, étant donné qu'elle inclut le pouvoir de décider qui est un étranger et qui devrait être naturalisé. Pour que de telles décisions puissent respecter les exigences de la justice naturelle et la *Charte canadienne des droits et libertés*, le gouvernement fédéral doit pouvoir déterminer la nature et le contenu d'une procédure équitable en la matière et qui peut y participer.

La Cour suprême a également conclu, aux paragraphes 59 à 67, que le gouvernement fédéral pouvait régir la représentation, contre rémunération par des personnes autres que des avocats. Voici ce que la Cour suprême a dit à la fin du paragraphe 58 :

La représentation par des non-avocats est conforme à l'objet de ces organismes administratifs qui est de les rendre plus accessibles et d'en réduire le formalisme, ainsi que de reconnaître l'expertise d'autres catégories de personnes.

[10] En se fondant sur l'arrêt *Mangat*, le demandeur et l'intervenante conviennent que le gouvernement fédéral peut mettre sur pied un régime par lequel des personnes autres que des avocats peuvent, contre rémunération, représenter d'autres personnes dans toute affaire concernant la LIPR et peuvent comparaître devant la Commission. La question véritable qu'ils soulèvent est de savoir si cela a été fait correctement, eu égard aux circonstances qui nous occupent.

[11] J'examinerai maintenant les différents motifs liés à la question de la validité invoqués par le demandeur et par l'intervenante.

1. Le Règlement va-t-il à l'encontre de la primauté du droit?

[12] Le demandeur soutient que l'indépendance judiciaire, qui remonte au moins à l'*Act of Settlement 1700* [(R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2], est une pierre angulaire du processus décisionnel et du pouvoir judiciaire, à laquelle vient s'ajouter le principe fonda-

fundamental principle of the independence of the bar. As stated by the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307, at pages 335-336:

The independence of the Bar from the state in all its pervasive manifestations is one of the hallmarks of a free society. Consequently, regulation of these members of the law profession by the state must, so far as by human ingenuity it can be so designed, be free from state interference, in the political sense, with the delivery of services to the individual citizens in the state, particularly in fields of public and criminal law. The public interest in a free society knows no area more sensitive than the independence, impartiality and availability to the general public of the members of the Bar and through those members, legal advice and services generally.

[13] CSIC members, the applicant argues, are not independent from the state. The applicant points out that the evidence shows that the government has provided a start-up loan to CSIC which provides for significant monitoring of CSIC affairs by the government. The applicant draws attention to evidence showing active participation by the government in the affairs of CSIC as a result of the provisions of the loan agreement and at the Board of Directors level.

[14] The respondents argue that the rule of law, as explained by the Supreme Court of Canada in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, at paragraphs 57 through 68, is not something that advocates should read into anything simply because it may support their particular view of what the law should be. As stated at paragraph 60 of those reasons, actions of the legislative branch of government are constrained by the rule of law, but only in the sense that they must simply comply with legislative requirements as to manner and form, that is, the procedures by which legislation is to be enacted, amended and repealed.

[15] The respondents' position is correct. The Supreme Court of Canada, in *Mangat*, has already determined that the federal government may provide for representation in respect of IRPA matters, by persons who are not lawyers. Treasury Board has created a

mental de l'indépendance du barreau. Comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans l'arrêt *Procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et autre*, [1982] 2 R.C.S. 307, aux pages 335 et 336 :

L'une des marques d'une société libre est l'indépendance du barreau face à un État de plus en plus envahissant. En conséquence, la réglementation des membres du barreau par l'État doit, dans la mesure où cela est humainement possible, être exempte de toute ingérence politique dans la fourniture de services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal. Du point de vue de l'intérêt public dans une société libre, il est des plus importants que les membres du barreau soient indépendants, impartiaux et accessibles et que le grand public ait, par leur intermédiaire, accès aux conseils et aux services juridiques en général.

[13] Selon le demandeur, les membres de la SCCI ne sont pas indépendants de l'État. Le demandeur signale que la preuve montre que le gouvernement a consenti un prêt initial à la SCCI, dans le cadre duquel il assure une surveillance étroite des affaires de la SCCI. Le demandeur attire l'attention de la Cour sur la preuve montrant que le gouvernement participe activement aux affaires de la SCCI, par suite des dispositions du contrat de prêt ainsi qu'au niveau du conseil d'administration.

[14] Les défendeurs soutiennent que la primauté du droit, telle qu'elle a été expliquée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, aux paragraphes 57 à 68, ne doit pas être interprétée par les défenseurs d'une cause comme étant incorporée à quelque chose simplement parce que cela peut étayer leur point de vue particulier au sujet de ce que devrait être le droit. Comme il a été dit au paragraphe 60 des motifs, les actes du pouvoir législatif sont limités par la primauté du droit, mais seulement dans le sens où ils doivent respecter des conditions légales de manière et de forme, c'est-à-dire les procédures d'adoption, de modification et d'abrogation des lois.

[15] La position prise par les défendeurs est exacte. Dans l'arrêt *Mangat*, la Cour suprême du Canada a déjà décidé que le gouvernement fédéral peut prévoir la représentation dans toute affaire concernant la LIPR par des personnes qui ne sont pas des avocats. Le Conseil du

policy under its Results-based Management Accountability Framework (RMAF) and the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) to guide administrators and ensure accountability during the execution of government programs and funding initiatives.

[16] The degree of participation by the government in lending money for the institution of CSIC and the limited intervention of the government in the affairs of that organization is not inappropriate and in no way has been shown to be excessive or unwarranted. The role of government in the affairs of CSIC is that of nurturing a new organization so that it may serve persons in need of its services in an appropriate and independent manner.

[17] The rule of law cannot be used in the present circumstances to set aside the Regulations at issue.

2. Do the Regulations create a delegation that is not statutorily authorized?

[18] The Regulations, in addition to providing that lawyers, notaries and students-at-law may represent persons, provides that members of CSIC, a corporation incorporated under Part II of the *Canada Corporations Act*, may do so. At the time that the Regulations took effect CSIC, was incorporated but did not have a complete set of rules, procedures and by-laws.

[19] The applicants argue that CSIC was barely functioning when the Regulations took effect. It is their contention that there is no structure set out in the Regulations as to how CSIC is to be administered, how its members are selected, educated or disciplined. CSIC, in effect, has been given an unfettered discretion over its membership. Thus CSIC has, in effect, been given an improper delegation as to who may represent persons as to IRPA matters and appear before the Board.

Trésor a mis sur pied une politique au moyen du Cadre de gestion et de responsabilisation axé sur les résultats et du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation pour guider les administrateurs et assurer le respect de l'obligation de rendre compte dans le cadre de la réalisation de programmes gouvernementaux et d'initiatives en matière de financement.

[16] La participation du gouvernement, lorsqu'il prête de l'argent aux fins de la création de la SCCI, et l'intervention restreinte du gouvernement dans les affaires de cette organisation ne sont pas inappropriées et il n'a nullement été démontré qu'elles étaient excessives ou injustifiées. Le rôle du gouvernement dans les affaires de la SCCI consiste à assurer l'essor d'une nouvelle organisation, de façon qu'elle puisse servir les personnes qui ont besoin de ses services, d'une façon acceptable et indépendante.

[17] Eu égard aux circonstances de l'affaire, la primauté du droit ne peut pas être utilisée en vue d'annuler le Règlement.

2. Le Règlement crée-t-il une délégation qui n'est pas autorisée par la loi?

[18] En plus de prévoir que les avocats, les notaires et les stagiaires en droit peuvent agir comme représentants, le Règlement prévoit que les membres de la SCCI, une société constituée aux termes de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes*, peuvent également agir comme représentants. Au moment où le Règlement a pris effet, la SCCI était constituée, mais aucun ensemble de règles, de procédures et de statuts n'avaient encore été adoptés.

[19] Le demandeur soutient que la SCCI venait à peine d'entreprendre ses activités lorsque le Règlement a pris effet. Selon lui, le Règlement n'établit aucune structure aux fins de l'administration de la SCCI, du choix de ses membres, de leur formation ou de leur discipline. En fait, la SCCI s'est vu conférer un pouvoir discrétionnaire absolu sur ses membres. Par conséquent, la SCCI s'est vu accorder, d'une façon irrégulière, un pouvoir délégué lorsqu'il s'agit de savoir qui peut représenter une personne dans toute affaire concernant la LIPR et qui peut comparaître devant la Commission.

[20] The applicants submit the use of the word “govern” in section 91 does not confer broad authority to the Governor in Council and it is indicative of Parliament’s intent that the Regulations ought to prescribe rules or standards. They acknowledge that there have been instances where the government has, by statute, given broad regulation-making powers to the Governor in Council but such instances are those of national emergency such as under the *War Measures Act* [R.S.C. 1927, c. 206], see e.g. *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1.

[21] The respondents say that the correct approach to regulations such as this is to determine first whether the regulations are consistent with the powers given by the statute, and then to determine if the regulations conform to the purposes of the statute. They cite the Federal Court of Appeal at page 602 of their reasons in *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.) as instructive:

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court’s policy preferences. The essential question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? In looking at the statutory source of authority one must seek all possible *indicia* as to the purpose and scope of permitted delegated legislation. Any limitations, express or implied, on the exercise of that power must be taken into account. One must then look to the regulation itself to see whether it conforms and where it is argued that the regulation was not made for the purposes authorized by the statute one must try to identify one or more of those purposes for which the regulation was adopted. It is accepted that a broad discretionary power, including a regulation-making power may not be used for a completely irrelevant purpose but it is up to the party attacking the regulation to demonstrate what that illicit purpose might be. [Footnotes omitted.]

[22] Section 91 of IRPA states that “regulations may govern who may or may not represent, advise or consult with a person who is the subject of a proceeding or application before the Minister, an officer or the Board.” In reading section 91 in its entirety, the purpose is to

[20] Le demandeur soutient que l’emploi du mot « prévoir » au paragraphe 91 ne confère pas un large pouvoir au gouverneur en conseil et indique l’intention du législateur, à savoir que le Règlement devrait prescrire des règles ou des normes. Il reconnaît qu’il y a eu des cas dans lesquels le gouvernement a conféré au gouverneur en conseil, au moyen d’une loi, de vastes pouvoirs de réglementation, mais qu’il s’agissait de cas dans lesquels il existait une urgence nationale, par exemple en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre* [S.R.C. 1927, ch. 206], voir par exemple l’arrêt *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1.

[21] Les défendeurs affirment que l’approche qu’il convient d’adopter à l’égard d’un règlement tel que celui-ci consiste à déterminer d’abord si le Règlement est compatible avec les pouvoirs conférés par la loi, et à déterminer ensuite si le Règlement est conforme à l’objet de la loi. Ils citent les motifs énoncés par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Jafari c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595, à la page 602, qui sont selon eux instructifs :

Il va sans dire qu’il n’appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d’en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante : le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? On doit rechercher dans la mesure législative attributive du pouvoir en cause tous les indices possibles de l’objet et de l’étendue de la législation par délégation autorisée. Il faut tenir compte de toute limitation, expresse ou implicite, de l’exercice de ce pouvoir. Il faut ensuite examiner le règlement lui-même pour s’assurer de sa conformité, et s’il est contesté au motif qu’il n’a pas été pris pour des fins autorisées par sa loi habilitante, on doit alors tenter de reconnaître une ou plusieurs des fins pour lesquelles le règlement a été adopté. Il est reconnu qu’un vaste pouvoir discrétionnaire, y compris un pouvoir de réglementation, ne peut être exercé pour poursuivre une fin totalement étrangère, mais il appartient à la partie qui conteste le règlement de démontrer ce que pourrait être cette fin illicite. [Notes omises.]

[22] L’article 91 de la LIPR prévoit que « [I]es règlements peuvent prévoir qui peut ou ne peut représenter une personne, dans toute affaire devant le ministre, l’agent ou la Commission, ou faire office de conseil ». La lecture de l’article 91 au complet permet

govern who may and may not represent, advise or consult. Taking this approach, it can be seen that the Regulations conform to the statute, they state who may represent persons in dealing with IRPA and before the Board. The naming of one group of such persons as being members of CSIC is no different than the naming of another group. It is readily understood that CSIC is a brand new organization with no history behind it while the law societies have too much history and venerability. This, however, does not make such Regulations invalid.

[23] This situation is closely similar to that of *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705, a decision of the Ontario Court of Appeal affirmed by the Supreme Court of Canada in brief reasons dealing with another point at [1988] 2 S.C.R. 1045. At page 717 of the reasons of the Ontario Court of Appeal delivered by MacKinnon, A.C.J.O. states that “[t]here is no rule or presumption for or against subdelegation”; the language of the statute must be interpreted in light of what the statute is intended to achieve; the maxim *delegatus non potest delegare* is not a rule of law but a rule of construction and in respect of construction consideration must be given to the language of the whole of the enactment, its purposes and objects.

[24] Further, as stated by Reed J. of this Court in summarizing a number of Supreme Court of Canada decisions in *Dene Nation (The) v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 942 (T.D.), at page 948, a delegate legislator may subdelegate to another body administrative power if necessary to do so in order to implement the scheme or standards established.

[25] While in some cases the enabling statute or regulations will have to set out schemes and standards, it is not essential to do so when, as in the case here, the statute simply requires a designation as to who may represent persons in respect of IRPA and before the Board. It is conceded by all parties that there was

de constater qu’il vise à indiquer qui peut et qui ne peut pas représenter une personne, ou faire office de conseil. En adoptant cette approche, on peut constater que le Règlement est conforme à la loi, et qu’il prévoit qui peut représenter une personne dans toute affaire concernant la LIPR et devant la Commission. La désignation d’un groupe de personnes en tant que membres de la SCCI n’est pas différente de la désignation d’un autre groupe. On peut facilement comprendre que la SCCI est une organisation qui vient à peine d’être créée, qu’elle n’a pas d’antécédents, alors que les barreaux ont de longs antécédents et sont des institutions fort vénérables. Toutefois, cela ne rend pas pour autant le Règlement invalide.

[23] Le cas qui nous occupe est fort semblable à celui qui était en cause dans l’arrêt *Re Peralta and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705, une décision de la Cour d’appel de l’Ontario qui a été confirmée par la Cour suprême du Canada, [1988] 2 R.C.S. 1045, dans de brefs motifs portant sur un autre point. À la page 717 des motifs de la Cour d’appel de l’Ontario, lesquels ont été rendus par le juge en chef adjoint MacKinnon, il est dit qu’il n’existe aucune règle ni aucune présomption en faveur ou à l’encontre de la sous-délégation; que le libellé de la loi doit être interprété à la lumière de l’objet de la loi; que la maxime *delegatus non potest delegare* n’est pas une règle de droit, mais une règle d’interprétation; et qu’en matière d’interprétation, il faut tenir compte du libellé de l’ensemble du texte législatif ainsi que de son objet.

[24] En outre, comme l’a dit le juge Reed de la présente Cour qui résumait, dans la décision *Nation dénée c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 942 (1^{re} inst.), à la page 948, un certain nombre d’arrêts de la Cour suprême du Canada, un délégué peut sous-déléguer un pouvoir administratif à un autre organisme s’il est nécessaire de le faire afin de mettre en œuvre le régime ou les normes qui sont établis.

[25] Dans certains cas, la loi habilitante ou le règlement devra établir des régimes et des normes, mais cela n’est pas nécessaire lorsque, comme c’est ici le cas, la loi exige simplement que l’on désigne qui peut représenter une personne devant la Commission et dans toute affaire concernant la LIPR. Toutes les parties

nothing improper in naming lawyers, notaries and students-at-law as being such persons. Equally, there can be nothing improper in naming members of an organization such as CSIC which was in place at the time the Regulations were enacted, as being equally so designated, even if all CSIC's by-laws and rules were not yet in place. Being new does not make it improper. The Supreme Court of Canada in *Mangat* clearly stated that the federal government could designate non-lawyers to the task. In ensuring that CSIC was established and having a continuing interest in its early development, the government was assured as to the proper designation under the Regulations.

3. Are the Regulations discriminatory?

[26] The Regulations authorize lawyers, notaries, students-at-law and members of CSIC to represent persons in IRPA matters and before the Board. The Regulations, by specifying which persons may do such acts, have by implication stated that all others may not. One excluded group therefore are employees of lawyers such as paralegals, who are not themselves lawyers. Previously, such persons have appeared before the Board and acted for persons in respect of IRPA matters.

[27] The evidence shows that the law societies strenuously urged, before the Regulations were enacted, that lawyers' employees be allowed to represent others in IRPA matters before the Board. They argued that such persons were supervised by lawyers who in turn were subject to discipline by their respective law societies. They argued that if such employees were excluded, they would have to become members of CSIC in order to carry on their activities and thus be subject to discipline by CSIC. If it became necessary in a disciplinary proceeding before CSIC to refer to privileged solicitor-client matters, this could not be done without the client's consent or express statutory provisions to preserve the privilege. No such statutory provisions exist. Thus an employee could be deprived of a proper defence. This distinction of classes between

reconnaissent qu'il n'y avait rien d'irrégulier à désigner ainsi les avocats, les notaires et les stagiaires en droit. De même, il ne peut rien y avoir d'irrégulier à désigner les membres d'une organisation telle que la SCCI, qui était en place lorsque le Règlement a été édicté, même si les statuts et règles de la SCCI n'avaient pas encore tous été adoptés. Le fait qu'il s'agissait d'une nouvelle organisation ne veut pas dire qu'il y avait irrégularité. Dans l'arrêt *Mangat*, précité, la Cour suprême du Canada a clairement dit que le gouvernement fédéral pouvait désigner des non-avocats. En faisant en sorte que la SCCI soit créée et en manifestant un intérêt continu dans les débuts de l'organisation, le gouvernement s'assurait que les désignations seraient effectuées d'une façon régulière en vertu du Règlement.

3. Le Règlement est-il discriminatoire?

[26] Le Règlement autorise les avocats, les notaires, les stagiaires en droit et les membres de la SCCI à représenter une personne devant la Commission et dans toute affaire concernant la LIPR. En précisant les personnes qui peuvent agir ainsi, le Règlement prévoit implicitement que toutes les autres personnes ne peuvent pas le faire. Les employés des avocats, comme les agents parajuridiques, qui ne sont pas eux-mêmes avocats, sont donc exclus. Par le passé, il est arrivé que des agents parajuridiques comparaissent devant la Commission et représentent des personnes dans des affaires concernant la LIPR.

[27] La preuve montre que les barreaux ont insisté, avant que le Règlement soit édicté, pour que les employés des avocats soient autorisés à représenter des personnes devant la Commission dans des affaires concernant la LIPR. Les barreaux ont soutenu que ces employés étaient supervisés par les avocats, qui étaient de leur côté assujettis à la discipline de leurs barreaux respectifs. Ils ont affirmé que l'exclusion de ces employés obligerait ceux-ci à devenir membres de la SCCI afin d'exercer leurs activités et que ces employés seraient donc assujettis à la discipline de la SCCI. Or, s'il devenait nécessaire, dans une procédure disciplinaire devant la SCCI, de se reporter à des affaires dans lesquelles le secret professionnel est en cause, il faudrait obtenir le consentement du client ou il faudrait des dispositions légales expresses. Or, il n'existe aucune

paralegals and those designated under the Regulations, particularly students-at-law, the applicant and intervenor contend is discriminatory.

[28] I do not find that the Regulations are discriminatory. To refer again to *Mangat* the federal government has the power to choose persons who can represent others for IRPA purposes including representations before the Board, and such persons need not be lawyers. Not to select a group of persons, such as lawyers' employees, is not, in itself, discriminatory.

[29] To the extent that solicitor-client privilege may cause an issue in respect of disciplinary proceedings, CSIC and the law societies are free to make suitable arrangements such as transfer of disciplinary hearings respecting lawyers' employees to the appropriate law society. This situation parallels that considered by the Ontario Court of Appeal in *Wilder v. Ontario Securities Commission* (2001), 53 O.R. (3d) 519, where many of the same issues arose in respect of a situation where the Ontario Securities Commission may have to discipline a person entitled to practice before it who is also a lawyer governed by the Law Society. As stated by Sharpe J.A. for the Court in paragraph 32 of the reasons:

However, I do not accept that contention of the appellants and The Law Society that the need to respect solicitor-client privilege requires a blanket preclusion, preventing the OSC from reprimanding lawyers in all cases, provided the OSC pays adequate heed to the importance of solicitor-client privilege.

[30] In paragraph 34 of those reasons, Sharpe J.A. noted that while a situation where a person could be put in a dilemma should be avoided, if it cannot be avoided, then the non-legal body should defer to the legal body or at least time its proceedings in such a way so as to

disposition légale de ce genre. L'employé pourrait donc être privé d'un moyen de défense légitime. Selon le demandeur et l'intervenante, cette distinction entre les différentes catégories, à savoir la distinction entre les agents parajuridiques et les personnes désignées en vertu du Règlement, en particulier les stagiaires en droit, est discriminatoire.

[28] À mon avis, le Règlement n'est pas discriminatoire. Comme il a été dit dans l'arrêt *Mangat*, le gouvernement fédéral est autorisé à choisir les personnes qui peuvent représenter d'autres personnes pour l'application de la LIPR, notamment devant la Commission, et il n'est pas nécessaire que ces personnes soient des avocats. Le fait de ne pas choisir un groupe de personnes, comme les employés des avocats, n'est pas en soi discriminatoire.

[29] Dans la mesure où le secret professionnel peut poser un problème dans une procédure disciplinaire, la SCCI et les barreaux sont libres de prendre des dispositions appropriées, comme le renvoi au barreau concerné des audiences disciplinaires concernant les employés des avocats. Cette situation est semblable à celle que la Cour d'appel de l'Ontario a examinée dans l'affaire *Wilder v. Ontario Securities Commission* (2001), 53 O.R. (3d) 519, où un grand nombre de questions identiques se posaient dans un cas où la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario devait prendre des mesures disciplinaires à l'encontre d'une personne qui avait le droit d'exercer sa profession devant la Commission, et qui était également un avocat régi par le Barreau. Comme l'a dit le juge Sharpe au nom de la cour, au paragraphe 32 des motifs :

[TRADUCTION] Toutefois, je ne retiens pas la prétention des appelants et du Barreau, lorsqu'ils affirment que la nécessité de respecter le secret professionnel exige une préclusion générale, empêchant la CVMO de réprimander les avocats dans tous les cas, à condition toutefois que la CVMO reconnaisse d'une façon adéquate l'importance du secret professionnel.

[30] Au paragraphe 34 de ces motifs, le juge Sharpe a fait remarquer qu'il faut éviter une situation dans laquelle une personne peut faire face à un dilemme, mais que si on ne peut pas l'éviter, l'organisme non juridique doit s'en remettre à l'organisme juridique ou du moins

preserve substantive rights.

[31] I find, therefore, that the Regulations are not discriminatory.

4. Do the Regulations exceed the powers conferred by the statute?

[32] The statute says that the Regulations may govern who may or may not represent, advise or consult in respect of IRPA matters. The Regulations define that lawyers, notaries, students-at-law and CSIC members are persons who may represent, advise or consult.

[33] The applicant argues that the creation of a self-governing profession involves valuable rights and is directed toward vulnerable interests as was stated by the Supreme Court of Canada in *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at pages 886-887 (*Pearlman*). It argues that the creation of a new professional body requires very clear authority in the statute itself. It cannot be left to a regulation which in turn authorizes a newly created corporation, to select members, to see that they are trained and to discipline them.

[34] At pages 886-887 in *Pearlman*, the applicants note that the Court stated that there was “legislative rationale behind making a profession self-governing” and then referred to a study paper entitled *The Report of the Professional Organizations Committee* (1980). The quote from that paper is that when legislatures enact statutes for self-regulation, it is a matter of public policy and that the legislatures ultimately remain responsible.

[35] At page 888 in *Pearlman*, the applicants rely on *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307, at pages 335-336 where Justice Estey states that a province may use legislative action in the regulation of members of a law profession because of the public interest. The

faire coïncider ses procédures de façon à préserver les droits substantiels.

[31] Je conclus donc que le Règlement n’est pas discriminatoire.

4. Le Règlement excède-t-il les pouvoirs conférés par la loi?

[32] La loi dit que le Règlement peut prévoir qui peut ou ne peut pas représenter une personne dans toute affaire concernant la LIPR, ou faire office de conseil. Le Règlement prévoit que les avocats, les notaires, les stagiaires en droit et les membres de la SCCI peuvent agir à titre de représentants et de conseils.

[33] Le demandeur fait valoir que la création d’une profession autonome comporte la création de droits précieux et vise à assurer la protection de droits vulnérables comme l’a dit la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, aux pages 886 et 887 (*Pearlman*). Il soutient que la création d’un nouvel organisme professionnel exige une autorisation fort claire dans la loi elle-même. On ne saurait s’en remettre à un règlement qui, de son côté, autorise une société qui vient d’être créée à choisir ses membres pour veiller à la formation de ces membres et à la prise de mesures disciplinaires.

[34] Le demandeur fait remarquer, qu’aux pages 886 et 887, de l’arrêt *Pearlman*, la Cour suprême a dit qu’il existait « des motifs d’ordre législatif qui justifient l’autonomie accordée à une profession » et qu’elle a ensuite référé à un document d’étude intitulé : *The Report of the Professional Organizations Committee* (1980). Selon ce document, lorsque le législateur édicte une loi aux fins de l’autoréglementation, l’intérêt public est en jeu et le législateur doit demeurer responsable en dernier recours.

[35] Le demandeur mentionne l’arrêt *Pearlman*, page 888, et s’appuie sur l’arrêt *Procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et autre*, [1982] 2 R.C.S. 307, aux pages 335 et 336, où le juge Estey dit qu’à cause de l’intérêt public, une province peut légiférer dans le domaine de la

applicants broaden Justice Estey's decision at page 888 that a statute creates the necessary independence that is required to ensure the delivery of services to citizens.

[36] The respondents, relying on Professor Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf (Toronto: Carswell, 1997) at pages 14-12 and 14-4, and cases such as *Hodge v. Reg.* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.); *In re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150; and *Attorney-General of Canada et al. v. Nolan and Hallett & Carey Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 433 (J.C.P.C.) state that Parliament has broad power to delegate by way of regulation subject to the scope of the enabling legislation. Subdelegation of this kind is for the legislature, not the courts, to decide.

[37] The line of authority relied upon by the respondents is persuasive. Parliament can delegate, by way of regulation-making power, provided such designation is consistent with the purposes of the statute. The Regulations here are consistent with that purpose. The case law does not mandate that a statute enactment for the creation of a self-governing body. Rather, the jurisprudence suggests that it is a matter for Parliament or the provincial legislatures to determine the need for a statute in creating a self-regulatory body.

Conclusion

[38] I find, therefore, that the Regulations are valid; they are *intra vires* and properly within the scope of the enabling legislation.

[39] The parties have asked that I provide each of them with an opportunity to submit a proposed question or questions for certification and I will do so.

[40] The parties have agreed that there will be no costs.

JUDGMENT

FOR THE REASONS GIVEN ABOVE:

1. The application is dismissed;

réglementation des membres du barreau. Le demandeur élargit la portée de la décision du juge Estey et dit qu'une loi crée l'indépendance nécessaire afin d'assurer la prestation de services à la population.

[36] En invoquant l'ouvrage du professeur Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 1997) aux pages 14-12, 14-4, et des arrêts tels que *Hodge c. Reg.* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.); *In re Gray* (1918), 57 R.C.S. 150; et *Attorney-General of Canada et al. v. Nolan and Hallett & Carey Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 433 (C.J.C.P.), les défendeurs disent que le Parlement possède un large pouvoir de déléguer au moyen d'un règlement, sous réserve de la portée de la loi habilitante. Il appartient à la législature, et non aux tribunaux judiciaires, de décider d'une sous-délégation de ce genre.

[37] La série d'arrêts et d'ouvrages invoqués par les défendeurs est convaincante. Le Parlement peut déléguer, au moyen du pouvoir de réglementation, à condition que la délégation soit conforme à l'objet de la loi. Or, en l'espèce, le Règlement est conforme à cet objet. La jurisprudence n'exige pas qu'une loi soit édictée lorsqu'un organisme autonome est créé. La jurisprudence donne plutôt à entendre qu'il appartient au Parlement ou aux législatures provinciales de décider de la nécessité d'édicter une loi aux fins de la création d'un organisme autonome.

Conclusion

[38] Je conclus donc que le Règlement est valide, qu'il est *intra vires* et qu'il respecte, d'une façon appropriée, la portée de la loi habilitante.

[39] Les parties m'ont demandé de donner à chacune d'elles la possibilité de soumettre une question ou des questions à certifier et c'est ce que je ferai.

[40] Les parties ont convenu qu'aucuns dépens ne seront adjugés.

JUGEMENT

POUR LES MOTIFS CI-DESSUS ÉNONCÉS :

1. La demande est rejetée;

2. The *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2004-59 are *intra vires*;

3. The parties have a period of 30 days from the date of this judgment to submit a proposed question or questions for certification; and

4. No order as to costs.

2. Le *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/ 2004-59 est *intra vires*;

3. Les parties disposeront d'un délai de 30 jours à compter de la date du présent jugement pour soumettre une question ou des questions à certifier;

4. Aucuns dépens ne sont adjugés.

T-846-05
2006 FC 1395

T-846-05
2006 CF 1395

Patrick Desjean (Plaintiff)

Patrick Desjean (demandeur)

v.

c.

Intermix Media, Inc. (Defendant)

Intermix Media, Inc. (défenderesse)

INDEXED AS: DESJEAN v. INTERMIX MEDIA, INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : DESJEAN c. INTERMIX MEDIA, INC. (C.F.)

Federal Court, de Montigny J.—Montréal, June 13;
Ottawa, November 17, 2006.

Cour fédérale, juge de Montigny—Montréal, 13 juin;
Ottawa, 17 novembre 2006.

Federal Court Jurisdiction — Motion to strike statement of claim for proposed class action on basis Court lacking jurisdiction — Defendant American corporation accused of violating Competition Act by bundling “spyware,” “adware” with free software offered on Web sites without notice to consumers — Court not having jurisdiction over matter as insufficient connection between Canada and defendant or subject-matter — Motion allowed.

Compétence de la Cour fédérale — Requête en radiation d’une déclaration introduisant une demande de recours collectif au motif que la Cour n’avait pas compétence — La défenderesse, une société américaine, était accusée d’avoir enfreint la Loi sur la concurrence en joignant des logiciels espions et des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs — La Cour n’avait pas compétence sur l’affaire parce qu’il n’y avait pas de lien suffisant entre le Canada et la défenderesse ou l’objet du litige — Requête accueillie.

Competition — Plaintiff alleging defendant violated misleading representations provisions in Competition Act by bundling “spyware,” “adware” with free software offered on Web sites without notice to consumers — Plaintiff allegedly suffering damages as result of defendant’s actions — Motion to strike statement of claim on basis Court not having jurisdiction allowed— Defendant American corporation with very little if any connection to Canada — Fact plaintiff in Canada when downloaded foreign content (i.e. free software) insufficient to establish Court’s jurisdiction.

Concurrence — Le demandeur soutenait que la défenderesse avait enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la Loi sur la concurrence en joignant des logiciels espions et des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs — Le demandeur aurait subi un préjudice en raison des gestes de la défenderesse — La requête en radiation de la déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence a été accueillie — La défenderesse, une société américaine, n’avait qu’un lien étroit, si elle en avait, au Canada — La compétence ne peut se fonder sur le fait que le demandeur se trouvait au Canada lorsqu’il a téléchargé le contenu étranger (c.-à-d. le gratuit).

*Conflict of Laws — Motion to strike statement of claim on basis Court lacking jurisdiction over defendant, subject-matter — Defendant American corporation offering free software on various Web sites, none of which hosted in Canada — Plaintiff downloading free software, alleging damages ensuing contrary to Competition Act — Application of eight factors set out in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.) re: assumed jurisdiction indicating connection of defendant, subject-matter with Canada not enough to warrant Court’s intervention — Whether Internet presence of non-resident constituting real, substantial connection with forum depending on character of Web site —*

*Conflit de lois — Requête en radiation d’une déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence sur la défenderesse ou l’objet du litige — La défenderesse, une société américaine, offrait des gratuits sur divers sites Internet qui n’étaient pas hébergés au Canada — Le demandeur a téléchargé un gratuit et a soutenu avoir subi un préjudice en violation de la Loi sur la concurrence — L’application des huit facteurs énoncés dans l’arrêt *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.) concernant l’appropriation de compétence indiquait que le lien entre le Canada et le défendeur ou l’objet du litige ne justifiait pas l’intervention de la Cour — Le point de savoir si la présence sur Internet d’un*

U.S. case law requiring minimum contacts with forum — These tests not met herein — In any event, California more appropriate forum.

This was a motion to strike the statement of claim on the basis that the Court lacked jurisdiction over the defendant and the subject-matter. The statement of claim for a proposed class action alleged that the defendant, a publicly traded Delaware corporation with its principal offices in Los Angeles, violated the provisions of the *Competition Act* dealing with misleading representations by bundling “spyware” or “adware” with the free software that it offered on various Web sites without disclosing the bundling to consumers who downloaded the free software.

Held, the motion should be allowed.

The assumption of jurisdiction by a court against a foreign defendant always raises complex issues. These problems are compounded when applied in the context of claims arising out of the use of an evolving technology that does not know of national boundaries. While Canadian courts have dealt with these issues on a few occasions, the development of the law is still in its infancy stage. In *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, the Court of Appeal developed eight factors that courts should look to when dealing with questions of assumed jurisdiction. The application of these factors to the present case clearly indicated that the connection between the forum and the defendant or between the forum and the subject-matter was not substantial enough to warrant the Court’s intervention. The defendant: (1) has no servers in Canada, and the impugned Web site is not hosted on servers located in Canada; (2) does not have, nor has it ever had, any employees in Canada; (3) does not have any offices in Canada, nor has it ever had; (4) has never availed itself of Canadian laws; (5) has no bank accounts in Canada and does not pay any taxes in Canada; and, (6) has no direct advertising, marketing or solicitation aimed at the Canadian market.

It would have been manifestly unfair to subject the defendant to the Court’s jurisdiction. The defendant could not reasonably expect to be sued in Canada under the *Competition Act*. Jurisdiction cannot be founded simply upon the fact that the plaintiff was in Canada when he downloaded the foreign content that allegedly caused him to suffer damages. According to the British Columbia Court of Appeal in *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46, whether the Internet presence of a non-resident can constitute

non-résident peut constituer un lien réel et substantiel avec le forum dépend de la nature du site Web — La jurisprudence des États-Unis exige des liens minimaux avec le forum — Ces critères ne sont pas remplis en l’espèce — Quoi qu’il en soit, la Californie était un for plus approprié.

Il s’agissait d’une requête en radiation de la déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence sur le défendeur et sur l’objet du litige. Selon la déclaration introduisant une demande de recours collectif, la défenderesse, une société ouverte du Delaware dont le siège social est sis à Los Angeles, a enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions ou des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs qui téléchargeaient ces gratuits.

Jugement : la requête doit être accueillie.

L’appropriation de juridiction par un tribunal à l’égard d’un défendeur étranger soulève toujours des questions complexes. Mais la complexité de ces problèmes se trouve encore aggravée dans le contexte de revendications découlant de l’utilisation d’une technologie en évolution constante et qui ne fait pas acception des frontières. S’il est vrai que les tribunaux canadiens ont eu à résoudre de telles questions à quelques reprises, le droit en ces matières en est encore à ses débuts. La Cour d’appel, dans l’arrêt *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, a dressé une liste de huit facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération dans l’examen des questions d’appropriation de juridiction. En l’espèce, l’application de ces facteurs indiquait clairement que le lien entre le forum et le défendeur ou entre le forum et l’objet du litige n’était pas assez substantiel pour justifier l’intervention de la Cour. La défenderesse : 1) n’a pas de serveurs au Canada et le site Web attaqué n’est pas hébergé par des serveurs sis au Canada; 2) n’a pas ni n’a jamais eu d’employés au Canada; 3) n’a pas ni n’a jamais eu de bureaux au Canada; 4) n’a jamais invoqué en aucune façon les lois canadiennes; 5) n’a pas de comptes bancaires au Canada et elle ne paie pas d’impôts au Canada; et 6) n’exerce aucune activité de publicité ou de marketing directs ou de démarchage sur le marché canadien.

Il aurait été manifestement inéquitable de soumettre la défenderesse à la compétence de la Cour. La défenderesse ne pouvait en toute vraisemblance s’attendre à être poursuivie au Canada en vertu de la *Loi sur la concurrence*. La compétence ne peut se fonder sur le seul fait que le demandeur se trouvait au Canada lorsqu’il a téléchargé le contenu étranger qui lui aurait fait subir un préjudice. Selon la décision que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rendue dans l’affaire *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46, le

a real and substantial connection with the forum (the test set out by the S.C.C.) will depend upon the character of the Web site. This includes whether the site is passive, is used to interact with residents of Canada, or is used to conduct business with Canadian residents. American courts have dealt with the issue of Internet jurisdiction more extensively, and have held that a defendant, if not present in the state, must have certain minimum contacts with it such that maintaining the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice. The defendant did not have such minimum contacts, especially in light of the fact that this test must necessarily be more stringent when a foreign country (as opposed to another province) is involved. The Web sites do not allow users to communicate and exchange information with the sponsors of the site, or to order products online. Even if they did, the defendant's level of interactivity with Canada was insufficient. Finally, California was a more appropriate forum in any event. The evidence as well as the key witnesses were all situated in the U.S., and California was named as the governing forum in the licence agreement.

point de savoir si la présence sur Internet d'un non-résident peut constituer un lien réel et substantiel avec le forum (le critère formulé par la C.S.C.) dépend de la nature du site Web en question. Il faut se demander si ce site est passif, s'il est utilisé pour dialoguer avec des résidents canadiens ou s'il est utilisé pour faire affaire avec de tels résidents. Les tribunaux américains ont examiné la question de la compétence à l'égard d'Internet en profondeur et ont statué que le défendeur, s'il n'est pas présent dans l'État, doit avoir des liens minimaux avec ce dernier, de sorte que le soutien de la poursuite ne contrevienne pas aux principes traditionnels du franc-jeu et de la justice fondamentale. La défenderesse n'avait pas ces liens minimaux, particulièrement à la lumière du fait que ce critère doit nécessairement être plus rigoureux lorsqu'un autre pays est en jeu (par opposition à une autre province). Les sites Web ne permettaient pas aux utilisateurs de communiquer et d'échanger des renseignements avec leurs concepteurs ni de commander des produits en ligne. Même si cela avait été le cas, le niveau d'interactivité de la défenderesse avec le Canada n'était pas suffisant. Enfin, la Californie était un for plus approprié. Les éléments de preuve et les principaux témoins se trouvaient tous aux États-Unis, et l'accord de licence stipulait que son application serait régie par les lois de la Californie.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 36(1)(a), (3), 52(1) (as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 12), (1.1) (as am. *idem*), (2)(e) (as am. *idem*).

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 221, 299.12(3) (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.18 (as enacted *idem*), 299.41(1) (as enacted *idem*).

Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C., 1985, c. F-29, s. 8(1)(a) (as am. by S.C. 1996, c. 28, s. 7).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Muscutt v. Courcelles (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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], art. 101.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 19), 36(1)(a), (3), 52(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 12), (1.1) (mod., *idem*), (2)e) (mod., *idem*).

Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, L.R.C. (1985), ch. F-29, art. 8(1)(a) (mod. par L.C. 1996, ch. 28, art. 7).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 221, 299.12(3) (édicteé par DORS/2002-417, art. 17), 299.18 (édicteé, *idem*), 299.41(1) (édicteé, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Muscutt v. Courcelles (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.).

CONSIDERED:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, [2004] 2 S.C.R. 427; (2004), 240 D.L.R. (4th) 193; 32 C.P.R. (4th) 1; 322 N.R. 306; 2004 SCC 45; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *Tolofson v. Jensen*; *Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022; (1994), 120 D.L.R. (4th) 289; [1995] 1 W.W.R. 609; 100 B.C.L.R. (2d) 1; 51 B.C.A.C. 241; 26 C.C.L.I. (2d) 1; 22 C.C.L.T. (2d) 173; 32 C.P.C. (3d) 141; 7 M.V.R. (3d) 202; 175 N.R. 161; 77 O.A.C. 81; 84 W.A.C. 241; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; (1993), 109 D.L.R. (4th) 16; [1994] 1 W.W.R. 129; 85 B.C.L.R. (2d) 1; 37 B.C.A.C. 161; 21 C.P.C. (3d) 269; 161 N.R. 81; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1; 1999 BCCA 169; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F. Supp.2d 907 (D. Or. 1999).

REFERRED TO:

Leufkens v. Alba Tours International Inc. (2002), 60 O.R. (3d) 84; (2002), 213 D.L.R. (4th) 614; 13 C.C.L.T. (3d) 217; 26 C.P.C. (5th) 247; 160 O.A.C. 43 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; (2002), 213 D.L.R. (4th) 627; 13 C.C.L.T. (3d) 203; 26 C.P.C. (5th) 259; 160 O.A.C. 31 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; (2002), 213 D.L.R. (4th) 643; 13 C.C.L.T. (3d) 230; 26 C.P.C. (5th) 239; 160 O.A.C. 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; (2002), 213 D.L.R. (4th) 651; 40 C.C.L.I. (3d) 163; 160 O.A.C. 60 (C.A.); *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta Nat'l, Inc.* 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000); *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

MOTION to strike the statement of claim alleging that the American defendant violated provisions of the *Competition Act* dealing with misleading representations by bundling “spyware” or “adware” with the free software that it offered on its Web sites without notice to consumers. Motion allowed.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427; 2004 CSC 45; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1; 1999 BCCA 169; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F. Supp.2d 907 (D. Or. 1999).

DÉCISIONS CITÉES :

Leufkens v. Alba Tours International Inc. (2002), 60 O.R. (3d) 84; (2002), 213 D.L.R. (4th) 614; 13 C.C.L.T. (3d) 217; 26 C.P.C. (5th) 247; 160 O.A.C. 43 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; (2002), 213 D.L.R. (4th) 627; 13 C.C.L.T. (3d) 203; 26 C.P.C. (5th) 259; 160 O.A.C. 31 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; (2002), 213 D.L.R. (4th) 643; 13 C.C.L.T. (3d) 230; 26 C.P.C. (5th) 239; 160 O.A.C. 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; (2002), 213 D.L.R. (4th) 651; 40 C.C.L.I. (3d) 163; 160 O.A.C. 60 (C.A.); *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta Nat'l, Inc.* 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000); *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

REQUÊTE en radiation de la déclaration selon laquelle la défenderesse américaine a enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions ou des logiciels publicitaires aux gratuits qu'elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs. Requête accueillie.

APPEARANCES:

Chantal Desjardins and *Stéphane Nadeau* for plaintiff.

Louis Brousseau and *Sarah Woods* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Ferland, Marois, Lanctôt, Montréal, for plaintiff.

McCarthy Tétrault LLP, Montréal, for defendant.

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

[1] DE MONTIGNY J.: On May 13, 2005, Patrick Desjean filed a statement of claim for a proposed class action, alleging that Intermix Media, Inc. (Intermix) violated the misleading representations provisions of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] (subsections 52(1) [as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 12], 52(1.1) [as am. *idem*] and paragraph 52(2)(e) [as am. *idem*]).

[2] Mr. Desjean alleges that Intermix violated the above-mentioned provisions of the *Competition Act* by bundling “spyware” or “adware” with the free software that it offered on various Internet Web sites—in particular, “MyCoolScreen.com” (the Web site)—without disclosing the bundling of such spyware or adware to consumers who downloaded the free software.

[3] On August 1, 2005, Intermix filed a notice of motion and moved this Court for an order dismissing Mr. Desjean’s statement of claim pursuant to rule 221 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] on the basis that: (a) this Court lacks jurisdiction over Intermix and the matter; (b) Mr. Desjean’s claim is frivolous or vexatious; and (c) Mr. Desjean’s claim constitutes an abuse of the process of the Court. Intermix made alternative arguments that this Court is not the appropriate forum for Mr. Desjean’s claim, and that Mr. Desjean’s claim comprises submissions which are not based on either the

ONT COMPARU :

Chantal Desjardins et *Stéphane Nadeau* pour le demandeur.

Louis Brousseau et *Sarah Woods* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ferland, Marois, Lanctôt, Montréal, pour le demandeur.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Le 13 mai 2005, M. Patrick Desjean a déposé une déclaration introduisant une demande de recours collectif contre Intermix Media, Inc. (Intermix), où il soutenait que cette dernière avait enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)], soit ses paragraphes 52(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 15] et 52(1.1) [mod., *idem*] et son alinéa 52(2)e [mod., *idem*].

[2] M. Desjean soutient qu’Intermix a enfreint les dispositions ci-dessus de la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions ou des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet—notamment « MyCoolScreen.com » (le site Web)—sans informer de ce fait les consommateurs qui téléchargeaient ces gratuits.

[3] Le 1^{er} août 2005, Intermix a déposé devant notre Cour un avis de requête en ordonnance de radiation de la déclaration de M. Desjean sous le régime de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], aux motifs : a) que notre Cour n’a pas compétence sur Intermix et sur l’affaire; b) que la déclaration de M. Desjean est frivole ou vexatoire; et c) que cette déclaration constitue un abus de procédure. Intermix faisait valoir subsidiairement que notre Cour n’est pas le forum approprié à l’instruction de l’action de M. Desjean et que la déclaration de ce dernier comprend des conclusions qui

Competition Act or the laws of Canada.

[4] For the reasons to be more fully developed below, I have come to the conclusion that Intermix must succeed because Mr. Desjean's statement of claim fails to establish this Court's jurisdiction. As a result, I need not deal with the other grounds Intermix brought forward to dismiss this action.

[5] I hasten to add that I am much indebted to Intermix counsel for their very able written submissions, from which I have extensively borrowed in writing these reasons.

BACKGROUND

[6] In his statement of claim for a proposed class action, Mr. Desjean alleges that Intermix offers ostensibly free software programs, such as screensavers and games, that anyone can download. Without disclosure to consumers, however, Intermix surreptitiously tacks onto these programs one or more additional programs that deliver ads and other invasive content. Thus, when Mr. Desjean installed a "free" Intermix screensaver or game on his computer, he also unwittingly installed one or more spyware programs. In this manner, known as "bundling," Intermix has spread its advertising programs onto Mr. Desjean's hard drive.

[7] Spyware programs that Intermix has spread in this manner include "Search Miracle", a program that shows pop-up advertisements; "IncrediFind," a program that redirects Web searches to Intermix Web sites; "Updater," a program that allows Intermix to add or update programs and functionalities to a user's computer; and various "Toolbar" programs, which overlay a "toolbar" onto users' Web browsers linking to Intermix services and clients. Because these programs are permanently installed on the user's hard drive and run during subsequent browsing sessions, they continue to advertise Intermix clients and report information about the user long after the user has left the Web sites of Intermix or its agents.

ne relèvent ni sur la *Loi de la concurrence* ni sur aucune autre loi du Canada.

[4] Aux motifs exposés plus loin, je suis arrivé à la conclusion qu'Intermix doit l'emporter parce que la déclaration de M. Desjean n'établit pas la compétence de notre Cour sur l'affaire. Par conséquent, je n'ai pas à examiner les autres moyens qu'Intermix a invoqués pour obtenir le rejet de la présente action.

[5] Je m'empresse d'ajouter que je dois beaucoup aux savantes conclusions écrites des avocats d'Intermix, auxquelles j'ai emprunté considérablement pour rédiger le présent exposé des motifs.

LE CONTEXTE

[6] Dans sa déclaration introduisant une demande de recours collectif, M. Desjean soutient qu'Intermix offre en apparence des programmes publics tels que des économiseurs d'écran et des jeux que n'importe qui peut télécharger gratuitement. Cependant, sans en informer les consommateurs, Intermix joint à ces gratuits un ou plusieurs autres programmes qui présentent de la publicité ou d'autres contenus importuns. Ainsi, lorsqu'il installait sur son ordinateur un économiseur d'écran ou un jeu censément « gratuit », M. Desjean y installait aussi sans le savoir un ou plusieurs programmes espions. Par cette méthode, couramment désignée « *bundling* » ou « offre groupée », Intermix a propagé ses programmes publicitaires sur l'unité de disque dur de M. Desjean.

[7] Les programmes espions qu'Intermix a propagés de cette manière sont les suivants : un programme baptisé « Search Miracle », qui présente des publicités en incrustation; « IncrediFind », un programme qui réachemine les consultations vers les sites Web d'Intermix; le programme « Updater », qui permet à Intermix d'ajouter des programmes ou des fonctionnalités à l'ordinateur d'un utilisateur ou de les mettre à jour; et divers programmes de barres d'outils, qui recouvrent d'une « barre d'outils » les navigateurs Web d'utilisateurs qui se connectent aux sites d'Intermix ou de ses clients. Comme ces programmes sont installés de manière permanente sur l'unité de disque dur de l'utilisateur et sont exécutés aux séances de navigation

[8] Mr. Desjean further alleges that Intermix does not adequately inform consumers that its software has been installed on their computers. The only hint of disclosure that additional software was bundled with the screensaver is the vague statement in very tiny font on a single Web page, telling users that “by downloading this screensaver, [they] agree to our Terms of Service.” This “Terms of Service” page, in turn, apparently addresses primarily legal issues and does not adequately warn users of what they will be receiving.

[9] Exacerbating the harm from its installation of hidden spyware programs, Intermix is alleged to employ deceptive methods to prevent users from detecting and removing its software. For example, Mr. Desjean contends that Intermix designs its spyware programs so that when users uninstall the program with which the spyware was bundled (for example, a screensaver), Intermix spyware products remain behind, installed and fully operational. Intermix also prevents its spyware programs from being listed in the commonly accessed “Add/Remove Programs” utility in the Microsoft Windows operating system, making removal yet more difficult. Additionally, it fails to provide its own “uninstall” utility within many of its spyware programs’ files or folders.

[10] Mr. Desjean alleges that Intermix, by engaging in the acts and practices described above, has engaged in deceptive, fraudulent and illegal practices, and false advertising in the distribution of spyware and adware, thereby enabling third parties to expose Mr. Desjean to all sorts of schemes and causing computer users to waste time and money to rid computers of the software that caused their computers to come to a halt or crash altogether. By so doing, Intermix has allegedly contravened subsections 52(1), 52(1.1) and paragraph

ultérieures, ils continuent à faire de la publicité pour les clients d’Intermix et à communiquer des renseignements sur l’utilisateur longtemps après que celui-ci a quitté les sites Web de cette entreprise ou de ses mandataires.

[8] M. Desjean soutient en outre qu’Intermix n’informe pas les consommateurs comme il le faudrait que ses programmes ont été installés sur leurs ordinateurs. La seule trace de communication du fait que d’autres programmes ont été joints à l’économiseur d’écran est la clause formulée en termes vagues, figurant en caractères minuscules sur une seule page Web, comme quoi l’utilisateur, [TRADUCTION] « en téléchargeant l’économiseur d’écran, souscrit [aux] conditions de service [d’Intermix] ». Cette page concernant les « conditions de service », apparemment, porte avant tout sur des questions juridiques et n’informe pas l’utilisateur avec la précision voulue de la nature de ce qu’il recevra.

[9] M. Desjean affirme qu’Intermix, aggravant ainsi le préjudice causé par son installation de programmes espions cachés, met en œuvre des méthodes fallacieuses pour empêcher les utilisateurs de détecter et de désinstaller ces programmes. Par exemple, Intermix conçoit selon lui ses programmes espions de telle manière que, lorsque l’utilisateur désinstalle le programme (par exemple un économiseur d’écran) auquel le programme espion était joint, celui-ci reste installé et pleinement opérationnel. De plus, Intermix empêcherait l’inscription de ses programmes espions dans l’utilitaire d’usage répandu « Ajouter/enlever programmes » du système d’exploitation Microsoft Windows, ce qui en rend la suppression encore plus difficile. En outre, Intermix omet d’intégrer son propre utilitaire de désinstallation dans de nombreux fichiers ou dossiers de ses programmes espions.

[10] M. Desjean soutient qu’Intermix, en se livrant aux actes énumérés ci-dessus, s’est en fait rendue coupable de pratiques trompeuses, frauduleuses et illégales, ainsi que de publicité mensongère dans la distribution de programmes espions et de programmes publicitaires, l’exposant ainsi lui-même à toutes sortes de procédés malhonnêtes de la part de tiers et obligeant les utilisateurs à perdre temps et argent à débarrasser leurs ordinateurs de programmes qui interrompent le fonctionnement ou les font tomber en panne pour de

52(2)(e) of the *Competition Act*. Mr. Desjean claims he is entitled to seek recovery of damages pursuant to paragraph 36(1)(a) and subsection 36(3) of the same Act. He also contends that he has disclosed a reasonable cause of action to apply to certify this action as a class action in accordance with subsection 299.12(3) [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules*.

[11] Mr. Desjean has asked the Court to issue a judgment against Intermix as follows, ordering that it:

Direct Defendant to provide Plaintiff with all records of all Defendant's advertising, ad-serving, redirecting and toolbar programs installed onto consumers' computers, including all records concerning or reflecting any disclosure provided to consumers prior to or during installation;

Direct Defendant to provide Plaintiff with an accounting of all revenues generated from the distribution of its advertising, ad-serving, redirecting and toolbar programs and that a money judgment be entered against Defendant in the sum of unjust enrichment;

Direct that a money judgment in civil penalties pursuant to sections 36. (1) (a) and 36 (3) of the Competition Act be entered against Defendant in favour of the Plaintiff based upon the sum of Five Hundred Dollars (\$500);

Direct that a money judgment be entered against Defendant in favour of Plaintiff as to the costs pursuant to Rule 400 (1) of the Federal Court[s] Rules;

Grant Plaintiff such other and further relief as this Court finds just and proper.

[12] Needless to say, Intermix vigorously disputes the facts as put forward by Mr. Desjean. By way of an affidavit signed by Todd Smith, Vice-President of Business and Development for Intermix Network LLC (a wholly owned subsidiary of Intermix), it is alleged that Intermix never knowingly distributed or installed many of the applications to which Mr. Desjean refers from any of its Web sites. He also affirms that Intermix

bon. Ce faisant, Intermix aurait enfreint les paragraphes 52(1) et 52(1.1) et l'alinéa 52(2)e) de la *Loi sur la concurrence*. M. Desjean revendique le droit de réclamer et recouvrer des dommages-intérêts sous le régime de l'alinéa 36(1)a) et du paragraphe 36(3) de la même Loi. Il soutient en outre avoir établi l'existence d'une cause d'action raisonnable lui permettant de présenter une requête en vue de faire autoriser son action comme recours collectif sous le régime du paragraphe 299.12(3) [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales*.

[11] M. Desjean demande à la Cour de prononcer contre Intermix un jugement :

Ordonnant à la défenderesse de communiquer au demandeur tous ses dossiers concernant tous ses programmes de publicité, de gestion de publicité en ligne, de réacheminement et de barres d'outils installés sur les ordinateurs des consommateurs, y compris ceux concernant tous renseignements communiqués aux consommateurs avant ou pendant l'installation;

Ordonnant à la défenderesse de communiquer au défendeur des états de toutes les recettes produites par la distribution de ses programmes de publicité, de gestion de publicité en ligne, de réacheminement et de barres d'outils, et ordonnant l'inscription contre la défenderesse d'un jugement d'exécution du paiement de la somme correspondant à cet enrichissement injustifié;

Ordonnant l'inscription contre la défenderesse et en faveur du demandeur d'un jugement d'exécution du paiement de dommages-intérêts de 500 \$ sous le régime de l'alinéa 36(1)a) et du paragraphe 36(3) de la *Loi sur la concurrence*;

Ordonnant l'inscription contre la défenderesse et en faveur du demandeur d'un jugement d'exécution du paiement des dépens sous le régime du paragraphe 400(1) des *Règles des Cours fédérales*;

Accordant au demandeur toutes autres mesures de réparation que la Cour estimerait légitimes et appropriées.

[12] Il va sans dire qu'Intermix conteste vigoureusement les faits tels que les expose M. Desjean. Par la voie d'un affidavit souscrit par M. Todd Smith, vice-président à la prospection commerciale d'Intermix Network LLC (filiale en propriété exclusive d'Intermix), la défenderesse affirme n'avoir jamais sciemment distribué ou installé à partir de ses sites Web un bon nombre des applications dont parle M. Desjean. M.

offered consumers full disclosure with one or multiple separate download windows explaining what the user would be installing with the free screensaver. Finally, Mr. Smith deposed that Intermix in no way impeded or prevented its programs from being listed in the commonly accessed “Add/Remove Programs,” and provided its own “uninstall” utility, which works properly and removes all files and installed functionalities.

[13] In another affidavit sworn by Brett Brewer, President of Intermix, another set of facts was also presented relating more particularly to the issue of jurisdiction. It appears Intermix is a publicly traded Delaware corporation with its principal offices in Los Angeles, California. Intermix does not have any offices in Canada although it has, in the past, subsidized office space for contractors working on two Web sites purchased by Intermix.

[14] According to Intermix’ Director of Human Resources, Intermix does not have nor has it ever had any employees in Canada. On the other hand, Intermix currently has a contractual relationship with two independent contractors in Canada that provide newsletter edition services unrelated to the matters at issue in the present litigation.

[15] Intermix has no bank accounts in Canada, nor does it pay taxes to either the federal government or any provincial government. Intermix is not registered as doing business in any Canadian jurisdiction.

[16] Intermix has no direct advertising, marketing or solicitation directed at the Canadian market. No person affiliated with Intermix, either directly or indirectly, as an employee or director, has ever attended trade shows or any other Internet-industry promotional events in Canada. Intermix’ Web sites in general and, in particular, the Web site Mr. Desjean refers to, does not target Canada or Canadian consumers in any specific way. It contains no specific references to Canada, no specialized content for a Canadian audience, no French language content.

Smith affirme aussi qu’Intermix fournissait une information complète à l’utilisateur, une ou plusieurs fenêtres de téléchargement lui expliquant ce qu’il installerait avec l’économiseur d’écran gratuit. Enfin, M. Smith soutient qu’Intermix n’a empêché en aucune façon l’inscription de ses programmes dans l’utilitaire « Ajouter/enlever programmes » et fournissait son propre utilitaire de désinstallation, qui fonctionne bien et supprime tous les fichiers et les fonctionnalités installées.

[13] Un autre affidavit, souscrit par M. Brett Brewer, président d’Intermix, présente un autre ensemble de faits se rapportant en particulier à la question de la compétence. Il appert qu’Intermix est une société ouverte du Delaware dont le siège social est sis à Los Angeles (Californie). Intermix n’a pas de bureaux au Canada, encore qu’elle ait dans le passé financé la location de locaux à bureaux pour des entrepreneurs travaillant sur deux sites Web achetés par elle.

[14] Selon le directeur des ressources humaines d’Intermix, celle-ci n’a pas ni n’a jamais eu d’employés au Canada. Cependant, Intermix est actuellement liée par contrat à deux entrepreneurs indépendants sis au Canada, qui lui fournissent des services d’édition de bulletins sans rapport avec les questions en litige en l’espèce.

[15] Intermix n’a pas de comptes bancaires au Canada et elle n’y paie ni impôts fédéraux ni impôts provinciaux. De plus, Intermix n’est inscrite auprès d’aucune administration canadienne comme exerçant une activité commerciale dans son ressort.

[16] Intermix n’exerce aucune activité de publicité ou de marketing direct ou de démarchage sur le marché canadien. Personne ayant des liens directs ou indirects avec Intermix, en tant qu’employé ou administrateur, n’a jamais participé à des foires commerciales ou autres activités de promotion du secteur Internet au Canada. Ni les sites Web d’Intermix en général ni le site dont parle M. Desjean ne ciblent le Canada ou les consommateurs canadiens d’une façon particulière. On n’y trouve ni références particulières au Canada, ni contenu spécial destiné au public canadien, ni contenu en langue française.

[17] According to the affidavit of Mr. Smith, Intermix has no servers in Canada. MyCoolScreen.com is not hosted on servers located in Canada, but on a server in California.

[18] Approximately 66 percent of all downloads from either Intermix Web sites or third parties distributing Intermix applications are by American users, the remaining 34 percent being divided throughout the world (with Canada accounting for 2.5 to 5.3 percent of the downloads, depending on the application).

[19] The licence agreement users enter into before downloading Intermix applications contains a jurisdiction and choice-of-law clause providing that the laws of the State of California will govern the agreement, without giving effect to any conflict-of-law principles.

[20] These facts, at least as they relate to Intermix' activities and its corporate structure, must be taken as accepted for Mr. Desjean has not challenged them—nor has he thought fit to cross-examine Mr. Smith or Mr. Brewer on these aspects of their affidavits.

ISSUES

[21] The issues to be decided upon this motion are threefold:

- Does this Court have jurisdiction over the defendant and the matter?
- Is the statement of claim frivolous or vexatious?
- Does the statement of claim constitute an abuse of the process of the Court?

ANALYSIS

[22] The assumption of jurisdiction by a court against an out-of-country defendant always raises complex issues. The Supreme Court of Canada has revisited these issues in the last 15 years to take into account the new realities of our modern world. These problems, however

[17] Selon l'affidavit de M. Smith, Intermix n'a pas de serveurs au Canada. Le site « MyCoolScreen.com » n'est pas hébergé par des serveurs sis au Canada, mais par un serveur situé en Californie.

[18] Environ 66 pour cent de l'ensemble des téléchargements opérés à partir de sites Web d'Intermix ou de tiers distribuant des applications d'Intermix sont effectués par des utilisateurs américains, les 34 pour cent restants se répartissant entre divers autres pays. Le Canada représente de 2,5 à 5,3 pour cent de ces téléchargements, selon l'application en question.

[19] L'accord de licence que l'utilisateur conclut avant de télécharger une application d'Intermix contient une clause attributive de compétence et portant choix du droit applicable, qui stipule que l'accord en question relève des lois de la Californie sans donner effet à aucun principe de conflit du droit.

[20] Ces faits, du moins en tant qu'ils se rapportent aux activités et à la structure d'Intermix, doivent être considérés comme acceptés par M. Desjean, puisqu'il ne les a pas contestés, pas plus qu'il n'a jugé bon de contre-interroger M. Smith ou M. Brewer sur ces aspects de leurs affidavits respectifs.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[21] Il y a trois questions à trancher dans la présente requête :

- Notre Cour a-t-elle compétence sur la défenderesse et sur l'affaire?
- La déclaration du demandeur est-elle frivole ou vexatoire?
- La déclaration du demandeur constitue-t-elle un abus de procédure?

ANALYSE

[22] L'appropriation de juridiction par un tribunal à l'égard d'un défendeur étranger soulève toujours des questions complexes. La Cour suprême du Canada a réexaminé ces questions au cours des 15 dernières années à la lumière des nouvelles réalités de notre

complex, are compounded when applied in the context of claims arising out of the use of an evolving technology that does not know of national boundaries. While Canadian courts have dealt with these issues on a few occasions, it is fair to say that the development of the law is still in its infancy stage and that legislatures throughout the world are increasingly trying to catch up and adapt their legal system to new virtual communications technology. As our Supreme Court itself recognized in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraph 41:

The issue of global forum shopping for actions for Internet torts has scarcely been addressed. The availability of child pornography on the Internet is a matter of serious concern. E-commerce is growing. Internet liability is thus a vast field where the legal harvest is only beginning to ripen.

[23] There are three ways in which a court may assert jurisdiction over an out-of-country defendant. It may assume jurisdiction if the defendant is physically present within the territory of the court. Second, the foreign resident may consent to submit the dispute to the Canadian court's jurisdiction. Third, the court may declare itself competent to hear the case, in appropriate circumstances. This case raises the third possibility.

[24] While the common-law rules governing these jurisdictional issues had been quite stable in the 19th and 20th centuries, the Supreme Court of Canada revisited them in four seminal decisions to ensure they were in keeping with modern social and economic realities.

[25] In *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, Justice Gérard La Forest recognized that it is unfair to compel a plaintiff to begin an action in the province where the defendant resides, whatever the inconvenience and costs this may bring. On

époque. Mais la complexité de ces problèmes, si grande qu'elle se révèle en soi, se trouve encore aggravée dans le contexte de revendications découlant de l'utilisation d'une technologie en évolution constante et qui ne fait pas acception des frontières. S'il est vrai que les tribunaux canadiens ont eu à résoudre de telles questions à quelques reprises, il faut bien reconnaître que le droit en ces matières en est encore à ses débuts, quoique les corps législatifs de partout dans le monde s'efforcent de plus en plus de suivre le rythme et d'adapter leurs lois aux nouvelles technologies de communication virtuelle. C'est ainsi que notre Cour suprême faisait observer ce qui suit au paragraphe 41 de l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 :

La question de la recherche d'un tribunal favorable pour entendre une action intentée relativement à un délit lié à l'Internet a à peine été abordée. L'accessibilité de matériel pornographique juvénile sur l'Internet est une question très préoccupante. Le commerce électronique prend de l'ampleur. La responsabilité liée à l'Internet est donc un vaste domaine dans lequel les tribunaux commencent tout juste à se prononcer.

[23] Il y a trois façons dont un tribunal peut affirmer sa compétence sur un défendeur étranger. Premièrement, il peut s'approprier la juridiction si le défendeur est physiquement présent dans son ressort. Deuxièmement, le résident étranger peut consentir à soumettre le litige à la compétence du tribunal canadien. Troisièmement, le tribunal peut se déclarer compétent pour entendre l'affaire si les circonstances le justifient. La présente relève de cette troisième possibilité.

[24] Les règles de common law qui régissent ces questions de compétence avaient été très stables aux XIX^e et XX^e siècles, mais la Cour suprême du Canada les a réexaminées dans quatre arrêts qui font maintenant école, afin de faire en sorte qu'elles restent applicables aux réalités sociales et économiques contemporaines.

[25] Dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, le juge Gérard La Forest a reconnu qu'il est injuste d'obliger le demandeur à introduire une action dans la province où réside le défendeur, sans égard pour les difficultés et les frais que

the other hand, he also acknowledged that fairness to the defendant requires that the judgment be issued by a court acting with properly restrained jurisdiction. This equilibrium, in his view, could be achieved by the necessity of establishing what he called “a real and substantial connection.” As he wrote, at pages 1108-1109:

It seems to me that the approach of permitting suit where there is a real and substantial connection with the action provides a reasonable balance between the rights of the parties. It affords some protection against being pursued in jurisdictions having little or no connection with the transaction or the parties. In a world where even the most familiar things we buy and sell originate or are manufactured elsewhere, and where people are constantly moving from province to province, it is simply anachronistic to uphold a “power theory” or a single situs for torts or contracts for the proper exercise of jurisdiction.

[26] Both in *Morguard*, above, *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022, and in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, the Court affirmed that the same test and the same need for restraint apply to both assumed jurisdiction and jurisdiction for recognition and enforcement purposes. Finally, in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, the Supreme Court elaborated the doctrine of *forum non conveniens*, according to which a court can use its discretion to decline jurisdiction where the case would be more appropriately dealt with in another jurisdiction.

[27] The language the Supreme Court used in all these cases to describe a real and substantial connection was deliberately vague, allowing for flexibility in the application of the test and for its adaptability to new situations. While maintaining a flexible approach, the Ontario Court of Appeal, in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, developed eight factors which courts should look to when dealing with questions of assumed jurisdiction, in order to ensure jurisprudential clarity and certainty. These factors, which were applied in four companion cases decided the same day (*Leufkens*

cela peut représenter. Par ailleurs, il a aussi reconnu que l'équité envers le défendeur exige que le jugement soit rendu par un tribunal agissant avec retenue dans l'exercice de sa compétence. On pouvait selon lui équilibrer ces deux exigences en posant la nécessité d'établir ce qu'il a appelé « un lien réel et substantiel avec l'action ». Il écrivait ainsi aux pages 1108 et 1109 de cet arrêt :

Il me semble qu'en adoptant la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Cela fournit une certaine protection contre le danger d'être poursuivi dans des ressorts qui n'ont que peu ou pas de lien avec l'opération ou les parties. Dans un monde où les objets les plus courants qu'on achète ou qu'on vend viennent d'ailleurs ou sont fabriqués ailleurs et où des gens déménagent constamment d'une province à l'autre, il est tout bonnement anachronique de s'en tenir à une « théorie de la capacité d'exécution » ou à un seul situs des délits civils ou des contrats pour l'exercice convenable de compétence.

[26] Aussi bien dans *Morguard*, précité, que dans *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022 et dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la Cour suprême a établi que le même critère et la même obligation de retenue s'appliquent aussi bien à l'appropriation de juridiction qu'à la compétence aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements. Enfin, dans *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, la Cour suprême a élaboré la doctrine du *forum non conveniens*, selon laquelle le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire de se déclarer incompétent lorsqu'il serait plus approprié que l'affaire soit jugée dans un autre ressort.

[27] Les formules, que la Cour suprême a utilisées dans tous ces arrêts portant sur le lien réel et substantiel avec l'action, étaient délibérément vagues, de manière à permettre une application souple du critère et son adaptation à de nouvelles situations. Tout en maintenant une approche souple, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, a dressé une liste de huit facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération dans l'examen des questions d'appropriation de juridiction, afin d'assurer la clarté et la certitude du droit. Ces facteurs ont été

v. Alba Tours International Inc. (2002), 60 O.R. (3d) 84 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76 (C.A.); *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68 (C.A.), are:

1. The connection between the forum and the plaintiff's claim;
2. The connection between the forum and the defendant;
3. Unfairness to the defendant in assuming jurisdiction;
4. Unfairness to the plaintiff in not assuming jurisdiction;
5. Involvement of other parties to the suit;
6. The court's willingness to recognize and enforce an extra-provincial judgment rendered on the same jurisdictional basis;
7. Whether the case is interprovincial or international in nature; and
8. Comity and the standards of jurisdiction, recognition and enforcement prevailing elsewhere.

[28] In the present case, the application of these factors, none of which is determinative in and of itself, clearly indicates that the connection between the forum and the defendant or between the forum and the subject-matter is not substantial enough to warrant this Court's intervention.

[29] While the plaintiff allegedly suffered damages to a computer located in Canada, that is not enough to confirm this Court's jurisdiction. There is clearly no connection between the forum and the defendant. Intermix has no servers in Canada. The impugned Web site is not hosted on servers located in Canada, but on a server situated in California.

appliqués dans quatre affaires complémentaires décidées le même jour, soit : *Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76 (C.A.); et *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68 (C.A.). Ce sont :

1. le lien entre le forum et l'action du demandeur;
2. le lien entre le forum et le défendeur;
3. l'injustice qu'il y aurait pour le défendeur à ce que le tribunal s'approprie la juridiction;
4. l'injustice qu'il y aurait pour le demandeur à ce que le tribunal ne s'approprie pas la juridiction;
5. la présence d'autres parties à l'instance;
6. le point de savoir si le tribunal est disposé à reconnaître et à exécuter un jugement extraprovincial rendu sur la même base juridictionnelle;
7. le point de savoir si l'affaire est de nature interprovinciale ou internationale;
8. la courtoisie judiciaire, et les normes de compétence, ainsi que de reconnaissance et d'exécution des jugements, qui ont cours ailleurs.

[28] Dans la présente espèce, l'application de ces facteurs, dont aucun n'est en soi déterminant, indique clairement que le lien entre le forum et le défendeur ou entre le forum et l'objet du litige n'est pas assez substantiel pour justifier l'intervention de notre Cour.

[29] S'il est vrai que le demandeur affirme avoir subi un préjudice à l'égard d'un ordinateur situé au Canada, cela ne suffit pas à confirmer la compétence de notre Cour. Il n'y a manifestement pas de lien entre le forum et la défenderesse. Intermix n'a pas de serveurs au Canada. Le site Web attaqué n'est pas hébergé par des serveurs sis au Canada, mais par un serveur situé en Californie.

[30] Intermix does not have, nor has it ever had, any employees in Canada. Intermix currently has a contractual relationship with two independent contractors in Canada that provide newsletter edition services unrelated to the matters at issue in the present litigation.

[31] Intermix does not have any offices in Canada. It did, in the past, subsidize office space for contractors working on two Web sites Intermix had purchased, but ceased doing so more than three years ago and has never itself maintained or leased office space in Canada.

[32] Further, Intermix has in no way availed itself of Canadian laws as it does not do any business in Canada through the Web site at issue.

[33] Intermix has no bank accounts in Canada. Intermix does not pay taxes to either the federal government or any provincial government and it is not registered for GST or PST/HST purposes. Intermix is not registered as doing business in any Canadian jurisdiction.

[34] Intermix has no direct advertising, marketing or solicitation aimed at the Canadian market. No person affiliated with Intermix, either directly or indirectly, as an employee or director, has ever attended trade shows or any other Internet industry promotional events in Canada. The only three transactions which Intermix entered into with Canadian companies were for short-term purposes and fall far short of establishing a significant connection between Canada and Intermix.

[35] Furthermore, it would be manifestly unfair to subject Intermix to this Court's jurisdiction since it would, in effect, mean a U.S.-based operator of a Web site, with no business assets in Canada and no physical presence in the jurisdiction, could be sued in this country as well as in any other country from which a plaintiff might choose to download its products. Despite the inconvenience for plaintiffs in a similar situation of having to pursue their claims in foreign jurisdictions, this is only one factor to be taken into consideration. As

[30] Intermix n'a pas ni n'a jamais eu d'employés au Canada. Elle est actuellement liée par un contrat avec deux entrepreneurs indépendants sis au Canada qui lui fournissent des services d'édition de bulletins sans rapport avec les questions en litige en l'espèce.

[31] Intermix n'a pas de bureaux au Canada. Il est vrai qu'elle a déjà financé la location de locaux à bureaux pour des entrepreneurs qui travaillaient sur deux sites Web qu'elle avait achetés, mais elle a cessé de le faire il y a plus de trois ans et n'a jamais elle-même occupé ou loué de locaux à bureaux au Canada.

[32] En outre, Intermix n'a jamais invoqué en aucune façon les lois canadiennes, étant donné qu'elle n'exerce aucune activité commerciale sur le territoire canadien par l'intermédiaire du site Web en cause.

[33] Intermix n'a pas de comptes bancaires au Canada. Elle n'y paie ni impôts fédéraux ni impôts provinciaux, et elle n'y est pas enregistrée aux fins de la perception de la TPS ou d'une TVP ou TVH. Elle n'est non plus inscrite auprès d'aucune administration canadienne comme exerçant une activité commerciale dans son ressort.

[34] Intermix n'exerce aucune activité de publicité ou de marketing directs ou de démarchage sur le marché canadien. Personne ayant des liens directs ou indirects avec Intermix, en tant qu'employé ou administrateur, n'a jamais participé à des foires commerciales ou autres activités de promotion du secteur Internet au Canada. Les trois seules transactions d'Intermix avec des entreprises canadiennes ne visaient que le court terme et sont bien loin d'établir un lien tant soit peu substantiel entre elle et le Canada.

[35] En outre, il serait manifestement inéquitable de soumettre Intermix à la compétence de notre Cour, puisque cela voudrait dire, en fait, qu'un exploitant de site Web sis aux États-Unis, ne possédant pas d'actifs commerciaux au Canada et n'ayant pas de présence physique dans notre ressort, pourrait être poursuivi au Canada aussi bien que dans tout autre pays d'où un demandeur déciderait de télécharger ses produits. Il est bien sûr peu pratique pour les demandeurs qui se trouvent dans ce cas d'avoir à poursuivre leurs causes

the law now appears to stand, this is not enough to bring a claim within the jurisdiction of a Canadian court. It would put much too great an onus on foreign Web site operators or any foreign commercial undertakings with no real presence in Canada which happen to deal with Canadian residents.

[36] With respect to the fourth factor, Intermix could not reasonably expect to be sued in Canada for allegedly breaching the criminal provisions of Canadian competition legislation because of alleged false advertising on its Web site—one which is solely supported by a server located in the U.S. Clearly, any alleged false representations, if made, were made by Intermix in the U.S., hosted by a server situated in the U.S. and thus not within this Court’s jurisdiction. Jurisdiction cannot be founded simply upon the fact that the plaintiff was in Canada when he downloaded the foreign content. The plaintiff’s inconvenience in suing Intermix in the U.S. is also insufficient to justify this Court’s jurisdiction.

[37] The sixth factor also favors Intermix. The *Foreign Extraterritorial Measures Act*, R.S.C., 1985, c. F-29, is a clear expression by Canada that foreign antitrust judgments involve its national interests. More specifically, paragraph 8(1)(a) [as am. by S.C. 1996, c. 28, s. 7] of the Act allows the Attorney General of Canada to declare, in appropriate circumstances, that a foreign antitrust judgment should not be “recognized or enforceable in any manner in Canada.” If Canada reserves the right to refuse enforcement of American antitrust judgments, this Court should not be placed in the position of applying Canadian competition law to American corporations doing business in the U.S. and having no assets in Canada, thereby compelling a plaintiff to seek enforcement in the U.S. of a Canadian antitrust judgment.

[38] Finally, the seventh and the eighth factors lead to the same conclusion. As the Ontario Court of Appeal recognized in *Muscutt*, above, at paragraph 95, “[t]he

d’action à l’étranger, mais ce n’est là qu’un facteur parmi d’autres à prendre en considération. Dans l’état du droit tel qu’il paraît être maintenant, cela ne suffit pas à fonder la compétence d’un tribunal canadien. On imposerait ainsi un fardeau trop lourd aux exploitants étrangers de sites Web ou à toutes entreprises commerciales étrangères sans présence réelle au Canada qui font affaire avec des résidents canadiens.

[36] En ce qui concerne le quatrième facteur, Intermix ne pouvait en toute vraisemblance s’attendre à être poursuivie au Canada pour des infractions supposées aux dispositions pénales de la législation canadienne relative à la concurrence du fait d’avoir diffusé une publicité censément mensongère sur son site Web, lequel est uniquement pris en charge par un serveur situé aux États-Unis. De toute évidence, si Intermix a donné au public des indications fausses, elle l’a fait aux États-Unis, à partir d’un serveur sis aux États-Unis, et donc hors du ressort de notre Cour. La compétence ne peut se fonder sur le seul fait que le demandeur se trouvait au Canada lorsqu’il a téléchargé le contenu étranger. La difficulté qu’il y aurait pour le demandeur à poursuivre Intermix aux États-Unis ne suffit pas non plus à justifier que notre Cour se déclare compétente.

[37] Le sixième facteur milite aussi en faveur d’Intermix. La *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. (1985), ch. F-29, exprime clairement la position du Canada selon laquelle les jugements antitrust étrangers mettent en jeu l’intérêt national. Plus précisément, l’alinéa 8(1)(a) [mod. par L.C. 1996, ch. 28, art. 7] de cette Loi autorise le procureur général du Canada à déclarer, si les faits le justifient, qu’un jugement antitrust rendu par un tribunal étranger « ne sera pas reconnu ni exécuté au Canada ». Si le Canada se réserve le droit de refuser d’exécuter les jugements antitrust américains, notre Cour ne devrait pas être amenée à appliquer le droit canadien de la concurrence à des entreprises américaines exerçant leur activité aux États-Unis et ne possédant pas d’actifs au Canada, obligeant ainsi les demandeurs à solliciter aux États-Unis l’exécution de jugements antitrust canadiens.

[38] Enfin, les septième et huitième facteurs mènent à la même conclusion. Comme la Cour d’appel de l’Ontario le faisait observer au paragraphe 95 de l’arrêt

decisions in *Morguard*, *Tolofson* and *Hunt* suggest that the assumption of jurisdiction is more easily justified in interprovincial cases than in international cases.” Moreover, there are only limited circumstances where damages sustained within a jurisdiction because of a wrong committed elsewhere would be accepted as a basis for assumed jurisdiction (*Lemmex*, above, at paragraph 48).

[39] One of the first and only Canadian cases on Internet jurisdiction is that of *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46. In that case, the British Columbia Court of Appeal stated that whether an Internet presence of a non-resident can constitute a real and substantial connection with the forum will depend upon the character of the Web site. This includes whether the site is passive, is used to interact with residents of Canada, or is used to conduct business with Canadian residents. Beyond that case, Canada’s jurisprudence is essentially devoid of any substantial guidance on the question of Internet jurisdiction.

[40] American courts have dealt with this issue, however, and they have developed an approach that is quite instructive for the purpose of this case. It is now well established that the due process clause requires that a defendant, if not present in the state, have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice. The “minimum contacts” required can be satisfied either through contacts sufficient to support specific jurisdiction, or contacts that adequately support general jurisdiction. General jurisdiction will attach where the defendant’s contacts with the forum state are not related to the plaintiff’s cause of action, but are continuous and systematic. Specific jurisdiction arises when the defendant has purposefully directed activities toward the forum state from which the litigation arises or to which it relates: *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F.Supp. 2d 907 (D. Or. 1999); *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta Nat’l, Inc.*, 223 F.

Muscutt, précité [TRADUCTION] « [I]es arrêts *Morguard*, *Tolofson* et *Hunt* donnent à penser que l’appropriation de juridiction se justifie plus facilement dans les litiges interprovinciaux que dans les litiges internationaux ». De plus, c’est seulement dans un nombre limité de cas qu’un préjudice subi dans un ressort donné du fait d’un acte commis ailleurs pourrait justifier l’appropriation de juridiction (voir *Lemmex*, précitée, au paragraphe 48).

[39] L’une des premières—et rares—affaires canadiennes soulevant la question de la compétence à l’égard d’Internet est celle qui a donné lieu à l’arrêt *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46. Dans cet arrêt, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a posé en principe que le point de savoir si la présence par Internet d’un non-résident peut constituer un lien réel et substantiel avec le forum dépend de la nature du site Web en question. Il faut se demander si ce site est passif, s’il est utilisé pour dialoguer avec des résidents canadiens ou s’il est utilisé pour faire affaire avec de tels résidents. Cet arrêt mis à part, la jurisprudence canadienne n’a essentiellement rien à offrir pour orienter l’examen de la question de la compétence appliquée à Internet.

[40] Cependant, les tribunaux américains ont examiné cette question et ils ont élaboré une approche tout à fait instructive aux fins de la présente affaire. Il est maintenant de droit constant que la clause de procédure régulière exige que le défendeur, s’il n’est pas présent dans l’État, ait des liens minimaux avec ce dernier, de sorte que le maintien de la poursuite ne contrevienne pas aux principes traditionnels du franc-jeu et de la justice fondamentale. La condition des « liens minimaux » peut être remplie par des liens suffisants pour étayer soit la compétence spécifique, soit la compétence générale. Il y a compétence générale lorsque les rapports du défendeur avec l’État du for, bien que ne concernant pas la cause d’action du demandeur, sont continus et systématiques. Il y a compétence spécifique dans le cas où le défendeur a délibérément orienté vers l’État du forum les activités dont découlent le litige ou des activités s’y rapportant. Voir *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999); *Bancroft & Masters, Inc.*

3d 1082 (9th Cir. 2000); *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

[41] Considering the absence of Intermix' real, concrete and ongoing presence on Canadian soil, it seems to me the only possible way to conclude that Intermix has minimum contact with Canada is through the specific jurisdiction theory. In *Millenium Enterprises, Inc.*, above, the U.S. District Court for the District of Oregon summed up the various possibilities in this respect in the following way, at pages 915-916:

At one end of the scale are circumstances where a defendant "conducts business" over the Internet with residents of the forum, allowing for the assertion of personal jurisdiction in most cases. *Zippo*, 952 F. Supp. at 1124. In such situations, the assertion of jurisdiction is almost always proper. At the opposite end are situations where a defendant simply posts information on a Web site which is accessible to users in the forum state as well as others. "A passive Web site that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise of personal jurisdiction." *Id.* In the middle are situations where a defendant operates an interactive Web site, allowing a user to exchange information with the host computer. In such a case, a court must review the "level of interactivity and commercial nature of the exchange of information" to determine whether jurisdiction should be exercised. *Id.*

[42] The record in the present case does not allow me to come to the conclusion that the Web sites Intermix operates are interactive in nature. These Web sites do not allow users to communicate and exchange information with the sponsors of the site, or to order products online. But even if they could be characterized in such a way, I do not think Intermix could be found to have the level of interactivity with Canada that could justify a finding of minimum contact. The software that can be downloaded from Intermix' Web sites is free, there has been no targeting of Canada or of Canadian consumers in any specific way, there is no specific content for a Canadian audience, and Intermix has never purposely availed itself of Canada's laws. Bearing in mind that the test to find a defendant has minimum contact must necessarily be more stringent when a foreign country is involved (as opposed to another state

v. Augusta Nat'l, Inc., 223 F. 3d 1082 (9th Cir. 2000); et *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

[41] Étant donné l'absence de présence réelle, concrète et continue d'Intermix sur le territoire canadien, il me semble que c'est seulement dans le cadre de la théorie de la compétence spécifique qu'on pourrait conclure, le cas échéant, qu'elle a des liens minimaux avec le Canada. Dans la décision *Millenium Enterprises, Inc.*, précitée, la Cour de district de l'Oregon a récapitulé comme suit, aux pages 915 et 916, les diverses possibilités qui s'offrent à cet égard :

[TRADUCTION] On trouve à l'une des extrémités du spectre le cas où le défendeur « fait affaire » sur Internet avec des résidents de l'État du for, situation qui permet d'affirmer la compétence personnelle la plupart du temps : *Zippo*, 952 F. Supp., à la page 1124. Dans un tel cas, l'affirmation de compétence est presque toujours légitime. À l'autre extrémité du spectre, nous avons le cas où le défendeur affiche simplement des renseignements sur un site Web accessible à des résidents de l'État du forum comme à d'autres. « L'exploitation d'un site Web passif qui ne fait guère plus que de mettre des renseignements à la disposition de ceux qu'ils pourraient intéresser ne suffit pas à justifier l'exercice d'une compétence personnelle. » (*Ibid.*) Au milieu du spectre, on trouve le cas où le défendeur exploite un site Web interactif, qui permet à l'utilisateur d'échanger des renseignements avec l'ordinateur hôte. Dans ce cas, le tribunal doit examiner « le niveau d'interactivité et la nature commerciale de l'échange de renseignements » pour établir s'il devrait se déclarer compétent. (*Ibid.*)

[42] Le dossier en l'instance ne me permet pas de conclure que les sites Web qu'exploite Intermix soient de nature interactive. Ces sites ne permettent pas aux utilisateurs de communiquer et d'échanger des renseignements avec leurs concepteurs ni de commander des produits en ligne. Mais même s'ils pouvaient être ainsi définis, je ne pense pas qu'Intermix pourrait être considérée comme ayant avec le Canada un niveau d'interactivité suffisant pour justifier la constatation de liens minimaux. Les logiciels qu'on peut télécharger à partir des sites d'Intermix sont gratuits, ni le Canada ni les consommateurs canadiens n'y sont ciblés de manière tant soit peu particulière, Intermix n'offre pas de contenu spécialement destiné au public canadien, et elle n'a jamais délibérément invoqué les lois canadiennes. Étant donné que le critère de l'existence d'un lien minimal entre le défendeur et le ressort en question doit

in the same country), I am unable to conclude that Intermix has minimum contact with Canada or with the subject-matter of the present claim.

[43] Even if I were to conclude that this Court can assume jurisdiction, it would not be reasonable to do so as there is another more appropriate forum capable of assuming jurisdiction. As Justice John Sopinka explained in *Amchem*, above, at page 912, “[f]requently there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives.” In those cases, courts have developed several factors to determine the most appropriate forum for the action. In *Muscutt*, above, at paragraph 41, Justice Robert Sharpe gave a non-exhaustive list of the factors to be taken into consideration:

- the location of the majority of the parties
- the location of key witnesses and evidence
- contractual provisions that specify applicable law or accord jurisdiction
- the avoidance of a multiplicity of proceedings
- the applicable law and its weight in comparison to the factual questions to be decided
- geographical factors suggesting the natural forum
- whether declining jurisdiction would deprive the plaintiff of a legitimate juridical advantage available in the domestic court

[44] In the present case, at least two factors strongly suggest that California (or, possibly, another U.S. state) would be a better forum to hear a claim related to Intermix’ allegedly anticompetitive behaviour. The evidence that Mr. Desjean is seeking from Intermix is presumably all located in the U.S., as well as the key witnesses who could testify in relation to that evidence. There is also a clause in the licence agreement which provides that the laws of the State of California will govern the agreement, without giving effect to any

nécessairement être plus rigoureux lorsqu’un autre pays est en jeu (par opposition à un autre État fédéré du même pays), je me vois dans l’impossibilité de conclure qu’Intermix a un lien minimal avec le Canada ou avec l’objet de la présente action.

[43] Même si je concluais que notre Cour peut se déclarer compétente, il ne serait pas justifié qu’elle le fasse, puisqu’il y a un autre for, plus approprié, qui le peut aussi. Ainsi que le juge John Sopinka l’expliquait à la page 912 de l’arrêt *Anchem*, précité : « [s] souvent, il n’y a aucun tribunal qui est nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l’action, mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice ». Les tribunaux ont défini plusieurs facteurs à prendre en considération pour établir quel est le forum qui convient le mieux à l’action dans de tels cas. C’est ainsi que le juge Robert Sharpe propose au paragraphe 41 de l’arrêt *Muscutt*, précité, une liste non exhaustive de facteurs de cette nature :

[TRADUCTION]

- le lieu d’établissement de la majorité des parties;
- le domicile des principaux témoins et le lieu où se trouvent les éléments de preuve;
- les stipulations contractuelles qui précisent le droit applicable ou attribuent la compétence;
- l’utilité d’éviter la multiplicité d’instances;
- le droit applicable et son poids par rapport aux questions de fait à trancher;
- les facteurs géographiques définissant le forum naturel;
- le point de savoir si le fait de décliner la compétence priverait le demandeur d’un avantage juridique légitime que lui offrirait le tribunal intérieur.

[44] En l’espèce, au moins deux facteurs militent sérieusement en faveur de la thèse qu’un tribunal californien (ou peut-être un tribunal d’un autre État américain) serait mieux placé pour instruire une action liée au comportement anticoncurrentiel supposé d’Intermix. Les éléments de preuve que M. Desjean veut se faire communiquer par Intermix se trouvent vraisemblablement tous aux États-Unis, tout comme les principaux témoins qui pourraient déposer au sujet de ces éléments de preuve. En outre, l’accord de licence stipule que

conflict of law principles.

[45] In light of the foregoing, I do not think that this Court could, or even should, assume jurisdiction over Mr. Desjean's claim. As a result, there is no necessity to pronounce on Intermix' subsidiary arguments—that is, whether the statement of claim is frivolous or vexatious and constitutes an abuse of the process of the Court. Nor is it relevant to determine if this Court would be acting within the confines of section 101 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]] if it were to rule on this claim. This question can only be addressed properly if it is first decided that a Canadian court is a proper forum for a claim of this nature.

[46] As a result, the statement of claim must be struck for this Court's lack of jurisdiction over the defendant and the matter. Consequently, the motion for the certification of this action as a class action must be dismissed, as it does not meet the requirements set out in rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules*, as amended. In accordance with subsection 299.41(1) [as enacted *idem*], no order is made as to costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS THAT: The statement of claim must be struck for this Court's lack of jurisdiction over the defendant and the matter. Consequently, the motion for the certification of this action as a class action must be dismissed, as it does not meet the requirements set out in rule 299.18 of the *Federal Courts Rules*, as amended. In accordance with subsection 299.41(1) of the Rules, no order is made as to costs.

l'application de celui-ci sera régie par les lois de la Californie, sans donner effet à aucun principe de conflit de lois.

[45] Étant donné tout ce qui précède, je ne pense pas que notre Cour pourrait, ou même devrait, se déclarer compétente pour instruire l'action de M. Desjean. Par conséquent, je n'ai pas à me prononcer sur les moyens subsidiaires d'Intermix, c'est-à-dire sur les points de savoir si la déclaration est frivole ou vexatoire et si elle constitue un abus de procédure. Il n'y a pas lieu non plus de décider si notre Cour outrepasserait les limites fixées par l'article 101 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]] ans le cas où je statuerais sur la présente action. On ne peut examiner régulièrement cette question que si l'on a d'abord décidé qu'un tribunal canadien est le forum approprié pour instruire une action de cette nature.

[46] La déclaration doit donc être radiée au motif de l'incompétence de notre Cour sur la défenderesse et sur l'affaire. En conséquence, la requête en autorisation de la présente action comme recours collectif doit être rejetée, étant donné qu'elle ne remplit pas les conditions prévues à la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales*, dans sa version modifiée. Conformément au paragraphe 299.41(1) [édité, *idem*] de ces Règles, aucuns dépens ne sont adjugés.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que : La requête soit radiée au motif de l'incompétence de notre Cour sur la défenderesse et sur l'affaire. En conséquence, la requête en autorisation de la présente action comme recours collectif doit être rejetée, étant donné qu'elle ne remplit pas les conditions prévues à l'article 299.18 des *Règles des Cours fédérales*, dans sa version modifiée. Conformément au paragraphe 299.41(1) de ces Règles, aucuns dépens ne sont adjugés.

2006 FC 1482
T-2277-03

2006 CF 1482
T-2277-03

Canadian Association of Broadcasters (the Plaintiff Association), Group TVA Inc., CTV Television Inc., The Sports Network Inc., 2953285 Inc. (o.b.a. Discovery Channel Canada), Le Réseau des Sports (RDS) Inc., The Comedy Network Inc., 1163031 Ontario Inc., (o.b.a. OutDoor Life Network), Canwest Mediaworks Inc., Global Television Network Quebec Limited Partnership, Prime TV, General Partnership, CHUM Limited, CHUM Ottawa Inc., CHUM Television Vancouver Inc., and Pulse24 General Partnership (the Corporate Plaintiffs) (Plaintiffs)

L'Association canadienne des radiodiffuseurs (l'association demanderesse), Groupe TVA Inc., CTV Television Inc., The Sports Network Inc., 2953285 Inc. (s/n Discovery Channel Canada), Le Réseau des Sports (RDS) Inc., The Comedy Network Inc., 1163031 Ontario Inc., (s/n OutDoor Life Network), Canwest Mediaworks Inc., Société en commandite Global Television Network Québec, Prime TV, General Partnership, CHUM Limited, CHUM Ottawa Inc., CHUM Television Vancouver Inc., et Pulse24 General Partnership (les sociétés demanderesse) (demanderesse)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

T-276-04

T-276-04

Vidéotron Ltée, Vidéotron (Régional) Ltée, and CF Cable TV Inc. (Plaintiffs)

Vidéotron Ltée, Vidéotron (Régional) Ltée, et CF Cable TV Inc. (demanderesse)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

INDEXED AS: CANADIAN ASSN. OF BROADCASTERS v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : ASSOC. CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS C. CANADA (C.F.)

Federal Court, Shore J.—Ottawa, November 20-28, December 14, 2006.

Cour fédérale, juge Shore—Ottawa, 20 au 28 novembre, 14 décembre 2006.

Constitutional Law — Fundamental Principles — Tax versus regulatory charge—Plaintiffs seeking declaration fees imposed by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) under Part II of Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997 in fact tax, and as such ultra vires Broadcasting Act, s. 11 (enabling provision) — Part II licence fees exhibiting five hallmarks of tax — Not intended to cover costs of regulating broadcast system — Amounts collected: grossly exceed cost of regulatory scheme, deposited in Consolidated Revenue Fund, intended to raise revenue for general public purpose — Part II licence fees therefore tax, ultra vires Broadcasting Act, s. 11.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Taxe ou redevance de nature réglementaire — Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire portant que les droits imposés par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) en application de la partie II du Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion sont, en fait, une taxe, et sont donc ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion (la disposition habilitante) — Les droits de licence de la partie II comportent les cinq caractéristiques d'une taxe — Ils ne visent pas à permettre le recouvrement des coûts de réglementation de l'industrie de la radiodiffusion — Les revenus générés sont complètement disproportionnés au coût du régime de réglementation, ils ont été déposés dans le Trésor et ils sont destinés à une fin générale d'intérêt public — Les droits de

Broadcasting — Fees levied under Part I of Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997 (Part I licence fees) to recover regulatory, administrative costs of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) with respect to broadcasting — Fees levied under Part II of Regulations (Part II licence fees) not intended to recover such costs — Part II licence fees deposited in Consolidated Revenue Fund for general revenue purposes — Revenues generated by these fees grossly disproportionate to Industry Canada's actual, properly estimated costs of managing broadcasting spectrum — Part II fees ultra vires authority conferred on CRTC by Broadcasting Act, s. 11 to establish fee schedules.

Restitution — Plaintiffs seeking declaration for return of moneys paid under Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997, s. 11 on basis charges imposed under that section ultra vires Broadcasting Act, s. 11 — Plaintiffs not entitled to recovery of moneys paid prior to declaration of invalidity — Principles, considerations underlying this rule, such as protection of treasury, reasonable expectations of parties, Canadian taxpayer, reviewed.

The plaintiffs were seeking a declaration that section 11 of the *Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997* is *ultra vires* the authority conferred on the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) by section 11 of the *Broadcasting Act* to establish schedules of “fees,” on the basis that the charges imposed by section 11 of the Regulations are in fact a tax. The plaintiffs also sought a further declaration for the return of the moneys paid pursuant to that section.

The Regulations came into effect on April 1, 1997. Licence fees under Part I of the Regulations (Part I licence fees) are based on a formula that takes into consideration the estimated costs of the CRTC, as well as the revenues of broadcasters. Part I licence fees require broadcasting licensees to contribute to the CRTC's regulatory costs on a pro-rated basis, which is calculated on the basis of their respective gross revenues less the applicable exemption. The purpose of Part I licence fees is to recover the regulatory and administrative costs of the CRTC with respect to broadcasting. Licence fees under Part II of the Regulations (Part II licence fees) are levied in addition to Part I licence fees. They are not intended to cover

licence de la partie II sont donc une taxe et sont ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion.

Radiodiffusion — Les droits perçus en application de la partie I du Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion (les droits de licence de la partie I) visent le recouvrement des coûts de réglementation et d'administration du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) dans le domaine de la radiodiffusion — Les droits perçus en application de la partie II du Règlement (les droits de licence de la partie II) ne visent pas à permettre le recouvrement de ces coûts — Les droits de licence de la partie II sont déposés dans le Trésor afin d'être utilisés à des fins générales — Les revenus générés par ces droits sont complètement disproportionnés aux coûts réels ou aux coûts estimatifs justifiés d'Industrie Canada pour gérer le spectre attribué pour la radiodiffusion — Les droits de licence de la partie II sont ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion, qui autorise le CRTC à fixer des tarifs de droits.

Restitution — Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire pour le remboursement des sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion au motif que les redevances imposées à cet article sont ultra vires de l'art. 11 de la Loi sur la radiodiffusion — Les demanderesse n'ont pas droit à la remise des sommes versées avant la déclaration d'invalidité — Examen des principes et des motifs qui sous-tendent cette règle, notamment la protection du Trésor public ainsi que les attentes raisonnables des parties et du contribuable canadien.

Les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire portant que l'article 11 du *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion* est *ultra vires* de l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui autorise le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) à fixer des tarifs de « droits », au motif que les redevances imposées à l'article 11 du Règlement sont, en fait, une taxe. De plus, les demanderesse sollicitaient un jugement déclaratoire additionnel pour le remboursement des sommes versées conformément à cet article.

Le Règlement est entré en vigueur le 1^{er} avril 1997. Les droits de licence prévus à la partie I du Règlement (les droits de licence de la partie I) reposent sur une formule dans laquelle il est tenu compte des coûts estimatifs du CRTC ainsi que des recettes des radiodiffuseurs. Les droits de licence de la partie I exigent que les titulaires de licences de radiodiffusion contribuent au prorata aux coûts de la réglementation du CRTC, ces droits étant calculés en fonction de leurs revenus bruts respectifs, déduction faite de la franchise applicable. Les droits de licence de la partie I visent le recouvrement des coûts de réglementation et d'administration du CRTC dans le domaine de la radiodiffusion. Les droits de licence prévus à la

the CRTC's costs of regulating the broadcasting industry, and are not calculated on the basis of what it costs to operate the CRTC. Broadcasters required to pay Part II licence fees must pay the CRTC an annual charge equivalent to 1.365% of the amount by which a broadcasting undertaking's gross revenues from broadcasting activities exceed the applicable exemption level. Part II licence fees are entirely deposited into the Consolidated Revenue Fund (CRF), and do not go into a specified purpose account within the CRF.

Held, section 11 of the Regulations is *ultra vires* the authority conferred on the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act*, but the declaration to that effect was suspended for a maximum of nine months; the plaintiffs are not entitled to the return of the moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations.

The Part II licence fees exhibit the five hallmarks of a tax: (1) they are compulsory and enforceable by law (e.g. *Broadcasting Act*, s. 11(4)); (2) they are imposed under the authority of the legislature (*Broadcasting Act*, s. 11; Regulations); (3) they are levied by a public body (the CRTC); (4) they are intended for a public purpose (they are deposited in the CRF) and, (5) there is no reasonable nexus between the amount of the licence fee and the cost of administering the corresponding regulatory scheme.

In particular, with respect to hallmark 4, Part II licence fees are collected by the CRTC and deposited into the CRF to be used for general revenue purposes. There is no specific allocation of the moneys to the CRTC, to Industry Canada or to any specific department or agency or purpose. As such, they are not used to finance a regulatory scheme. In any event, the revenues generated are grossly disproportionate to Industry Canada's actual or properly estimated costs of managing the spectrum allocated for broadcasting over the airwaves (broadcasting spectrum). Part II licence fees are also not a charge for a specific service (i.e. a user fee). Some of the operations from which they are collected do not make use of the broadcasting spectrum, and the amount of the fee collected does not vary by the amount of the broadcasting spectrum used.

Furthermore, as to hallmark 5, Part II licence fees are calculated as a percentage of gross revenue from broadcasting activities, not on broadcast spectrum usage. The cost of regulating licensee use of broadcast spectrum does not vary according to a licensee's revenues. There is thus no

partie II du Règlement (les droits de licence de la partie II) sont prélevés en plus des droits de licence de la partie I. Ils ne visent pas à permettre le recouvrement par le CRTC des coûts de réglementation de l'industrie de la radiodiffusion et ils ne sont pas calculés en fonction des coûts de fonctionnement du CRTC. Les entreprises de radiodiffusion qui sont obligées d'acquitter les droits de licence de la partie II doivent verser au CRTC une redevance annuelle correspondant à 1,365 % de l'excédent du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion sur la franchise applicable. Les droits de licence de la partie II sont entièrement déposés dans le Trésor; ils ne vont pas dans un compte à fins déterminées du Trésor.

Jugement : l'article 11 du Règlement outrepassé l'autorité conférée au CRTC par l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, mais l'application de ce jugement déclaratoire a été suspendue pour une période d'au plus neuf mois; les demanderessees n'ont pas droit à la remise des sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement.

Les droits de licence de la partie II comportent les cinq caractéristiques d'une taxe. En effet, il s'agit d'un prélèvement : 1) obligatoire et exigé par la loi (p. ex. le paragraphe 11(4) de la *Loi sur la radiodiffusion*); 2) imposé sous l'autorité de la législature (article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*; Règlement); 3) perçu par un organisme public (le CRTC); 4) destiné à une fin d'intérêt public (les droits sont déposés dans le Trésor) et 5) n'ayant aucun rapport raisonnable entre le montant du droit de licence et le coût d'administration du régime de réglementation correspondant.

Plus particulièrement, pour ce qui est de la quatrième caractéristique, les droits de licence de la partie II sont recouverts par le CRTC et déposés dans le Trésor afin d'être utilisés à des fins générales. Aucune somme précise n'est assignée au CRTC ou à Industrie Canada, ou encore à une fin, à un organisme gouvernemental ou à un ministère précis. En tant que tels, ils ne servent pas au financement d'un régime de réglementation. Quoi qu'il en soit, les revenus générés sont complètement disproportionnés aux coûts réels ou aux coûts estimatifs justifiés d'Industrie Canada pour gérer le spectre attribué pour la radiodiffusion (le spectre de la radiodiffusion). En outre, les droits de licence de la partie II ne constituent pas un paiement pour un service particulier (c.-à-d. des frais d'utilisation). Certaines entreprises desquelles les droits de licence de la partie II sont recouverts n'utilisent pas le spectre de la radiodiffusion et le montant recouvré ne varie pas en fonction du degré d'utilisation du spectre de la radiodiffusion.

Qui plus est, pour ce qui est de la cinquième caractéristique, les droits de licence de la partie II sont calculés en tant que pourcentage du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion et non de l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. Le coût de réglementation de l'utilisation du

demonstrable connection between the quantum of Part II licence fees collected and any associated regulatory scheme. The fee structure is intended to raise revenue well in excess of any reasonable regulatory need or purpose.

The Crown's threefold rationale for the Part II licence fees was not supported by the evidentiary record. (1) The Part II licence fees are not a payment for Industry Canada's costs of managing the broadcasting spectrum. Industry Canada has its own separate regulatory scheme under which it licenses the use of radio frequency spectrum under the *Radiocommunication Act*. (2) Nor are they a payment for the privilege of using broadcasting spectrum. The publicly stated intention for the enactment of the Regulations reiterates a focus upon maintaining revenues and does not articulate a justification of the charges based on some notion of imposing a charge for a "privilege." Furthermore, not all activities licensed by the CRTC use broadcasting spectrum. For example, pay and specialty, conventional cable and direct-to-home satellite undertakings employ optical fibre or dedicated coaxial cables, fixed satellites or microwave links, which do not utilize broadcasting spectrum. (3) Part II licence fees are also not a payment for the privilege of broadcasting for commercial benefit. Many broadcasters carry on business for commercial benefit without being required to pay such licence fees (only undertakings with revenues over the specified exemption amount and with more than 2,000 subscribers pay licence fees). Also, no studies were conducted by the Crown to determine what the market value of the privilege of holding a broadcasting licence or using broadcasting spectrum might be, nor did any reviews of the relationship between the Part II licence fee revenues and the value that may be attributed by broadcasters for that licence exist as of March 2005. In any event, the CRTC has not been authorized by the *Broadcasting Act* to impose a fee for a privilege or to extract economic rent.

The Part II licence fees are therefore a tax. However, the plaintiffs were not entitled to a return of the moneys paid. Money paid to Her Majesty the Queen in accordance with legislation later found to be invalid is not recoverable by a fee-payer. The effect of the relevant legislative scheme remains in force until it is declared to be invalid. Chief among

spectre de la radiodiffusion par le titulaire d'une licence ne varie pas en fonction de ses recettes. Il n'existe donc aucun lien démontrable entre le montant des droits de licence de la partie II qui est recouvré et tout régime associé de réglementation. La structure tarifaire vise à permettre de percevoir un revenu de beaucoup supérieur à tout besoin ou à toute fin réglementaire raisonnable.

La preuve n'était pas les trois objectifs avancés par la Couronne à l'égard des droits de licence de la partie II. 1) Les droits de licence de la partie II ne sont pas un paiement associé aux coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion par Industrie Canada. Celle-ci a son propre régime distinct de réglementation en vue de gérer l'utilisation du spectre de fréquences radiophoniques et d'accorder des licences à cet égard en vertu de la *Loi sur la radiocommunication*. 2) Il ne s'agit pas non plus d'un paiement associé au privilège lié à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. L'intention exprimée en public pour édicter le Règlement met encore une fois l'accent sur le maintien des revenus et n'énonce pas de justification à l'appui des redevances fondée sur l'idée selon laquelle la redevance est imposée en échange d'un « privilège ». De plus, le spectre de la radiodiffusion n'est pas utilisé pour toutes les activités visées par une licence accordée par le CRTC. Par exemple, les exploitants de services payants et spécialisés et les entreprises de distribution par câble ou qui utilisent des satellites de radiodiffusion directe emploient des câbles à fibres optiques, des câbles coaxiaux dédiés, une liaison par satellite ou une liaison hertzienne, qui ne font pas appel au spectre de la radiodiffusion. 3) Enfin, les droits de licence de la partie II ne constituent pas un paiement associé au privilège se rattachant à la radiodiffusion en raison de ces avantages commerciaux. Bon nombre de radiodiffuseurs exploitent leur entreprise à des fins commerciales sans être tenus d'acquitter ces droits de licence (seules les entreprises dont les recettes sont en sus de la franchise précisée ou qui ont plus de 2000 abonnés paient des droits de licence). En outre, la Couronne n'a mené aucune étude en vue de déterminer la valeur marchande du privilège se rattachant à une licence de radiodiffusion ou en vue de déterminer ce que pourrait être le privilège lié à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion et, en mars 2005, aucun examen du rapport existant entre les revenus tirés des droits de licence de la partie II et la valeur que les radiodiffuseurs pouvaient attribuer à une licence n'avait été effectué. Quoi qu'il en soit, la *Loi sur la radiodiffusion* n'autorise pas le CRTC à imposer un droit pour un privilège ou à obtenir un loyer économique.

Les droits de licence de la partie II sont donc une taxe. Cependant, les demandesses n'avaient pas droit à la remise des sommes versées. Celui qui paie certains frais à Sa Majesté la Reine conformément à une loi qui est par la suite jugée invalide ne peut pas recouvrer les sommes versées. Ce régime continue à s'appliquer tant que la Cour ne déclare pas que le

the reasons behind this rule is the protection of the treasury, and a recognition of the reality that if the tax were refunded, modern government would be driven to the inefficient course of reimposing it either on the same, or on a new generation of taxpayers, to finance the operations of government (*Air Canada v. British Columbia*). Public considerations also play a role in denying the recovery of any money paid prior to a declaration that the fees are an *ultra vires* tax. The reasonable expectations of the parties, and more importantly, of the Canadian taxpayer is that the burden of a mistake as to the viability of the intended legislative scheme should not be simply shifted from one group of taxpayers to another. In any event, the importance of maintaining legal certainty and avoiding fiscal chaos for government coffers clearly requires notice before a fund-raising scheme may be put in jeopardy.

régime légal pertinent est invalide. Les motifs justifiant cette règle sont principalement la protection du Trésor public et la reconnaissance du fait que, si l'impôt était remboursé, un gouvernement moderne se verrait dans la nécessité d'adopter le moyen inefficace qui consiste à l'imposer de nouveau, soit aux mêmes contribuables, soit à ceux d'une nouvelle génération, afin de financer les opérations gouvernementales (*Air Canada c. Colombie-Britannique*). Les considérations d'ordre public ont également un rôle lorsqu'il s'agit de refuser le recouvrement d'une somme versée avant qu'il soit déclaré que les droits en cause sont une taxe *ultra vires*. Les attentes raisonnables des parties et, ce qui est encore plus important, du contribuable canadien, veulent que le fardeau d'une erreur quant à la viabilité du régime légal envisagé ne passe pas simplement d'un groupe de contribuables à un autre. Quoi qu'il en soit, le fait qu'il est important de maintenir la certitude juridique et d'éviter le chaos fiscal dans les finances de l'État exige clairement qu'un avis soit donné avant qu'un régime de financement soit mis en danger.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.).
- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "broadcasting", "broadcasting undertaking", "distribution undertaking", "programming undertaking", (2), 3, 11.
- Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997*, SOR/97-144, ss. 7, 8, 9, 10, 11.
- Canadian Food Inspection Agency Act*, S.C. 1997, c. 6, s. 25.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)[R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 53.
- Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, s. 7.
- Department of Industry Act*, S.C. 1995, c. 1, s. 19.
- Department of Social Development Act*, S.C. 2005, c. 35, s. 20.
- General Radio Regulations, Part I*, SOR/58-46, s. 5 (as am. by SOR/60-495, s. 1).
- Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, s. 48.
- Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31, s. 24.
- Produce Marketing Act*, S.B.C. 1926-27, c. 54.
- Radio Act*, R.S.C. 1952, c. 233, s. 3.
- Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), 6(1) (as am. *idem*, s. 4).
- Radiocommunication Regulations*, SOR/96-484.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.).
- 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], art. 53.
- Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, L.C. 1997, ch. 6, art. 25.
- Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31, art. 24.
- Loi sur la radio*, S.R.C. 1952, ch. 233, art. 3.
- Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), 6(1) (mod., *idem*, art. 4).
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « entreprise de distribution », « entreprise de programmation », « entreprise de radiodiffusion », « radiodiffusion », (2), 3, 11.
- Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22.
- Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, art. 7.
- Loi sur le ministère de l'Industrie*, L.C. 1995, ch. 1, art. 19.
- Loi sur le ministère du Développement social*, L.C. 2005, ch. 35, art. 20.
- Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, art. 48.
- Produce Marketing Act*, S.B.C. 1926-27, ch. 54.
- Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion*, DORS/97-144, art. 7, 8, 9, 10, 11.

Règlement général sur la radio, Partie I, DORS/58-46, art. 5 (mod. par DORS/60-495, art. 1).

Règlement sur la radiocommunication, DORS/96-484.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Air Canada v. British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; (1998), 40 O.R. (3d) 160; 165 D.L.R. (4th) 1; [2000] 1 C.T.C. 284; 23 E.T.R. (2d) 1; 231 N.R. 55; 114 O.A.C. 55; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; (1999), 176 D.L.R. (4th) 276; [1999] 9 W.W.R. 517; 129 B.C.A.C. 1; 67 B.C.L.R. (3d) 1; [1999] 4 C.N.L.R. 277; 246 N.R. 201; *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361; *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*; *Peel (Regional Municipality) v. Ontario*, [1992] 3 S.C.R. 762; (1992), 98 D.L.R. (4th) 140; 12 M.P.L.R. (2d) 229; 144 N.R. 1; 59 O.A.C. 81.

DISTINGUISHED:

Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education, [1996] 2 S.C.R. 929; (1996), 137 D.L.R. (4th) 449; 35 M.P.L.R. (2d) 1; 4 R.P.R. (3d) 1; 201 N.R. 81; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.); 620 *Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 446; (2006), 271 D.L.R. (4th) 678; 352 N.R. 177; 2006 FCA 252.

CONSIDERED:

Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada (2006), 50 Admin. L.R. (4th) 35; 353 N.R. 12; 2006 FCA 208; affg (2005), 50 Admin. L.R. (4th) 26; 2005 FC 1217; *La Presse, Ltée, La Compagnie de Publication v. Procureur Général du Canada*, [1964] Ex. C.R. 627; 63 DTC 1335; *revd Procureur général du Canada v. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60; (1966), 63 D.L.R. (2d) 396; 66 DTC 5492; *Licence renewal for a cable distribution undertaking at Sherbrooke* (6 November 2003), Broadcasting Decision CRTC 2003-550; *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (S.C.); *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394; 202 B.C.A.C. 172; 30 B.C.L.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Air Canada c. Colombie-Britannique, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*; *Peel (Municipalité régionale) c. Ontario*, [1992] 3 R.C.S. 762.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York, [1996] 2 R.C.S. 929; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.); 620 *Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 446; 2006 CAF 252.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada, 2006 CAF 208; conf. 2005 CF 1217; *La Presse, Ltée, La Compagnie de Publication c. Procureur Général du Canada*, [1964] R.C.É. 627; inf. par *Procureur général du Canada c. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] R.C.S. 60; *Renouvellement de la licence d'une entreprise de distribution par câble à Sherbrooke* (6 novembre 2003), Décision de radiodiffusion CRTC 2003-550; *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (C.S.); *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394; 202 B.C.A.C. 172; 30 B.C.L.R. (4th) 195; 21 Admin. L.R. (4th) 13; 2004 BCCA 410; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S.

(4th) 195; 21 Admin. L.R. (4th) 13; 2004 BCCA 410; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42; *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, [2006] 2 F.C.R. 199; (2005), 260 D.L.R. (4th) 45; 338 N.R. 268; 2005 FCA 283; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Department of Finance)* (2005), 285 N.B.R. (2d) 201; 254 D.L.R. (4th) 715; 8 B.L.R. (4th) 182; 2005 G.T.C. 510; 2005 NBCA 56; revd in part, [2007] 1 S.C.R. 3; (2007), 309 N.B.R. (2d) 255; 25 B.L.R. (4th) 1; 2007 DTC 5029; 2007 G.T.C. 1399; 2007 SCC 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1.

REFERRED TO:

Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City) (2001), 52 O.R. (3d) 593; 196 D.L.R. (4th) 304 (C.A.); *R. v. Breault* (2001), 235 N.B.R. (2d) 337; 198 D.L.R. (4th) 669; 154 C.C.C. (3d) 440; 2001 NBCA 16; *St. Francis Xavier Univeristy (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (N.S.S.C.); *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148; 2001 BCSC 1265; *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors*, [2005] UKHL 41; *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q. n° 756 (C.A.) (QL); *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629; (2004), 237 D.L.R. (4th) 385; 43 B.L.R. (3d) 163; 9 E.T.R. (3d) 163; 186 O.A.C. 128; 319 N.R. 38; 2004 SCC 25; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472; (2002), 209 D.L.R. (4th) 549; 49 C.R. (5th) 95; 92 C.R.R. (2d) 63; 27 M.P.L.R. (3d) 1; 282 N.R. 365; 2002 SCC 14.

AUTHORS CITED

Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997, Public Notice CRTC 1997-32, 20 March 1997.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *1997-98 Estimates: Part III—Expenditure Plan*. Treasury Board of Canada Secretariat.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *1998-99 Estimates: A Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *1999-2000 Estimates: A Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *2000-2001 Estimates: A Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.

559; 2002 CSC 42; *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, [2006] 2 R.C.F. 199; 2005 CAF 283; *Kingstreet Investments Ltée c. Nouveau Brunswick (Ministère des Finances)* (2005), 285 R.N.-B. (2^e) 201; 2005 NBCA 56; inf. en partie, [2007] 1 R.C.S. 3; (2007), 309 R.N.-B. (2^e) 255; 2007 DTC 5041; 2007 CSC 1; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

DÉCISIONS CITÉES :

Urban Outdoor Trans Ad c. Scarborough (City) (2001), 52 O.R. (3d) 607 (C.A.); *R. c. Breault* (2001), 235 R.N.-B. (2^e) 337; 2001 NBCA 16; *St. Francis Xavier Univeristy (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (C.S.N.-É.); *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148; 2001 BCSC 1265; *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors*, [2005] UKHL 41; *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q. n° 756 (C.A.) (QL); *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629; 2004 CSC 25; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472; 2002 CSC 14.

DOCTRINE CITÉE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 1997-1998 : Partie III—Plan de dépenses*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 1998-1999 : Un rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 1999-2000 : Un rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 2000-2001 : Un rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du

- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *2005-2006 Estimates: Part III—Report on Plans and Priorities*. Treasury Board of Canada Secretariat.
- Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23rd ed. by Sir William McKay. London: LexisNexis UK, 2004.
- Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.
- Exemption order respecting cable broadcasting distribution undertakings that serve between 2,000 and 6,000 subscribers; and Amendment to the *Broadcasting Distribution Regulations*, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-39, 14 June 2004.
- Exemption order respecting cable systems having fewer than 2,000 subscribers, Public Notice CRTC 2001-121, 7 December 2001.
- Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.
- Lovell, John. "From Now On: Temporal Issues in Constitutional Adjudication" (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1.
- New Zealand. House of Representatives. *Report of the Regulations Review Committee: Inquiry into the Constitutional Principles to Apply when Parliament Empowers the Crown to Charge Fees by Regulation*, 25 July 1989.
- Proposed incentives for English-language Canadian television drama—Call for comments, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-32, 6 May 2004.
- Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations, Public Notice CRTC 1996-149, 22 November 1996.
- Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations: Erratum—Definition of Fee Revenue, Public Notice CRTC 1996-149-1, 29 November 1996.
- Treasury Board of Canada Secretariat. *Cost Recovery and Charging Policy*, 1997.
- Treasury Board of Canada Secretariat. *External Charging Policy*, August 2003.
- Treasury Board of Canada Secretariat. Office of the Comptroller General. *Guide to the Costing of Outputs in the Government of Canada*, February 1989.
- Conseil du Trésor du Canada.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Budget des dépenses 2005-2006 : Partie III— Rapport sur les plans et les priorités*. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada.
- Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23rd ed. by Sir William McKay. London : LexisNexis UK, 2004.
- Industrie Canada. Gestion du spectre et Politique des télécommunications. Circulaire d'information sur les radiocommunications (CIR-42). *Guide pour le calcul des droits de licence*, mai 2003.
- Lovell, John. « From Now On : Temporal Issues in Constitutional Adjudication » (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1.
- Mesures proposées pour encourager la production d'émissions télévisées dramatiques canadiennes de langue anglaise—Appel d'observations, Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-32, 6 mai 2004.
- New Zealand. House of Representatives. *Report of the Regulations Review Committee : Inquiry into the Constitutional Principles to Apply when Parliament Empowers the Crown to Charge Fees by Regulation*, 25 July 1989.
- Ordonnance d'exemption des entreprises de distribution de radiodiffusion par câble desservant entre 2 000 et 6 000 abonnés et modification au *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-39, 14 juin 2004.
- Ordonnance d'exemption pour les entreprises de câblodistribution de moins de 2 000 abonnés, Avis public CRTC 2001-121, 7 décembre 2001.
- Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion, Avis public CRTC 1966-149, 22 novembre 1996.
- Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion : Erratum—Définition de recettes désignées, Avis public CRTC 1996-149-1, 29 novembre 1996.
- Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion, Avis public CRTC 1997-32, 20 mars 1997.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. Bureau du Contrôleur général. *Guide pour l'établissement des coûts des extrants au Gouvernement du Canada*, février 1989.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Politique sur le recouvrement des coûts et la tarification*, 1997.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Politique sur les frais d'utilisation externe*, août 2003.

APPLICATION for a declaration that charges imposed under section 11 of the *Broadcasting Licence*

DEMANDE sollicitant un jugement déclaratoire portant que les redevances imposées à l'article 11 du

Fee Regulations are in fact a tax and as such are *ultra vires* the authority conferred upon the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act*, and that the moneys paid by the plaintiffs pursuant to section 11 of the Regulations be returned to them. Application allowed with respect to the first declaration, but not the second.

APPEARANCES:

Barbara A. McIsaac, Q.C., Benjamin Mills and Howard Fohr for plaintiffs.
Frederick B. Woyiwada, R. Jeff Anderson, Francisco Couto and Alexander Pless for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP, Ottawa, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

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

SHORE J.:

OVERVIEW

[1] In history, the respect for the separation of powers has been, and is, the very essence of democracy.

[2] Whether a judgment is to endure or not remains in question but the separation of powers does not, if democracy is to endure.

[3] Within the context of a democracy, in a departure from a constitutional provision, without avail from the relevant branch of government that would be responsible for its correction, a constitutional necessity may arise for specific and limited judicial action, not judicially propelled activism; in such a context, all else would be an excuse for judicial usurpation, bearing its own responsibility and consequences.

Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion sont, en fait, une taxe et qu'elles outrepassent l'autorité conférée au CRTC par l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* et que les sommes que les demanderesse ont versées conformément à l'article 11 du Règlement leur soient remises. Demande accueillie à l'égard du premier jugement déclaratoire, mais pas à l'égard du deuxième.

ONT COMPARU :

Barbara A. McIsaac, c.r., Benjamin Mills et Howard Fohr pour les demanderesse.
Frederick B. Woyiwada, R. Jeff Anderson, Francisco Couto et Alexander Pless pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault s.e.n.c.r.l., s.r.l., Ottawa, pour les demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE SHORE :

APERÇU

[1] Le respect de la séparation des pouvoirs a toujours constitué l'essence même de la démocratie; il en va encore de même.

[2] Un jugement subsistera ou non, mais si l'on veut assurer le maintien de la démocratie, il ne doit pas y avoir de doute que la séparation des pouvoirs subsistera.

[3] Dans le contexte d'une démocratie, lorsque l'on déroge à une disposition constitutionnelle sans avoir recours à la branche pertinente de l'État qui serait chargée de corriger la situation, il peut être nécessaire sur le plan constitutionnel de prendre des mesures judiciaires précises et restreintes, mais il ne peut être question de militantisme judiciaire; dans un tel contexte, toute autre chose ne serait qu'un prétexte pour une

[4] It is for a court to interpret the law, recognizing that it is for the constitution with its supremacy undiminished to delineate how far each jurisdiction extends; thus, the court recognizes the powers of each branch of government, always, recalling the limits of its own jurisdiction and, thereby, its own responsibility to adhere to the restraints by which it must abide.

[5] Therefore, it is for the appropriate branch of government to be given a reasonable time period to correct the situation in regard to the impugned Part II licence fee Regulations, judged *ultra vires*; and not for the Court to do so on its own.

INTRODUCTION

[6] One of the most fundamental principles of Canadian law is that taxes must be levied only with the authority of Parliament. This principle was first enunciated in the Bill of Rights 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, I Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.)] and is now enshrined in section 53 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]]. The imposition of taxes must be by a Ways and Means resolution. Fees on the other hand can be treated differently.

Levies upon an industry for purposes beneficial to that industry are regarded as not covered by the rules of financial procedure and so do not require authorization by Ways and Means resolution. The same applies to fees reasonably charged for the provision of services. . . . Modern legislation, however, frequently makes provision for the imposition of other types of fees or payment which, although not taxes in a strict sense, have enough of the characteristics of taxation to require to be treated as 'charges upon the people' and therefore to be authorized by a Ways and Means resolution moved by a Minister. . . . The following are examples of the circumstances in which a Ways and Means resolution will normally be required:

usurpation judiciaire du pouvoir, ce qui comporterait une responsabilité et des conséquences particulières.

[4] Il appartient aux tribunaux judiciaires d'interpréter la loi, mais il appartient à la constitution, sans aucune diminution de sa suprématie, de définir l'étendue de chaque compétence; les tribunaux reconnaissent donc les pouvoirs de chaque branche de l'État, en tenant toujours compte des limites de leur propre compétence et, partant, de la responsabilité qui leur incombe de respecter les restrictions qui leur sont imposées.

[5] Par conséquent, il importe de donner à la branche appropriée de l'État un délai raisonnable pour corriger la situation en ce qui concerne la partie II du Règlement qui est contestée et jugée *ultra vires*; les tribunaux judiciaires ne sauraient remédier à la situation de leur propre chef.

INTRODUCTION

[6] L'un des principes les plus fondamentaux du droit canadien veut qu'une taxe ne soit perçue qu'avec l'autorisation du Parlement. Ce principe a d'abord été énoncé dans le Bill of Rights de 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, I Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (R.-U.)]; il est maintenant garanti par l'article 53 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]]. L'imposition d'une taxe doit se faire au moyen d'une résolution de voies et moyens. Les droits, d'autre part, peuvent être traités différemment.

[TRADUCTION] Les prélèvements exigés d'une industrie à des fins utiles à cette industrie sont considérés comme n'étant pas régis par les règles de procédure financières et il n'est donc pas nécessaire de les autoriser au moyen d'une résolution de voies et moyens. Il en va de même pour les droits raisonnables exigés pour la prestation de services [. . .] Toutefois, de nos jours, les lois prévoient souvent l'imposition d'autres types de droits ou de paiements qui, même s'il ne s'agit pas de taxes au sens strict, comportent un nombre suffisant des caractéristiques propres à la taxation pour devoir être considérés comme des « redevances exigées de la population » et qui, par conséquent, doivent être autorisés au moyen d'une résolution de voies et moyens présentée par un ministre [. . .] Voici des

(1) Where the primary, or a significant, purpose of imposing the payment is to raise revenue, over and above the cost of any service to which the payment is related, and in particular where no defined limit is set to the payment: for example, provision requiring the holders of broadcasting licences to make payments (of unspecified amounts) in respect of those licences. [Footnote omitted.]

(Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 23rd ed. by Sir William McKay, ed. London: LexisNexis U.K., 2004, at pages 897 and 899.)

[7] If the Crown claims that a levy is a fee, and not a tax, it is incumbent on the Crown to lead some evidence in support of its position. All of the evidence before this Court supports the conclusion that Part II fees are a tax. None of the evidence supports the conclusion that they are properly a fee.

[8] These levies are not connected to activities related to the Canadian broadcasting system, but are in fact a “leakage” out of the regulatory scheme into government coffers for general public purposes. If Part II licence fees were not collected, would the Canadian broadcasting regulatory scheme even be affected? No.

[9] If the obligation to pay Part II licence fees was eliminated, all of the elements of public policy and the regulatory scheme would still be left in place—Part I licence fees, Canadian content requirements, contributions to the Canadian Television Fund, independent funds and FACTOR [Foundation to Assist Canadian Talent on Records], mandatory expenditures on Canadian programming and community programming, simultaneous substitution, transfer of ownership or control benefits payments, etc. (See, e.g. CRTC Performance Report (March 31, 2001) at Exhibit B, Tab 35 (pages 18-20); Exhibit B, Tab 15 (paragraph 10), Tab 15 (paragraph 11), Tab 20 (paragraphs 12-15). See also examples cited in Exhibit P-12 (affidavit of

exemples de cas dans lesquels une résolution de voies et moyens est normalement nécessaire :

(1) Lorsque le but primordial, ou un but important, de l'imposition du paiement est de percevoir un revenu, en sus du coût de tout service auquel se rapporte le paiement, en particulier lorsqu'aucune limite précise n'est établie pour ce paiement : par exemple, une disposition obligeant les titulaires de licences de radiodiffusion à faire des paiements (de montants non précisés) à l'égard de ces licences. [Note en bas de page omise.]

(Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 23^e éd., rédigé par Sir William McKay, éditeur. Londres, LexisNexis U.K., 2004, aux pages 897 et 899.)

[7] Si la Couronne affirme qu'un montant est prélevé à titre de droit plutôt qu'à titre de taxe, il lui incombe de soumettre une preuve à l'appui de sa position. Or, toute la preuve mise à la disposition de la Cour étaye la conclusion selon laquelle les droits de la partie II constituent une taxe. Aucun élément de preuve ne permet de conclure qu'il s'agit à vrai dire de droits.

[8] Ces prélèvements ne sont pas liés aux activités se rapportant au système canadien de radiodiffusion, mais s'échappent en fait du régime de réglementation pour aller grossir les coffres de l'État, et ce, pour une fin générale d'intérêt public. Si les droits de licence de la partie II n'étaient pas recouverts, cela aurait-il une incidence sur le régime canadien de réglementation de la radiodiffusion? Non.

[9] Si l'obligation d'acquitter les droits de licence de la partie II était éliminée, tous les aspects du régime public et du régime de réglementation seraient encore présents—droits de licence de la partie I, exigences relatives au contenu canadien, contributions au Fonds canadien de télévision, aux fonds indépendants et à la FACTOR [Foundation to Assist Canadian Talent on Records], dépenses obligatoires afférentes à la programmation canadienne et à la programmation communautaire, substitution de signaux identiques, transfert de propriété ou contrôle des contributions, et ainsi de suite. (Voir par exemple le Rapport sur le rendement du CRTC (31 mars 2001), pièce B, onglet 35 (pages 18 à 20); pièce B, onglet 15 (paragraphe 10),

Gerry W. Wall sworn August 31, 2006) as well as the testimony of John Traversy, November 21, 2006.)

[10] If the Part II licence fees obligation were removed, the migration of over \$100 million/year out of the broadcasting system and into general government revenues would end. There is no reasonable nexus between the charges and the regulatory scheme. Part II licence fees are not a “regulatory charge.” They are a tax.

JUDICIAL PROCEDURES

[11] The Canadian Association of Broadcasters *et al.* (CAB plaintiffs) seek a declaration that section 11 of the *Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997*, SOR/97-144 (Regulations), is *ultra vires* the authority conferred on the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) by section 11 of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, to establish schedules of “fees.” The position of the CAB plaintiffs is that the charges imposed by section 11 of the Regulations are, in fact and in law, taxes and not fees.

[12] If this Court finds that the charges are a tax, the Federal Court of Appeal has already ruled, on a preliminary question of law, that section 11 of the Regulations would be *ultra vires* the authority conferred by section 11 of the *Broadcasting Act* (*Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada* (2006), 50 Admin. L.R. (4th) 35 (F.C.A.)).

[13] Therefore, the threshold question to be decided by this Court, is whether these charges are taxes or fees.

[14] The CAB plaintiffs seek a further declaration for the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations.

onglet 15 (paragraphe 11), onglet 20 (paragraphe 12 à 15). Voir également les exemples mentionnés dans la pièce P-12 (affidavit de Gerry W. Wall fait le 31 août 2006) ainsi que le témoignage de John Traversy du 21 novembre 2006.)

[10] Si l’obligation relative aux droits de licence de la partie II était supprimée, la fuite d’un montant annuel de plus de 100 millions de dollars du système de radiodiffusion au Trésor prendrait fin. Il n’existe aucun rapport raisonnable entre les redevances et le régime de réglementation. Les droits de licence de la partie II ne sont pas une « redevance de nature réglementaire ». Il s’agit d’une taxe.

PROCÉDURES JUDICIAIRES

[11] L’Association canadienne des radiodiffuseurs *et al.* (les demanderesse membres de l’ACR) sollicitent un jugement déclaratoire portant que l’article 11 du *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion*, DORS/97-144 (le Règlement) est *ultra vires* de l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, qui autorise le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) à fixer des tarifs de « droits ». Selon la position prise par les demanderesse membres de l’ACR, les redevances imposées à l’article 11 du Règlement sont, en fait et en droit, des taxes plutôt que des droits.

[12] Si la Cour conclut que ces redevances sont une taxe, la Cour d’appel fédérale a déjà statué, sur une question de droit préliminaire, que l’article 11 du Règlement serait *ultra vires* de l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, par lequel le pouvoir est conféré (*Assoc. canadienne des radiodiffuseurs. c. Canada*, 2006 CAF 208).

[13] Par conséquent, la question préliminaire que la Cour doit trancher est de savoir si ces redevances sont des taxes ou s’il s’agit de droits.

[14] Les demanderesse membres de l’ACR sollicitent un jugement déclaratoire additionnel pour le remboursement des sommes versées conformément à l’article 11 du Règlement.

FACTS

[15] Paragraph 11(1)(a) of the *Broadcasting Act* states:

11. (1) The Commission may make regulations

(a) with the approval of the Treasury Board, establishing schedules of fees to be paid by licensees of any class;

(b) providing for the establishment of classes of licensees for the purposes of paragraph (a);

(c) providing for the payment of any fees payable by a licensee, including the time and manner of payment;

(d) respecting the interest payable by a licensee in respect of any overdue fee; and

(e) respecting such other matters as it deems necessary for the purposes of this section.

[16] Pursuant to this authority, the CRTC has established the Regulations. Part I of the Regulations (sections 7 to 10) provides for a “Part I Licence Fee” (described below) and Part II of the Regulations (section 11) provides for a “Part II Licence Fees.” Both Part I and Part II licence fees are payable on an annual basis by broadcasting licensees that are not otherwise exempt.

(a) Part I Licence Fees

[17] Part I licence fees are based on a formula which takes into consideration the estimated costs of the CRTC, as well as the revenues of broadcasters. Part I licence fees require broadcasting licensees to contribute to the CRTC’s regulatory costs on a prorated basis, which is calculated on the basis of their respective gross revenues less the applicable exemption.

[18] The formula for the calculation of Part I licence fees is described in detail in paragraphs 32-40 of the agreed statement of facts.

(b) Part II Licence Fees

[19] Part II licence fees are levied in addition to Part I licence fees. Broadcasters required to pay Part II

LES FAITS

[15] L’alinéa 11(1)a) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit :

11. (1) Le Conseil peut, par règlement :

a) avec l’approbation du Conseil du Trésor, fixer les tarifs des droits à acquitter par les titulaires de licences de toute catégorie;

b) à cette fin, établir des catégories de titulaires de licences;

c) prévoir le paiement des droits à acquitter par les titulaires de licences, y compris les modalités de celui-ci;

d) régir le paiement d’intérêt en cas de paiement tardif des droits;

e) prendre toute autre mesure d’application du présent article qu’il estime nécessaire.

[16] Conformément à ce pouvoir, le CRTC a pris le Règlement. La partie I du Règlement (articles 7 à 10) traite des « droits de licence de la partie I » (ci-dessous décrits) et la partie II du Règlement (article 11) traite des « droits de licence de la partie II ». Les droits de licence de la partie I et de la partie II sont payables chaque année par les titulaires de licences de radiodiffusion qui n’en sont pas par ailleurs exemptés.

a) Droits de licence de la partie I

[17] Les droits de licence de la partie I sont basés sur une formule dans laquelle il est tenu compte des coûts estimatifs du CRTC ainsi que des recettes des radiodiffuseurs. Les droits de licence de la partie I exigent que les titulaires de licences de radiodiffusion contribuent au prorata aux coûts de la réglementation du CRTC, ces droits étant calculés en fonction de leurs revenus bruts respectifs, déduction faite de la franchise applicable.

[18] La formule par laquelle les droits de licence de la partie I sont calculés est décrite en détail aux paragraphes 32 à 40 de l’exposé conjoint des faits.

b) Droits de licence de la partie II

[19] Les droits de licence de la partie II sont prélevés en plus des droits de licence de la partie I. Les

licence fees must pay the CRTC an annual charge equivalent to 1.365% of the amount by which a broadcasting undertaking's gross revenues from broadcasting activities exceed the applicable exemption level.

[20] The formula for the calculation of Part II licence fees is described in detail in paragraphs 43-51 of the agreed statement of facts.

[21] Part II licence fees are entirely deposited into the Consolidated Revenue Fund (CRF), and Part II licence fees do not go into a specified purpose account within the CRF.

[22] The following facts are agreed to by the parties by way of the agreed statement of facts.

[23] The CRTC has collected the following amounts of Part II licence fees in each of the following years:

- i. \$62.9 million in 1997-1998;
- ii. \$69.7 million in 1998/1999;
- iii. \$75.1 million in 1999/2000;
- iv. \$81.6 million in 2000/2001;
- v. \$88 million in 2001/2002;
- vi. \$92.6 million in 2002/2003;
- vii. \$102.5 million in 2003/2004; and
- viii. \$107.2 million in 2004/2005.

Industry Canada and The Broadcasting Spectrum

(a) Industry Canada

[24] Industry Canada is charged with the task of managing all radio spectrum, including spectrum allocated for broadcasting over the airwaves (broadcasting spectrum). Industry Canada issues broadcasting certificates that accompany the broadcasting licences issued by the CRTC where the use of broadcasting

entreprises de radiodiffusion qui sont obligées d'acquitter les droits de licence de la partie II doivent verser au CRTC une redevance annuelle correspondant à 1,365 p. 100 de l'excédent du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion sur la franchise applicable.

[20] La formule de calcul des droits de licence de la partie II est décrite en détail aux paragraphes 43 à 51 de l'exposé conjoint des faits.

[21] Les droits de licence de la partie II sont entièrement déposés dans le Trésor; ils ne vont pas dans un compte à fins déterminées du Trésor.

[22] Dans l'exposé conjoint des faits, les parties conviennent des faits ci-après énoncés.

[23] Le CRTC a recouvré les montants suivants, au titre des droits de licence de la partie II, au cours de chacune des années mentionnées ci-dessous :

- i. 62,9 millions de dollars en 1997-1998;
- ii. 69,7 millions de dollars en 1998-1999;
- iii. 75,1 millions de dollars en 1999-2000;
- iv. 81,6 millions de dollars en 2000-2001;
- v. 88 millions de dollars en 2001-2002;
- vi. 92,6 millions de dollars en 2002-2003;
- vii. 102,5 millions de dollars en 2003-2004;
- viii. 107,2 millions de dollars en 2004-2005.

Industrie Canada et le spectre de la radiodiffusion

a) Industrie Canada

[24] Industrie Canada est chargée de gérer tout le spectre de la radio, notamment le spectre consacré à la radiodiffusion (le spectre de la radiodiffusion). Industrie Canada délivre des certificats de radiodiffusion qui sont joints aux licences de radiodiffusion délivrées par le CRTC dans les cas où il faut utiliser le spectre de la

spectrum is required. No additional fee is charged to a broadcasting licensee by Industry Canada for the broadcasting certificate.

[25] The costs incurred by Industry Canada with respect to its management of broadcasting spectrum are estimated as being:

- i. \$13.0 million in 1998/1999;
- ii. \$12.0 million in 1999/2000;
- iii. \$12.0 million in 2000/2001;
- iv. \$9.8 million in 2001/2002;
- v. \$10.0 million in 2002/2003;
- vi. \$10.3 million in 2003/2004; and
- vii. \$10 million in 2004/2005.

[26] Industry Canada's costs of managing broadcasting spectrum do not vary according to the gross revenues earned by broadcast licence holders.

(b) Use of broadcasting spectrum

[27] Not all broadcasting activities licensed by the CRTC use broadcasting spectrum. Only licensees, whose broadcasting licence may be identified by reference to a specific call sign, for example "CJOH-TV," utilize a transmitter operating in broadcasting spectrum as the primary means for signal distribution.

[28] Traditional radio and television broadcasting undertakings transmit unencrypted digital or analog signals that may be received by the general public *via* consumer-level receiving devices, utilizing broadcasting spectrum.

[29] Pay and specialty (P&S) undertakings are similar to conventional radio and television broadcasting stations except that they mostly do not distribute their programs freely to the general public, nor does the P&S

radiodiffusion. Industrie Canada n'exige aucun droit additionnel du titulaire d'une licence de radiodiffusion pour le certificat de radiodiffusion.

[25] Les coûts estimatifs engagés par Industrie Canada pour la gestion du spectre de la radiodiffusion sont les suivants :

- i. 13 millions de dollars en 1998-1999;
- ii. 12 millions de dollars en 1999-2000;
- iii. 12 millions de dollars en 2000-2001;
- iv. 9,8 millions de dollars en 2001-2002;
- v. 10 millions de dollars en 2002-2003;
- vi. 10,3 millions de dollars en 2003-2004;
- vii. 10 millions de dollars en 2004-2005.

[26] Les coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion ne varient pas en fonction des revenus bruts réalisés par les titulaires de licences de radiodiffusion.

b) Utilisation du spectre de la radiodiffusion

[27] Le spectre de la radiodiffusion n'est pas utilisé pour toutes les activités de radiodiffusion visées par une licence accordée par le CRTC. Seuls les titulaires de licences dont la licence de radiodiffusion peut être identifiée en utilisant un indicatif précis, par exemple « CJOH-TV », se servent d'un transmetteur utilisant le spectre de la radiodiffusion comme principal moyen de distribution des signaux.

[28] Les entreprises traditionnelles de radiodiffusion et de télédiffusion transmettent des signaux non codés en mode numérique ou analogique que le grand public peut recevoir au moyen d'appareils récepteurs pour consommateurs utilisant le spectre de la radiodiffusion.

[29] Les services payants et spécialisés sont semblables aux postes habituels de radiodiffusion et de télédiffusion, sauf qu'en général ces services ne distribuent pas leurs émissions gratuitement au grand

licensee itself operate transmitters that distribute programs to consumer-level receiving devices utilizing broadcasting spectrum. Instead, these services route their programs to distribution undertakings, such as conventional cable or direct-to-home (DTH) satellite systems, which add them to the program line ups they offer to paying subscribers.

[30] A P&S undertaking's programming licence is issued by the CRTC but no corresponding broadcasting certificate from Industry Canada is required.

[31] In sending their programs to the distribution undertakings, P&S operators typically employ optical fibre cables, dedicated coaxial cables, fixed satellites or microwave links. Sending programs *via* fibre or coaxial cables does not utilize broadcasting spectrum (or any form of electromagnetic spectrum). Where microwave or fixed satellite links are employed for program routing, the spectrum used is not broadcasting spectrum and separate licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those systems.

[32] Conventional cable undertakings provide multiple programming services to their subscribers for a fee. These undertakings distribute programs *via* a combination of optical fibre and coaxial cable; consequently, they do not use any broadcasting spectrum in regard to that portion of their distribution that is connected directly to subscribers.

[33] DTH undertakings provide multiple programming services to their subscribers for a fee. DTH undertakings distribute programs *via* satellite signals provided by a satellite operator, such as Telesat Canada. Such systems do not use broadcasting spectrum.

public, et le titulaire d'une licence de service payant et spécialisé n'exploite pas lui-même de transmetteurs qui distribuent les émissions à des appareils récepteurs pour consommateurs utilisant le spectre de la radiodiffusion. Ces services acheminent plutôt leurs émissions vers des entreprises de distribution, comme les entreprises habituelles de distribution par câble ou des entreprises qui utilisent des satellites de radiodiffusion directe (SRD), qui les ajoutent à la gamme des émissions qu'ils offrent aux abonnés moyennant le paiement de certains frais.

[30] La licence d'entreprise de programmation des services payants et spécialisés est délivrée par le CRTC, mais il n'est pas nécessaire d'obtenir un certificat de radiodiffusion correspondant d'Industrie Canada.

[31] Pour faire parvenir leurs émissions aux entreprises de distribution, les exploitants de services payants et spécialisés emploient habituellement des câbles à fibres optiques, des câbles coaxiaux dédiés, une liaison par satellite stationnaire ou une liaison hertzienne. La distribution d'émissions au moyen de câbles à fibres optiques ou de câbles coaxiaux ne se fait pas au moyen du spectre de la radiodiffusion (ou d'une forme quelconque de spectre électromagnétique). Lorsqu'une liaison hertzienne ou par satellite stationnaire est employée pour l'acheminement des émissions, le spectre utilisé n'est pas le spectre de la radiodiffusion et les titulaires de licences de ces systèmes versent des droits de licence distincts à Industrie Canada.

[32] Les entreprises habituelles de distribution par câble fournissent divers services de programmation à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Ces entreprises distribuent leurs émissions au moyen d'une combinaison de câbles à fibres optiques et de câbles coaxiaux; par conséquent, elles n'utilisent pas le spectre de la radiodiffusion pour la partie de leur distribution qui est directement reliée aux abonnés.

[33] Les entreprises de SRD fournissent divers services de programmation à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Ces entreprises distribuent leurs émissions au moyen de signaux satellite fournis par un exploitant de service par satellite, comme Télésat

They use “fixed-satellite” or “broadcasting-satellite” electromagnetic spectrum that is licensed to the satellite operator, not to the DTH licensees.

[34] Multi-point distribution system (MDS) undertakings provide multiple programming services to their subscribers for a fee, by transmitting encrypted digital signals containing up to 100 individual television and radio programming channels, which are received by authorized subscribers using proprietary receiving devices generally provided by the MDS licensees.

[35] MDS transmissions utilize broadcasting spectrum (electromagnetic spectrum that has been allocated for terrestrial broadcasting services by Industry Canada). The distribution undertaking licence is issued by the CRTC. A corresponding broadcasting certificate, specifying the licensee’s authorized technical operating parameters, is issued by Industry Canada. No fees are charged for these certificates.

[36] Network undertakings are operations where control over all or any of the programs or program schedules of one or more distribution undertakings or programming undertaking is delegated to other undertakings or persons, called “affiliates.”

[37] Most network programs are delivered *via* fixed satellite or microwave links; however optical fibre cables and dedicated coaxial cables may also be employed. The latter two delivery means do not employ electromagnetic spectrum. Where microwave links or fixed satellite links, which do not utilize broadcasting spectrum, are employed for program delivery, spectrum licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those technical systems.

Canada. De tels systèmes n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion. Ils utilisent un spectre électromagnétique pour « satellite stationnaire » ou pour « satellite de radiodiffusion » qui fait l’objet d’une licence attribuée à l’exploitant d’un service par satellite plutôt qu’aux titulaires de licences de SRD.

[34] Les entreprises qui exploitent un système de distribution multipoint (SDM) fournissent divers services de programmation à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Elles transmettent des signaux numériques codés contenant jusqu’à 100 chaînes de télévision et de radio, que les abonnés autorisés captent à l’aide d’appareils récepteurs exclusifs généralement fournis par les titulaires de licences de SDM.

[35] Les transmissions du SDM utilisent le spectre de la radiodiffusion (le spectre électromagnétique qu’Industrie Canada a consacré aux services terrestres de radiodiffusion). La licence d’entreprise de distribution est attribuée par le CRTC. Un certificat de radiodiffusion correspondant, précisant les paramètres techniques d’exploitation autorisés du titulaire de licence, est délivré par Industrie Canada. Aucun droit n’est exigé pour ces certificats.

[36] Les entreprises de réseau sont des entreprises dans lesquelles le contrôle de tout ou partie des émissions ou de la programmation d’une entreprise de distribution ou de programmation ou de plusieurs entreprises de distribution ou de programmation est délégué à d’autres entreprises ou personnes « affiliées ».

[37] La plupart des émissions de réseau sont distribuées par satellite stationnaire ou par liaison hertzienne, mais des câbles à fibres optiques et des câbles coaxiaux dédiés peuvent également être employés. Les deux derniers moyens de distribution n’utilisent pas le spectre électromagnétique. Lorsqu’une liaison hertzienne ou une liaison par satellite stationnaire, qui n’utilise pas le spectre de la radiodiffusion, est employée pour la distribution des émissions, les titulaires de licences de ces systèmes techniques versent des droits de licence de spectre à Industrie Canada.

Background to Part II fees

[38] The Regulations establishing the Part I/Part II licence fee regime came into effect on April 1, 1997.

[39] On November 22, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149 [Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations]; on November 29, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149-1 [Proposed New Broadcasting Licence Fee Regulations: Erratum—Definition of Fee Revenue]; and on March 20, 1997 the CRTC issued Public Notice CRTC 1997-32 [Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997].

[40] Public Notice CRTC 1996-149 stated that effective April 1, 1996, the Treasury Board had granted the Commission vote-netting authority for the broadcasting activity, whereby Parliament authorized the CRTC to apply revenues towards costs directly incurred for specific activities. Under the revised fee structure, it was proposed that each licensee would pay to the Commission a Part I licence fee payable 30 days following the date of the invoice, and a Part II licence fee payable on or before November 30 annually.

[41] Public Notice CRTC 1996-149 stated:

The intent of the revised fee structure is to create a system that, in relation to the existing fee structure, would result in approximately the same amount of fees payable on an industry-wide basis, over a period of three years. Furthermore, assuming that its funding base remains stable, the Commission projects that the licence fees payable by each undertaking would approximate the amount that would be assessed under the current system.

[42] Public Notice CRTC 1997-32, which was issued with the draft regulations, stated:

The proposed regulations were drafted by the Commission in response to the Treasury Board's decision to grant the Commission vote-netting authority for the broadcasting activity. As a result of this decision, the Commission will henceforth require that a portion of the licence fees be paid as of 1 April each year to finance the Commission's operating expenditures.

Historique relatif aux droits de la partie II

[38] Le Règlement établissant le régime de droits de licence de la partie I et de la partie II est entré en vigueur le 1^{er} avril 1997.

[39] Le 22 novembre 1996, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1996-149 [Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion], le 29 novembre 1996, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1996-149-1 [Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion : Erratum—Définition de recettes désignées], et le 20 mars 1997, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1997-32 [Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion].

[40] L'avis public CRTC 1996-149 disait qu'à compter du 1^{er} avril 1996, le Conseil du Trésor avait autorisé le CRTC à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion, le Parlement autorisant le CRTC à imputer aux recettes les frais directement engagés dans ces activités particulières. Selon la structure tarifaire révisée, il était prévu que chaque titulaire de licence verserait au Conseil les droits de licence de la partie I dans les 30 jours suivant la date de la facture et les droits de licence de la partie II au plus tard le 30 novembre de chaque année.

[41] L'avis public CRTC 1996-149 était libellé comme suit :

La structure tarifaire révisée vise à créer un système qui, par rapport à la structure actuelle, produirait, sur une période de trois ans, environ le même montant de droits exigibles pour l'ensemble de l'industrie. De plus, en supposant que sa base de financement demeure stable, le Conseil prévoit que les droits de licence payables par chaque entreprise équivalaient au montant calculé dans le système actuel.

[42] L'avis public CRTC 1997-32, qui a été publié avec le projet de règlement, était libellé comme suit :

Le Conseil a rédigé son projet de règlement suite à la décision du Conseil du Trésor de l'autoriser à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion. En raison de cette décision, le Conseil exigera désormais qu'une partie des droits de licence soit acquittée au 1^{er} avril de chaque année, afin de financer ses dépenses de fonctionnement.

The Commission's intent in drafting the proposed new regulations was to create a system that, in relation to the existing fee structure, would result in approximately the same amount of fees payable on both an industry-wide and individual undertaking basis over the period of the next three years, assuming that the Commission's approved funding level remains stable.

[43] After the initial proposal of the new fee structure in Public Notice CRTC 1996-149, the CRTC had received comments recommending that a cap be established to ensure that the sum of the Part I and Part II fees be no greater than the then-current rate of 1.8% of all revenues that exceed the exemption amount. The CRTC disregarded these comments.

The Commission does not consider the suggestion for a cap on licence fees to be appropriate, as this would limit its spending flexibility. The Commission notes in this regard that spending flexibility under the vote-netting authority may be required from time to time in order to finance one-time unanticipated costs incurred in any given year. In such circumstances, fees in excess of those that would have been assessed under the old regulations may be required.

In approving the Fee Regulations, Treasury Board provided the Commission with limited authority for exceeding authorized funding levels. This was instituted to ensure that any one-time expenditures incurred by the Commission in excess of approved funding levels, and assessed to the broadcasters, would be minimal. The Commission notes that, under the new fee structure, any permanent adjustment to the Commission's funding levels would continue to require Treasury Board and Parliamentary approvals.

[44] In disregarding the comments raised at the time regarding a cap on the sum of the Part I and Part II fees, the CRTC specifically recognized that the Treasury Board had provided the CRTC with limited authority for exceeding authorized funding levels.

[45] The CRTC has greatly exceeded this limited authority by collecting Part II fees which are greatly in excess of the costs which are themselves covered by the Part I fees. The CRTC has collected \$25.8 million in Part I fees for 2004/2005 and an additional \$107.2

Lorsqu'il a rédigé le projet de règlement, le Conseil a voulu créer, par rapport à la structure des droits en place, un système suivant lequel l'industrie et chaque entreprise paieraient à peu près le même montant de droits sur une période incluant les trois prochaines années, en prenant pour acquis la stabilité du niveau de financement approuvé.

[43] Après avoir énoncé le projet initial relatif à la nouvelle structure tarifaire dans l'avis public CRTC 1996-149, le CRTC avait reçu des observations dans lesquelles on recommandait l'établissement d'un plafond garantissant que la somme des droits de la partie I et de la partie II ne soit pas supérieure au taux qui existait alors, soit 1,8 p. 100 des recettes en sus de la franchise. Le CRTC n'a pas tenu compte de ces observations :

De l'avis du Conseil, le plafond proposé pour les droits de licence n'est pas approprié, étant donné qu'il limiterait sa latitude sur le plan des dépenses. À ce propos, il fait remarquer qu'il arrive parfois qu'une latitude sur le plan des dépenses suivant la méthode du crédit net soit nécessaire pour financer des frais imprévus non récurrents dans une année donnée. Dans ces cas, il se pourrait que les droits soient supérieurs à ceux qui auraient été facturés en vertu de l'ancien règlement.

Lorsqu'il a approuvé le règlement sur les droits de licence, le Conseil du Trésor a donné au Conseil l'autorisation restreinte de dépasser les niveaux de financement autorisés et ce, afin de minimiser les dépenses non récurrentes engagées par le Conseil en sus des niveaux de financement approuvés, et évalués pour les radiodiffuseurs. Le Conseil signale que, suivant la nouvelle structure des droits, tout rajustement permanent des niveaux de financement du Conseil continueraient [*sic*] d'exiger l'approbation du Conseil du Trésor et du Parlement.

[44] En ne faisant aucun cas des commentaires formulés à ce moment-là au sujet d'un plafond sur la somme des droits de la partie I et de la partie II, le CRTC a expressément reconnu que le Conseil du Trésor lui avait donné l'autorisation restreinte de dépasser les niveaux de financement autorisés.

[45] Le CRTC a grandement excédé ce pouvoir restreint en recouvrant des droits de la partie II qui sont de beaucoup supérieurs aux coûts, qui sont eux-mêmes couverts par les droits de la partie I. Le CRTC a recouvré 25,8 millions de dollars au titre des droits de la

million in Part II fees for the same 2004/2005 period. The Part II fees for 2004/2005 are 415% over and above the Part I fees collected by the CRTC under the Treasury Board's limited authority to exceed cost recovery (paragraphs 38 and 52 of agreed statement of facts, Tab 5, trial record).

[46] The genuine purpose of the Part II fee is revenue raising:

The importance of maintaining legal certainty and avoiding fiscal chaos for government coffers clearly requires "Notice" before a fund raising scheme such as the one at bar may be put in jeopardy.

(Defendant's table of principle (*sic*) cases & authorities, November 10, 2006, summary for *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, page 10, item ii.)

Principles to apply when Parliament empowers the Crown to charge fees by regulation

[47] At trial, during the cross-examination of Mr. Dustin Chodorowicz on the Nordicity Group Ltd. report, the plaintiffs produced Exhibit P-11. The document comprises three documents originally provided to the plaintiffs by way of the defendant's June 23, 2004 affidavit of documents filed in T-276-04.

[48] The document, Exhibit P-11, was listed in Schedule I to the affidavit of documents of Mr. Ian Ironside who stated that:

(a) he had been authorized to make the affidavit on behalf of the defendant;

(b) he had made a diligent search of the defendant's records and had made appropriate inquiries of others to inform himself in order to make the affidavit;

partie I pour l'exercice 2004-2005 et un montant additionnel de 107,2 millions de dollars, au titre des droits de la partie II, pour la même période 2004-2005. Les droits de la partie II pour l'exercice 2004-2005 sont de 415 p. 100 supérieurs aux droits de la partie I recouvrés par le CRTC en vertu de l'autorisation restreinte donnée par le Conseil du Trésor de dépasser le montant lui permettant de recouvrer ses coûts (paragraphes 38 et 52 de l'exposé conjoint des faits, onglet 5, dossier d'instruction).

[46] Les droits de la partie II visent en fait à percevoir des revenus :

[TRADUCTION] Le fait qu'il est important d'assurer la certitude juridique et d'éviter le chaos fiscal dans les finances du gouvernement exige clairement qu'un « avis » soit donné avant qu'un régime de perception de revenus tel que celui qui est ici en cause puisse être mis en danger.

(Tableau des principaux arrêts et ouvrages de doctrine de la défenderesse, 10 novembre 2006, résumé de l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, page 10, article ii.)

Principes à appliquer lorsque le Parlement autorise la Couronne à exiger des droits par règlement

[47] À l'instruction, lorsque M. Dustin Chodorowicz a été contre-interrogé au sujet du rapport de Nordicity Group Ltd., les demanderesses ont produit la pièce P-11. Le document comprend trois documents d'abord remis aux demanderesses au moyen de l'affidavit de documents en date du 23 juin 2004 de la défenderesse, déposé dans le dossier T-276-04.

[48] Le document, pièce P-11, était mentionné dans l'annexe I jointe à l'affidavit de documents de M. Ian Ironside, qui a déclaré ce qui suit :

a) il avait été autorisé à faire l'affidavit pour le compte de la défenderesse;

b) il avait étudié attentivement les dossiers de la défenderesse et il avait consulté d'autres personnes pour se renseigner avant de faire l'affidavit;

(c) the affidavit disclosed, to the full extent of his knowledge, information and belief, all of the documents relevant to any matter in issue in the action and that were, at that time, in the defendant's possession, power or control and that were but are no longer in the defendant's possession, power or control;

(d) he had listed and described in Schedule 1 all of the relevant documents, or bundles of relevant documents, that were, at that time, in the defendant's possession, power or control and for which no privilege was claimed.

[49] The last document listed in Schedule 1 to that affidavit of documents was described as "En liasse, note of Sept 29, 1993 to Anita Biguzs and documents from the 1998 Third Commonwealth Conference on delegated Legislation (appendix 6 entitled "*Report of the Regulations Review Committee: Inquiry into the constitutional principles to apply when Parliament empowers the Crown to charge fees by regulation*" and appendix 7 entitled "Fees and taxes: The distinction and its implications")".

[50] This document was presented to Mr. Chodorowicz on cross-examination on November 16, 2006 and produced as Exhibit P-11. Appendix 6 of the document was a New Zealand House of Representatives, 1989 document entitled *Report of the Regulations Review Committee: Inquiry into the Constitutional Principles to Apply when Parliament Empowers the Crown to Charge Fees by Regulation*:

8.3 We think that the fee fixing in these circumstances can quickly become nothing more than a revenue gathering exercise which may bear little or no resemblance at all to the value of the service actually provided. The temptation to move to greater than cost recovery might well be hard to resist, especially when a cross subsidy situation presents itself. Some safeguards seem desirable.

8.4 We accept that there will be occasions when a substantial fee is entirely proper. Indeed, that fee could be far greater than cost recovery. If a privilege has been granted to one individual or group to the exclusion of others, then the issue is more of

c) l'affidavit divulguait, au mieux de sa connaissance et de sa croyance, tous les documents qui avaient trait à une question en litige dans l'action et qui avaient été en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la défenderesse mais qui ne l'étaient plus maintenant;

d) il avait énuméré et décrit à l'annexe 1 tous les documents pertinents, ou liasses de documents pertinents, qui étaient à ce moment-là en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la défenderesse, et à l'égard desquels aucun privilège de non-divulgaration n'était revendiqué.

[49] Le dernier document mentionné à l'annexe 1 accompagnant l'affidavit de documents était décrit comme suit : [TRADUCTION] « En liasse, note du 29 septembre 1993 adressée à Anita Biguzs et documents de la troisième Conférence du Commonwealth de 1998 sur la législation déléguée (appendice 6 intitulé « *Rapport du Comité d'examen des règlements : Enquête sur les principes constitutionnels à appliquer lorsque le Parlement autorise la Couronne à exiger des droits par règlement* » et appendice 7 intitulé « *Droits et taxes : Distinction et effets* ») ».

[50] Ce document a été présenté à M. Chodorowicz lorsque celui-ci a été contre-interrogé le 16 novembre 2006 et il a été produit sous la cote P-11. L'appendice 6 accompagnant le document était un document de 1989 de la Chambre des représentants de la Nouvelle-Zélande, intitulé [TRADUCTION] *Rapport du Comité d'examen des règlements : Enquête sur les principes constitutionnels à appliquer lorsque le Parlement autorise la Couronne à exiger des droits par règlement* :

[TRADUCTION] 8.3 Nous croyons que la fixation de droits dans ces conditions peut rapidement devenir tout simplement une mesure de perception du revenu qui correspond peu ou qui ne correspond pas du tout à la valeur du service réellement fourni. Il pourrait bien être difficile de résister à la tentation de faire plus que de recouvrer ses coûts, en particulier lorsqu'il y a interfinancement. Il semble souhaitable de prévoir certaines garanties.

8.4 Nous reconnaissons que dans certains cas, il est tout à fait approprié d'exiger des droits élevés. De fait, ces droits pourraient être de beaucoup supérieurs au montant permettant le recouvrement des coûts. Si un privilège a été accordé à une

a commercial contractual matter. This was the rationale of the decision of the Court in the *Mt Cook National Park Board v. Mt Cook Motels Ltd* (1972) NZLR 481. But where there is greater than cost recovery there is, in our opinion, a greater obligation to inform the paying public.

...

8.6 We do not find it satisfactory that the public are generally unaware that they are paying greater than cost recovery. We think that where this happens the public has a right to know and further to know why it is considered necessary.

[51] The New Zealand Committee recommended that an explanatory note should accompany legislation to state whether the expected revenue will or will not exceed cost recovery.

9.4 We favour a certification procedure for both primary and subordinate legislation. When any legislative instrument actually quantifies a fee then it should be accompanied by an explanatory note which should state whether the expected revenue for the following 12 month period will, or will not, exceed cost recovery.

9.5 In the rather unusual event that a bill introduced to the House itself quantifies fees, then the explanatory note to the Bill should contain this statement. When, as is more common, a regulation or Order in Council is promulgated which quantifies fees, then there should be a similar explanatory note which would provide the same information.

9.6 We have in mind that such a certificate would read as follows:

“Certified that the estimated revenue from the fees payable pursuant to clause (—) in the next twelve monthly period (will/will not) exceed cost recovery calculated using the relevant formula set out in the “Guidelines on Costing and Charging for Public Sector Goods and Services” issued by the Audit Office.”

9.7 In the event that the explanatory note indicates that the revenue will exceed cost recovery, then we believe that the certificate should then go on to provide:

a) an explanation why that is thought necessary in that particular case and,

personne ou à un groupe à l'exclusion des autres, la question qui se pose est alors davantage d'une nature contractuelle commerciale. Tel était le fondement de la décision de la cour dans l'affaire *Mt Cook National Park Board v. Mt Cook Motels Ltd* (1972) NZLR 481. Cependant, lorsqu'un montant supérieur aux coûts à recouvrer est recueilli, il existe à notre avis une obligation plus lourde d'en informer le public payeur.

[. . .]

8.6 À notre avis, il est inadmissible que le public ne sache en général pas qu'il verse un montant supérieur au montant des coûts à recouvrer. Nous croyons qu'en pareil cas, le public a le droit d'être au courant de la chose et de savoir pourquoi cela est considéré comme nécessaire.

[51] Le Comité de la Nouvelle-Zélande a recommandé qu'une note explicative accompagnant le texte législatif indique si le revenu prévu dépassera le montant des coûts à recouvrer :

[TRADUCTION] 9.4 Nous sommes en faveur d'une procédure d'attestation tant pour la législation principale que pour la législation subordonnée. L'instrument législatif qui fixe en fait le montant d'un droit devrait être accompagné d'une note explicative indiquant si le revenu prévu pour la période de 12 mois à venir dépassera le montant des coûts à recouvrer.

9.5 Dans le cas plutôt inhabituel où un projet de loi présenté à la Chambre fixe le montant des droits, la note explicative accompagnant le projet de loi devrait l'indiquer. Dans les cas plus communs où un règlement ou un décret qui fixe le montant des droits est promulgué, il devrait y avoir une note explicative similaire donnant le même renseignement.

9.6 Selon nous, une telle attestation devrait être libellée comme suit :

« Il est attesté que le revenu estimatif tiré des droits exigibles conformément à la clause (—) au cours de la période de douze mois à venir dépassera (ou ne dépassera pas) le montant des coûts à recouvrer, calculés à l'aide de la formule pertinente énoncée dans les « Lignes directrices relatives à la détermination des coûts des biens et services du secteur public et à leur tarification » publiées par le Bureau de la vérification ».

9.7 Dans le cas où la note explicative indique que le revenu dépassera le montant des coûts à recouvrer, nous croyons que l'attestation devrait en outre renfermer :

a) une explication des raisons pour lesquelles cela est jugé nécessaire dans ce cas particulier;

b) an estimate of the excess over cost expressed as a percentage.

9.8 This certification procedure should be followed whether the fee is being imposed for the first time or an existing fee is being reviewed.

[52] The Treasury Board of Canada had and has similar expectations. (Treasury Board of Canada's February 1, 1989 *Guide to the Costing of Outputs in the Government of Canada*, documents the parties agree are authentic and relevant and may be entered into evidence without further proof, Volume 1, Tab 8; Treasury Board of Canada's August 2003 *External Charging Policy*, documents the parties agree are authentic and relevant and may be entered into evidence without further proof, Volume 1, Tab 18.)

[53] In similar fashion, the CRTC in Public Notice CRTC 1996-149 and Public Notice CRTC 1997-32 attempts to quantify the excess and to reassure those subject to the charges that the excess is limited in light of the limited grant of authority obtained from the Treasury Board. No explanation is provided in Public Notice CRTC 1996-149 or in Public Notice CRTC 1997-32 for the 415% fund-raising scheme.

[54] In addition to the certificate mentioned above, the New Zealand Committee recommended that Parliament retain control over the power to impose fees, effectively endorsing the "no taxation without representation" principle. The Committee recommended:

11.1 . . . that the House reaffirm its right to require the Crown to seek the prior authority of Parliament to extract from the public any money for the purposes of the Crown where the extraction is compulsory, for public purposes, and is enforceable by law;

[55] This echoes the September 9, 2005 order of Justice James Hugessen, affirmed by the Federal Court of Appeal (*Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada* (2005), 50 Admin. L.R. (4th) 26 (F.C.); affirmed on appeal (2006), 50 admin. L.R. (4th) 35 (F.C.A.)).

b) une estimation du montant en sus des coûts, exprimé sous forme de pourcentage.

9.8 Cette procédure d'attestation devrait être suivie dans tous les cas et ce, que le droit soit imposé pour la première fois ou qu'il s'agisse d'un droit existant qui est révisé.

[52] Le Conseil du Trésor du Canada avait et a des attentes similaires. (*Guide pour l'établissement des coûts des extrants au Gouvernement du Canada* de février 1989 du Conseil du Trésor du Canada, documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents et peuvent être produits en preuve sans autre preuve, volume 1, onglet 8; *Politique sur les frais d'utilisation externe*, août 2003 du Conseil du Trésor du Canada, documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents et peuvent être produits en preuve sans autre preuve, volume 1, onglet 18.)

[53] De la même façon, dans l'avis public CRTC 1996-149 et dans l'avis public CRTC 1997-32, le CRTC tente de mesurer l'excédent et de rassurer ceux qui sont touchés que l'excédent est restreint, compte tenu de l'autorisation restreinte obtenue du Conseil du Trésor. Aucune explication n'est fournie dans l'avis public 1996-149 ou dans l'avis public 1997-32 au sujet du régime de financement représentant 415 p. 100 des coûts.

[54] En plus de l'attestation susmentionnée, le Comité de la Nouvelle-Zélande a recommandé que le Parlement conserve la maîtrise du pouvoir d'imposer des droits, et a en fait approuvé le principe selon lequel « il ne peut y avoir de taxation sans représentation ». Le Comité a fait la recommandation suivante :

[TRADUCTION] 11.1 [. . .] que la Chambre réaffirme son droit d'obliger la Couronne à demander au préalable au Parlement l'autorisation d'obtenir du public toute somme aux fins de la Couronne lorsque le prélèvement est obligatoire, à des fins d'intérêt public, et exigé par la loi;

[55] Cela est conforme à l'ordonnance rendue par le juge James Hugessen le 9 septembre 2005, laquelle a été confirmée par la Cour d'appel fédérale (*Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada*, 2005 CF 1217 conf. par 2006 CAF 208).

[56] In so doing, the New Zealand Committee echoed the four criteria set out in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357. A fifth criterion—the need for a reasonable nexus between the quantum charged and the cost of the service provided—was recognized by the Supreme Court of Canada in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565. As such, the comments of the Committee should be regarded as relevant and authoritative in Canada. (See also *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at paragraph 22.)

Fees and taxes: the distinction

[57] The document, Exhibit P-11, also contained a November 1989 report prepared on behalf of the Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations.

[58] The document also echoes the criteria endorsed in *Eurig*, above and *Lawson*, above when introducing the topic of delegated authority to impose taxes.

It is a frequently stated general principle that there is a presumption against the conferring by Parliament of a power to impose taxation. In other word, if Parliament wishes to give the Executive or some administrative agency the power to raise a tax by means of delegated legislation, it must do so in specific and unequivocal language. . .

(Exhibit P-11, Appendix 7 entitled “Fees and taxes: The distinction and its implications” at page 9.)

[59] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations discussed the distinction between fees and taxes. Those comments are worth excerpting in some detail:

Those charged with the parliamentary scrutiny or delegated legislation serve as important guardians of the exclusive power of the legislature to raise money through taxation. Statutes providing for licensing, the issuing of permits or the provision of government services typically authorize the fixing of fees by means of delegated legislation. Indeed, the granting of a power to license may be seen to include the power to exact a reasonable fee to defray the administrative costs entailed in

[56] Ce faisant, le Comité de la Nouvelle-Zélande a repris les quatre critères énoncés dans l’arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357. Un cinquième critère—le fait qu’il doit y avoir un rapport raisonnable entre la somme exigée et le coût du service fourni—a été reconnu par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565. Cela étant, les commentaires du Comité devraient être considérés comme pertinents et faisant autorité au Canada. (Voir également *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, au paragraphe 22.)

Droits et taxes : La distinction

[57] Le document produit sous la cote P-11 renfermait également un rapport en date du mois de novembre 1989 préparé pour le compte du Comité canadien mixte permanent d’examen de la réglementation.

[58] Le document reprend également les critères approuvés dans les arrêts *Eurig* et *Lawson*, précités, lorsqu’il est question du pouvoir délégué d’imposer des taxes :

[TRADUCTION] Selon un principe général fréquemment mentionné, il existe une présomption à l’encontre de l’octroi par le Parlement d’un pouvoir d’imposition. En d’autres termes, si le Parlement veut conférer à l’exécutif ou à un organisme administratif le pouvoir de percevoir une taxe au moyen de la législation déléguée, il doit le faire en des termes clairs et précis [. . .]

(Pièce P-11, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », à la page 9.)

[59] Le Comité canadien mixte permanent d’examen de la réglementation a traité de la distinction à faire entre les droits et les taxes. Il vaut la peine de citer plus ou moins au complet ces commentaires :

[TRADUCTION] Les personnes qui sont responsables de l’examen parlementaire de la législation déléguée ont la tâche importante d’agir comme gardiens du pouvoir exclusif que possède la législature de percevoir de l’argent au moyen de la taxation. Les lois qui prévoient l’octroi de licences ou de permis ou la prestation de services gouvernementaux autorisent habituellement la fixation de droits au moyen de la législation déléguée. De fait, l’octroi du pouvoir d’accorder

issuing the permit or licence. It may be however, that this power is exercised in a manner such that the resulting fees are more properly characterized as being the nature of a tax. Such an exercise of power must then be seen to be *ultra vires*.

The law, in theory at least, clearly recognizes a distinction between “fees” and “taxes”. Generally, a tax is said to be a compulsory payment imposed to raise revenue for a public purpose. By way of contrast, a fee may be defined as a charge for the services of public officers or for the use of a privilege or exercise of a right under government control. Thus, the distinction between a “fee” and a “tax” would appear to relate to the purpose underlying the imposition of a particular charge. Where a charge is merely intended to cover the direct cost of issuing a licence or perhaps administering the licensing scheme it will constitute a fee. Where, however, the intent is primarily to produce revenue in excess of such costs, the charge will be regarded as a tax.

(Exhibit P-11, Appendix 7 entitled “Fees and taxes: The distinction and its implications” at page 9.)

[60] The latter excerpt footnotes *La Presse Ltée, La Compagnie de Publication v. Procureur Général du Canada*, [1964] Ex.C.R. 627; (1963), 63 DTC 1335; at pages 1339-1341 (DITC); [revd. *sub nom. Procureur général du Canada v. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*], [1967] S.C.R. 60; (1966), 63 D.L.R. (2d) 396 [hereinafter *La Presse*], as an illustration of fees limited to cost recovery. The facts adduced in *La Presse* at trial in the Exchequer Court specifically demonstrated that the fees recovered were commensurate with the rising costs of regulating broadcasting at that time and therefore had a reasonable nexus.

[61] As admitted by the defendant and as appears from Public Notice CRTC 1996-149 and Public Notice CRTC 1997-32, the Part I licence fees perform the cost-recovery function. To that end, the application of *La Presse* to the present case is thereby exhausted and does not address or excuse the Part II fees which the defendant now seeks to retain and to keep collecting.

des licences peut être considéré comme comprenant le pouvoir d'exiger un droit raisonnable pour couvrir les coûts administratifs associés à l'octroi d'un permis ou d'une licence. Toutefois, il se peut que ce pouvoir soit exercé de telle façon que les droits y afférents peuvent d'une façon plus appropriée être considérés comme étant de la nature d'une taxe. Il faut alors considérer l'exercice de ce pouvoir comme *ultra vires*.

Le droit, en théorie du moins, établit clairement une distinction entre les « droits » et les « taxes ». En général, on dit qu'une taxe est un paiement obligatoire imposé aux fins de la perception d'un revenu à des fins publiques. Par contre, un droit peut être défini comme une redevance pour les services d'agents publics ou pour l'utilisation d'un privilège ou l'exercice d'un droit régi par le gouvernement. Par conséquent, la distinction entre un « droit » et une « taxe » semble découler du but sous-tendant l'imposition d'une redevance particulière. Lorsqu'une redevance vise simplement à couvrir le coût direct associé à l'octroi d'une licence ou peut-être à l'administration du régime y afférent, cette redevance est un droit. Toutefois, lorsque le but est principalement de générer un revenu en sus de ces coûts, la redevance sera considérée comme une taxe.

(Pièce P-11, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », à la page 9.)

[60] La décision *La Presse, Ltée, La Compagnie de Publication c. Procureur Général du Canada*, [1964] R.C.É. 62, aux pages 635 à 637; [inf. par *Procureur général du Canada c. Compagnie de Publication La Presse, Ltée*], [1967] R.C.S. 60 [ci-après *La Presse*], est mentionnée en bas de page dans ce dernier passage comme exemple de droits visant strictement le recouvrement des coûts. Les faits présentés à l'instruction devant la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *La Presse* démontraient expressément que les droits recouverts étaient proportionnés aux coûts croissants qu'entraînait la réglementation de la radiodiffusion à ce moment-là et qu'il existait donc un rapport raisonnable.

[61] Comme la défenderesse l'a admis et comme le montrent l'avis public CRTC 1996-149 et l'avis public CRTC 1997-32, les droits de licence de la partie I servent au recouvrement des coûts. À cette fin, l'application de la décision *La Presse* à la présente instance n'a donc plus cours et ne vise pas ou ne justifie pas les droits de la partie II que la défenderesse cherche maintenant à conserver et à continuer de recouvrer.

[62] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations continued:

The mere fact that the fee demanded produces excess revenue is not sufficient in and of itself to support a conclusion that a given charge constitutes a tax. As noted by Lord Atkin in *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board* “(I)t cannot. . . be an objection to a licence fee that it is directed both to the regulation of trade and to the provision of revenue”. It would therefore appear that a fee may even be intended to raise revenue, provided that this is not the *primary* intent.

This is not to say that the amount imposed is not an important factor in determining whether a particular charge is a fee or a tax for revenue purposes. Obviously, where the amounts collected do not exceed the costs of administration it will be extremely difficult to argue that the purpose of the charge was to raise a net revenue. On the other hand, the greater the net excess, the stronger the inference that the charge was intended as a revenue producing mechanism.

...

Determining the purpose behind the fixing of the amount of a fee may be extremely difficult, and will often be a matter of inference. Explanatory materials and other extrinsic aids must be relied on by scrutiny committees when reviewing fees fixed by delegated legislation. This of course assumes both that explanatory materials are provided and that they have been adequately prepared. In Canada, the Special Committee on Statutory instruments recommended in its Third Report that where the power to charge fees fixed by regulation is conferred, the purpose for which the fees are charged should be clearly expressed. The Royal Commission of Inquiry into Civil Rights in Ontario also made such a recommendation. This would clearly aid in assessing the validity of a particular fee.

It was stated above that the charge levied on an ongoing basis may amount to a tax on the carrying on of a business. This introduces a third element into the equation. Keeping in mind that a licence charge may be either a fee or a tax, a distinction has also been made in law between a licence charge and a business tax. It is generally stated that a licence charge is a condition precedent, while a business tax is a condition subsequent. In other words, a licence charge may be required before a certain business or occupation can be carried on. A business tax is a charge on the occupation or business in which the license authorizes one to engage.

[62] Le Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION] Le simple fait que le droit exigé produit un revenu excédentaire ne suffit pas en soi pour qu'il soit possible de conclure qu'une redevance donnée est une taxe. Comme lord Atkin l'a fait remarquer dans l'arrêt *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, « on ne saurait [. . .] s'opposer à un droit de licence qui vise tant à réglementer le commerce qu'à générer un revenu ». Il semble donc qu'un droit puisse même viser à permettre de percevoir un revenu, à condition que ce ne soit pas l'objectif *principal*.

Cela ne veut pas pour autant dire que le montant imposé ne constitue pas un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si une redevance particulière est un droit ou s'il s'agit d'une taxe aux fins du revenu. De toute évidence, lorsque les montants recouverts n'excèdent pas les coûts administratifs, il sera fort difficile de soutenir que la redevance visait à permettre de percevoir un revenu net. D'autre part, plus l'excédent net est élevé, plus la conclusion selon laquelle la redevance était destinée à servir de mécanisme de production d'un revenu sera forte.

[. . .]

Il peut être fort difficile de déterminer le but sous-tendant la fixation du montant d'un droit, et il s'agira souvent d'une question de déduction. Les comités d'examen doivent se fonder sur les documents explicatifs et sur d'autres instruments extrinsèques lorsqu'ils examinent les droits fixés au moyen de la législation déléguée. Bien sûr, cela suppose que les documents explicatifs sont fournis et qu'ils ont été préparés d'une façon adéquate. Au Canada, le Comité spécial sur les textes réglementaires a recommandé, dans son troisième rapport, que lorsque le pouvoir d'exiger des droits fixés par règlement est conféré, il faut clairement exprimer l'objectif visé. La Commission royale d'enquête sur les droits civils de l'Ontario a également fait une telle recommandation. Cela faciliterait clairement l'évaluation de la validité du droit en cause.

Il a ci-dessus été mentionné qu'une redevance prélevée de façon continue peut constituer une taxe sur l'exploitation d'une entreprise. Cela introduit un troisième élément dans l'équation. Étant donné qu'une redevance se rattachant à une licence peut constituer soit un droit soit une taxe, une distinction a également été faite en droit entre une redevance se rattachant à une licence et une taxe d'entreprise. On dit généralement qu'une redevance se rattachant à une licence est une condition préalable, alors qu'une taxe d'entreprise est une condition résolutoire. En d'autres termes, une redevance se rattachant à une licence peut être requise avant qu'une entreprise puisse être exploitée ou qu'une profession puisse être exercée. Une taxe d'entreprise est une redevance associée à la profession ou à l'entreprise visée par la licence.

...

The distinction between a condition precedent and a condition subsequent is extremely useful. Where the amount of the charge cannot be determined at the time of the issuing of a licence, but rather is dependent upon future circumstances, the charge in question may properly be characterized as a tax upon the activity to be carried out under the authority of the licence.

...

Fees greatly in excess of what can be regarded as a small token amount, or which have no defined limit, such as where only a formula for their calculation is provided, will require a Ways and Means resolution. Presumably the rationale here is that such charges may well result in net revenues and amount in taxation. . .

...

Modern examples of the Canadian Parliament dealing with these issues are extremely rare. Given that most fees, levies and other charges are today fixed by means of delegated legislation, this is hardly surprising. What is before Parliament will simply be a bill providing the enabling authority for the making of regulations establishing, or for the establishment of, fees. There may or may not be an indication as to whether fees are to be calculated on a cost recovery basis. In such circumstances it can only be concluded that, as noted by one Speaker in the British Parliament, "presumably the word "fees" means a comparatively small fee. If it were a large fee imposed, it would have to have some other name."

A great deal of uncertainty surrounds the principles to be applied in distinguishing a fee from a tax. Much of the blame for this can be placed on the courts' reluctance to invalidate fees, even where they are clearly intended to be revenue-producing. While admittedly it will often be difficult for those challenging a fee to adduce direct evidence to this effect, it is difficult to conceive of how a court could, for example, escape the clear implication of the imposition of a fee in an amount which that court itself described as "astounding".

(Exhibit P-11, En liasse, Appendix 7 entitled "Fees and taxes: The distinction and its implications", at pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[63] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations' comments are contained in a document found in the defendant's possession at least as

[. . .]

La distinction entre une condition préalable et une condition résolutoire est fort utile. Lorsque le montant de la redevance ne peut pas être déterminé au moment de l'octroi d'une licence, mais qu'il dépend plutôt de circonstances futures, la redevance en question peut à proprement parler être considérée comme une taxe sur l'activité visée par la licence.

[. . .]

Les droits qui sont nettement supérieurs à ce qui peut être considéré comme un montant symbolique peu élevé, ou qui n'ont aucune limite définie, par exemple lorsque seule une formule de calcul est établie, exigeront une résolution des voies et moyens, et ce, probablement parce que de telles redevances peuvent bien générer des revenus nets et constituer de la taxation [. . .]

[. . .]

Des exemples contemporains de cas dans lesquels le Parlement canadien a traité de ces questions sont fort rares. Étant donné que la plupart des droits, des prélèvements ou des autres redevances sont de nos jours fixés au moyen de la législation déléguée, cela n'est pas du tout surprenant. Le Parlement ne disposera que d'un projet de loi autorisant la prise de règlements établissant les droits ou autorisant l'établissement de droits. Il n'est pas nécessairement précisé que les droits doivent être calculés en fonction des coûts à recouvrer. En pareil cas, il est uniquement possible de conclure, comme l'a fait remarquer un président du Parlement britannique, que « le mot "droit" s'entend probablement d'un droit relativement minime. Si un droit élevé était imposé, il devrait être désigné sous un autre nom ».

Il existe énormément d'incertitude au sujet des principes à appliquer pour distinguer un droit d'une taxe. On peut placer une bonne partie du blâme sur le fait que les tribunaux judiciaires hésitent à invalider des droits, même si ces droits visent clairement à produire un revenu. À vrai dire, il sera souvent difficile pour ceux qui contestent un droit de présenter une preuve directe en ce sens, mais on peut difficilement concevoir qu'un tribunal judiciaire puisse, par exemple, éviter l'implication claire de l'imposition d'un droit d'un montant que le tribunal lui-même a qualifié d'« exorbitant ».

(Pièce P-11, En liasse, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[63] Les commentaires formulés par le Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation figurent dans un document qui était en la

of September 29, 1993, before the CRTC's proposal of the new fee structure in Public Notice CRTC 1996-149.

possession de la défenderesse dès le 29 septembre 1993, avant que le CRTC propose la nouvelle structure tarifaire dans l'avis public 1996-149.

[64] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations' comments were made by those parliamentary members experienced in and charged with reviewing delegated legislation and arguably reflect legitimate expectations of those within Parliament as to:

[64] Les commentaires du Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation ont été formulés par des députés fédéraux qui avaient de l'expérience en matière de législation déléguée et qui étaient chargés de l'examen de pareille législation; ils indiquaient sans doute les attentes légitimes des députés en ce qui concerne :

(a) the meaning and use of the word "fee" in legislation;

a) le sens et l'emploi du mot « droit » dans la législation;

(b) the explanatory notes accompanying the CRTC's introduction of the proposed and actual Regulations in, respectively, Public Notice CRTC 1996-149 and Public Notice CRTC 1997-32;

b) les notes explicatives accompagnant la présentation par le CRTC du projet de règlement et du Règlement lui-même dans l'avis public CRTC 1996-149 et dans l'avis public CRTC 1997-32 respectivement;

(c) the effect of those fees once collected.

c) l'effet de ces droits une fois recouvrés.

[65] The comments and expectations are all the more valid given the acknowledgement that the Treasury Board had given the CRTC only limited authority for vote-netting.

[65] Les commentaires et attentes sont d'autant plus valables étant donné qu'il était reconnu que le Conseil du Trésor n'avait donné au CRTC qu'une autorisation restreinte d'appliquer la méthode du crédit net.

[66] The Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations' comments conclude with the following recommendations:

[66] Les commentaires du Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation se terminent par les recommandations suivantes :

What then are the principles which ought to be applied when seeking to characterize a charge as either a fee or a tax? It is submitted that the following guidelines are appropriate:

[TRADUCTION] Quels sont donc les principes à appliquer lorsque l'on cherche à qualifier une redevance de droit ou de taxe? Nous estimons qu'il convient d'appliquer les lignes directrices suivantes :

1. The determining factor in distinguishing between a fee and a tax is the purpose underlying the particular charge in question. As traditionally stated, fees are charged to cover the administrative costs of providing a service, issuing a permit or licence or conferring some other privilege, while a tax is imposed for a broader, more "public purpose".

1. Le facteur déterminant, lorsqu'il s'agit de faire une distinction entre un droit et une taxe, est le but sous-tendant la redevance particulière en question. Comme on le dit habituellement, les droits sont exigés en vue de couvrir les coûts administratifs associés à la prestation d'un service, à l'octroi d'un permis ou d'une licence, ou encore à l'octroi de quelque autre privilège, alors qu'une taxe est imposée à des « fins d'intérêt public » plus générales.

...

[. . .]

2. While it is acceptable to merely provide a formula for the calculation of fees, the application of such a formula should directly relate to the varying cost of providing a service,

2. On peut se contenter d'établir une formule de calcul des droits, mais l'application d'une telle formule devrait être directement liée au coût variable de la prestation d'un service,

issuing a permit or licence, or conferring a privilege. Often charges said to be fees vary greatly from individual to individual, while administrative costs are relatively constant. For example, charges may be calculated on the basis of a corporate applicant's net assets, or in relation to the value of property in respect of which a service is to be performed. Such charges should always be viewed as taxes, since the result is that one party will be subsidizing a service provided to another. Unfortunately, this point has largely been ignored by the Canadian courts. In one recent Australian case, however, it was stated by the High Court that one of the indicia to be looked to in seeking to categorize a charge as either a fee or a tax was whether the amount of the charge had a "discernable relationship with the value of what is acquired." It is submitted that this is the preferable view.

3. The notion that a licence is a condition precedent while the imposition of a business tax is a condition subsequent is extremely useful, and may be applied in situations involving the regulation of an activity. Where the amount of the charge is not determined at the time of the issuing of a licence but rather depends on some future event involving the licensed activity, for instance the quantity of a product produced or marketed, such a levy should always be viewed as being in the nature of taxation. Moreover, it is submitted that such situation should be viewed as special cases in which intent, and by extension the amount of the charge and the existence of net revenues, is wholly irrelevant.

4. It has been suggested on occasion that a charge may be severed into a fee component and a tax component. In that such an approach would have the effect of empowering the courts to fix fees in place of the authority empowered by statute to do so, it appears preferable to take the view that where a charge is found to constitute a tax, the entire charge must be seen to be *ultra vires*.

...

5. Adherence to these principles would provide the best guarantee of parliamentary control over the connection of revenues. The trend, however, is likely to continue in the opposite direction, as governments find it increasingly attractive to implement user-pay, cost-recovery schemes as an alternative to adding to the general tax burden imposed upon a citizenry that already perceives itself as being fiscally beleaguered by the cost of government. . .

de l'octroi d'un permis ou d'une licence ou encore de l'octroi d'un privilège. Il arrive souvent que les redevances qui sont censément des droits varient énormément d'une personne à l'autre, alors que les coûts administratifs sont relativement constants. Ainsi, les redevances peuvent être calculées en fonction des actifs nets de la société concernée ou en fonction de la valeur des biens à l'égard desquels un service doit être fourni. De telles redevances doivent toujours être considérées comme des taxes, étant donné qu'une personne se trouvera à subventionner un service fourni à une autre personne. Malheureusement, les tribunaux judiciaires canadiens ont généralement omis de tenir compte de la chose. Toutefois, dans un arrêt australien récent, la Haute cour a dit que, pour savoir si une redevance est un droit ou une taxe, il faut se demander si le montant de la redevance a un « rapport manifeste avec la valeur de ce qui a été acquis ». À notre avis, tel est le point de vue qu'il convient d'adopter.

3. L'idée selon laquelle une licence est une condition préalable, alors que l'imposition d'une taxe d'entreprise est une condition résolutoire, est fort utile et peut s'appliquer à des cas comportant la réglementation d'une activité. Lorsque le montant de la redevance n'est pas déterminé au moment de l'octroi d'une licence, mais dépend plutôt d'un événement futur lié à l'activité autorisée, par exemple la quantité d'une marchandise produite ou commercialisée, le prélèvement devrait toujours être considéré comme étant de la nature de la taxation. En outre, une telle situation devrait à notre avis être considérée comme un cas spécial dans lequel l'intention n'entre aucunement en ligne de compte, et par conséquent le montant de la redevance ou l'existence de revenus nets est sans pertinence.

4. Il a parfois été soutenu qu'une redevance peut être divisée entre la composante « droit » et la composante « taxe ». Étant donné qu'une telle approche aurait pour effet d'autoriser les tribunaux judiciaires à fixer des droits à la place de l'organisme autorisé par la loi à le faire, il semble préférable d'adopter le point de vue suivant : lorsqu'il est conclu qu'une redevance constitue une taxe, la redevance au complet doit être considérée comme *ultra vires*.

[. . .]

L'application stricte de ces principes donnerait la meilleure assurance possible d'un contrôle parlementaire du lien existant avec le revenu. Toutefois, la tendance ira probablement dans le sens contraire, étant donné que les gouvernements estiment qu'il est de plus en plus intéressant d'appliquer des frais d'utilisation ou des régimes de recouvrement des coûts plutôt que d'ajouter au fardeau fiscal général imposé à la population, qui estime déjà être écrasée sur le plan financier par le coût du gouvernement [. . .]

At the very least, delegated legislation prescribing fees should be accompanied by explanatory materials detailing the basis on which the amount of the fee, or the formula for its calculation, has been determined and whether fees are based on the principle of cost recovery. If a net revenue is anticipated, the expected amount thereof should be indicated. In all cases, the total anticipated amount of the fees to be collected should also be given. In Canada, this information should be contained in the Regulatory Impact Analysis Statement which is published with each regulation in the *Canada Gazette*. The purpose of which fees may be charged should be clearly expressed in the enabling legislation. Finally, enabling legislation should neither be drafted nor interpreted so as to authorize the imposition or calculation of fees on an “administrative” basis.

(Exhibit P-11, En liasse, Appendix 7 entitled “Fees and taxes: The distinction and its implications”, at pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[67] The Part II licence fees do not respect any of the Canadian Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations’ recommendations outlined above. Those recommendations dovetail the criteria set out in *Eurig*, above. These recommendations were in the possession of the CRTC and were joined with the note to Ms. Anita Biguzs dated September 29, 1993 with the mention that “You might find the attached of interest. It’s going to be interesting tackling this issue.”

[68] At trial, the plaintiffs also presented the defendant’s witness, Mr. Chodorowicz, with a copy of the November 19, 1947 document discussing the introduction of the fees. The document had been omitted from the defendant’s expert’s report but admitted at trial as it was contemporaneous to the other 1947-1948 documents footnoted at footnotes 6, 7 and 8 of Nordicity Group Ltd.’s June 30, 1996 report (February 26, 1947 internal memo of A. D. Dunton, C.B.C. Chairman; September 28, 1948 letter of T.J. Allard; October 14, 1948 internal memo of H. Palmer; October 21, 1948 letter of C. P. Edwards; November 5, 1948 reply of A. D. Dunton—Nordicity Group Ltd. June 30, 1996 report, paragraphs 10-11, page 3; cross-examination of Mr. Dustin Chodorowicz, page 856, trial transcript).

La législation déléguée qui prescrit des droits devrait tout au moins être accompagnée de documents expliquant le fondement sur lequel repose le montant du droit, ou la formule de calcul applicable, et si les droits sont basés sur le principe du recouvrement des coûts. Si un revenu net est envisagé, le montant y afférent devrait être indiqué. Dans tous les cas, le montant total que l’on prévoit recouvrer au titre des droits devrait également être donné. Au Canada, ces renseignements devraient figurer dans le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation qui accompagne chaque règlement publié dans la *Gazette du Canada*. Le but dans lequel les droits peuvent être exigés devrait être clairement énoncé dans la loi habilitante. Enfin, la loi habilitante ne devrait pas être rédigée et ne devrait pas être interprétée de façon à autoriser l’imposition ou le calcul de droits sur une base « administrative ».

(Pièce P-11, En liasse, appendice 7, intitulé [TRADUCTION] « Droits et taxes : Distinction et effets », pages 9, 10, 11, 12, 14.)

[67] Les droits de licence de la partie II ne sont conformes à aucune des recommandations susmentionnées du Comité canadien mixte permanent d’examen de la réglementation. Ces recommandations s’accordent avec les critères énoncés dans l’arrêt *Eurig*, précité. Elles étaient en la possession du CRTC et ont été jointes à la note en date du 29 septembre 1993 adressée à M^{me} Anita Biguzs, avec la mention suivante : [TRADUCTION] « Le document ci-joint vous intéressera peut-être. Il sera intéressant de s’attaquer à cette question. »

[68] À l’instruction, les demanderesse ont également présenté au témoin de la défenderesse, M. Chodorowicz, une copie du document du 19 novembre 1947 dans lequel la question de l’établissement de droits est traitée. Le document ne figurait pas dans le rapport de l’expert de la défenderesse, mais il a été admis à l’instruction étant donné qu’il datait de la même époque que les autres documents de 1947 et de 1948 mentionnés aux notes de bas de page 6, 7 et 8 dans le rapport du 30 juin 1996 de Nordicity Group Ltd. (note de service interne du 26 février 1947 d’A. D. Dunton, président de Radio-Canada; lettre du 28 septembre 1948 de T. J. Allard; note de service interne du 14 octobre 1948 de H. Palmer; lettre du 21 octobre 1948 de C. P. Edwards; réponse en date du 5 novembre 1948 d’A. D. Dunton—rapport du 30 juin 1996 de Nordicity Group Ltd., paragraphes 10 et 11, page 3; contre-interrogatoire

[69] As noted at trial, Exhibit P-10 acknowledges the concern that the proposed fee structure would be “an invasion of the income tax field.” The defendant’s expert witness had knowledge of and possession of this letter prior to writing his report but excluded it as being irrelevant to the issues (Exhibit P-10, November 19, 1947, paragraph 2, cross-examination of Mr. Dustin Chodorowicz, page 856, trial transcript).

[70] Based on all the above, the Part II licence fees do qualify as taxes in fact and in law. As demonstrated on the evidence admitted by the defendant prior to trial and on the evidence adduced at trial in the case at bar, Part II licence fees exhibit the five hallmarks of a tax, as more fully set out hereinafter.

Compulsory and enforceable by law

[71] A fee or a charge will be deemed to be compulsory and therefore enforceable by law each time the payer is under the practical compulsion to pay in order to comply with his or her legal obligations (*Eurig*, above, at paragraph 17).

[72] At trial, the attention of Mr. Ronald Pittman, the defendant’s expert, was brought to Broadcasting Decision CRTC 2003-550 [*Licence renewal for a cable distribution undertaking at Sherbrooke*], Vidéotron ltée’s licence renewal for Sherbrooke, Québec given that it was a Vidéotron ltée licence for a UID within the time period he analysed for his report. The licence, like the others, links the validity of the licence with the payment of the annual licence fees.

This licence shall remain in force from 1 December 2003 until 31 August 2010 on payment of the prescribed annual licence fees.

(Broadcasting Decision CRTC 2003-550, Vidéotron ltée licence renewal for Sherbrooke, Québec, agreed

de M. Dustin Chodorowicz, page 856, transcription de l’instruction).

[69] Comme on l’a fait remarquer à l’instruction, il est reconnu, dans la pièce P-10, que l’on s’inquiète que la structure tarifaire proposée pourrait constituer [TRADUCTION] « un empiétement sur le domaine de l’impôt sur le revenu ». Le témoin expert de la défenderesse avait connaissance de cette lettre et l’avait en sa possession lorsqu’il a rédigé son rapport, mais il l’a exclue pour le motif qu’elle n’avait rien à voir avec les questions en litige (pièce P-10, 19 novembre 1947, paragraphe 2, contre-interrogatoire de M. Dustin Chodorowicz, page 856, transcription de l’instruction).

[70] Compte tenu de tout ce qui précède, les droits de licence de la partie II ont les attributs d’une taxe en fait et en droit. Comme l’a démontré la preuve admise par la défenderesse avant l’instruction et la preuve soumise à l’instruction dans la présente espèce, les droits de licence de la partie II comportent les cinq caractéristiques d’une taxe, comme nous l’expliquerons plus à fond ci-dessous.

Les droits sont obligatoires et exigés par la loi

[71] Un droit ou une redevance sera réputé obligatoire et, partant, exigé par la loi chaque fois que le payeur a l’obligation pratique de le verser pour s’acquitter de ses obligations légales (*Eurig*, précité, au paragraphe 17).

[72] À l’instruction, on a attiré l’attention de l’expert de la défenderesse, M. Ronald Pittman, sur la Décision de radiodiffusion CRTC 2003-550 [*Renouvellement de la licence d’une entreprise de distribution par câble à Sherbrooke*], portant sur la licence de Vidéotron ltée à Sherbrooke (Québec), étant donné qu’il s’agissait d’une licence se rapportant à la période que l’expert analysait dans son rapport. La licence, comme les autres, établit un lien entre sa validité et le paiement de droits de licence annuels :

[TRADUCTION] La présente licence sera en vigueur du 1^{er} décembre 2003 au 31 août 2010 sur paiement des droits de licence annuels prescrits.

(Décision de radiodiffusion CRTC 2003-550, licence de Vidéotron ltée à Sherbrooke (Québec), volume de

statement of facts, volume of the joint book of documents, Volume III, Tab 12.)

[73] With respect to this notion of “practical compulsion,” the Nova Scotia Supreme Court expressed itself in the following terms in the matter of *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1, at paragraph 22:

In respect to the criteria, and notwithstanding the respondent’s assertion there is no compulsion to access the court, it is clear there is the “practical compulsion” referred to by Justice Majors [*sic*]. Citizens wronged, or believing themselves to have been wronged, or denied, or believing themselves to have been denied rights to which they are entitled, and whether the alleged transgressor is another citizen or the state itself, apart from self help remedies, will see little alternative than to seek to have the judicial component of our Constitution affirm their rights. Self help remedies are unacceptable, and therefore there is the practical compulsion to seek redress in the courts.

[74] In *Lawson*, above, levies imposed under the *Produce Marketing Act* of British Columbia, S.B.C. 1926-27, c. 54, for the purpose of controlling and regulating the marketing of all trees, fruits, and vegetables grown in the portion of the province contained in the Act were considered to be enforceable by law for the following reasons:

Under s. 13 they can be sued for, and a certificate under the hand of the chairman of the Committee is *prima facie* evidence that the amount stated is due; and the failure of a shipper to comply with an order to pay such a levy would appear to be an offence under the Act by s. 15.

(*Lawson*, above [at page 363]; *Westbank*, above, at paragraph 35.)

[75] Applying similar reasoning in the present instance, it is clear that Part II licence fees are compulsory and enforceable by law, in so far as subsection 11(4) of the *Broadcasting Act* provides that:

l’exposé conjoint des faits du dossier conjoint de documents, volume III, onglet 12.)

[73] En ce qui concerne cette notion d’« obligation pratique », la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s’est exprimée comme suit dans la décision *Pleau v. Nova Scotia (Supreme Court, Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1, au paragraphe 22 :

[TRADUCTION] Quant aux critères, et malgré l’assertion du défendeur selon laquelle il n’existe aucune obligation de s’adresser aux tribunaux, l’« obligation pratique » mentionnée par le juge Major existe clairement. Les citoyens lésés, ou qui croient avoir été lésés, ou les citoyens qui se sont vu dénier ou qui croient s’être vu dénier des droits qui leur sont reconnus, peu importe que le présumé transgresseur soit un autre citoyen ou l’État lui-même, mises à part les mesures d’exécution extrajudiciaires, se verront obligés de chercher à faire confirmer leurs droits par l’ordre judiciaire. Les mesures d’exécution extrajudiciaires sont inacceptables, et par conséquent il existe une obligation pratique de chercher à obtenir réparation auprès des tribunaux.

[74] Dans l’arrêt *Lawson*, précité, les prélèvements imposés en vertu de la loi intitulée *Produce Marketing Act* [TRADUCTION] (Loi sur la mise en marché des fruits et des légumes) de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1926-1927, ch. 54, aux fins du contrôle et de la réglementation de la mise en marché de tous les arbres, fruits et légumes cultivés dans le secteur de la province visé par la Loi, ont été considérés comme exigés par la loi, et ce, pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] En vertu de l’article 13, ils peuvent faire l’objet de poursuites judiciaires et le certificat signé par le président du Comité constitue une preuve *prima facie* que le montant mentionné est dû; il semble que l’expéditeur qui ne se conformerait pas à une ordonnance lui enjoignant de verser un montant donné commettrait une infraction en vertu de l’article 15 de la Loi.

(*Lawson*, précité [à la page 363]; *Westbank*, précité, au paragraphe 35.)

[75] Si un raisonnement similaire est appliqué dans la présente espèce, il est clair que les droits de licence de la partie II sont obligatoires et exigés par la loi, dans la mesure où le paragraphe 11(4) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit :

11. . . .

(4) Fees payable by a licensee under this section and any interest thereon constitute a debt due to Her Majesty in right of Canada and may be recovered as such in any court of competent jurisdiction.

Imposed under the authority of the legislature

[76] In the case at bar, Part II licence fees are imposed under the authority of the legislature, pursuant to section 11 of the *Broadcasting Act* and section 11 of the Regulations.

Levied by a public body

[77] The criterion that the fee be levied by a public body created by statute is also satisfied in the present instance as Part II licence fees are levied by the CRTC.

Intended for a public purpose

[78] The importance of identifying the “pith and substance” of the impugned legislation was affirmed by the Supreme Court of Canada in *Westbank*, above, at paragraph 30:

Although in today’s regulatory environment, many charges will have elements of taxation and elements of regulation, the central task for the court is to determine whether the levy’s primary purpose is, in pith and substance: (1) to tax, i.e., to raise revenue for general purposes; (2) to finance or constitute a regulatory scheme, i.e., to be a regulatory charge or to be ancillary or adhesive to a regulatory scheme; or (3) to charge for services directly rendered, i.e., to be a user fee.

[79] These criteria of the Supreme Court of Canada give rise to the following analysis with a view to ascertaining the true legislative purpose behind Part II licence fees.

[80] The Crown has admitted that:

(a) the stated intent for the Part I/Part II licence fee structure as stated in Public Notices CRTC 1996-149 and 1997-32 was to create a system that would result in

11. [. . .]

(4) Les droits imposés au titre du présent article et l’intérêt sur ceux-ci constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent.

Le droit est imposé sous l’autorité de la législature

[76] En l’espèce, les droits de licence de la partie II sont imposés sous l’autorité de la législature conformément à l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* et à l’article 11 du Règlement.

Le droit est perçu par un organisme public

[77] En l’espèce, il est également satisfait au critère voulant que le droit soit prélevé par un organisme public créé par la loi étant donné que les droits de licence de la partie II sont prélevés par le CRTC.

Le droit est destiné à une fin d’intérêt public

[78] Dans l’arrêt *Westbank*, précité, au paragraphe 30, la Cour suprême du Canada a confirmé qu’il était important d’identifier le « caractère véritable » de la législation contestée :

Même si, dans l’environnement réglementaire d’aujourd’hui, plusieurs redevances comportent des éléments de taxation et des éléments de réglementation, la tâche essentielle du tribunal est de déterminer si, de par son caractère véritable, l’objet principal du prélèvement est : (1) de taxer, c.-à-d., percevoir des revenus à des fins générales; (2) de financer ou de créer un régime de réglementation, c.-à-d., être une redevance de nature réglementaire ou être accessoire ou rattaché à un régime de réglementation; ou, (3) de recevoir paiement pour des services directement rendus, c.-à-d., être des frais d’utilisation.

[79] Les critères énoncés par la Cour suprême du Canada donnent lieu à l’analyse suivante visant à permettre de déterminer l’objet législatif véritable sous-tendant les droits de licence de la partie II.

[80] La Couronne a admis ce qui suit :

a) l’intention, en ce qui concerne la structure des droits de la partie I et de la partie II, telle qu’elle est exprimée dans les avis publics CRTC 1996-149 et 1997-32, était

approximately the same amount of fees payable on an industry-wide basis as had been collected by the previous fee, over a period of three years;

(b) when Part II licence fees were introduced, the CRTC had not conducted any studies to determine what the market value of the privilege of holding a broadcasting licence might be;

(c) when Part II licence fees were introduced, the CRTC had not conducted any studies to determine what the market value of the privilege of using broadcasting spectrum might be.

(d) neither the CRTC nor any other department or agency of the defendant conducted studies which would establish a definitive method to calculate the value to be attributed to either of these privileges.

(Trial record, Tabs 3 and 4.)

[81] The CRTC *1997-98 Estimates: Part III—Expenditure Plan*, which is a report to Parliament to indicate how the resources voted by Parliament have or will be spent, did not indicate to Parliament that any portion of the new Part II licence fees was to be allocated to the privilege of holding a broadcasting licence. (Documents the parties agree are authentic and relevant and may be entered into evidence without further proof, Vol. 1, Tab 26.)

Challenge and protest by the plaintiffs

[82] By a submission to the Treasury Board under cover of a letter dated January 24, 2002, the CAB protested the payment of the Part II licence fees on behalf of all of its members.

[83] The corporate plaintiffs paid Part II licence fees under protest for the years 2001 to 2005, which protests were stated in letters sent by the respective corporate plaintiffs to the CRTC.

de créer un système qui, par rapport à la structure antérieure, produirait, sur une période de trois ans, environ le même montant de droits exigibles pour l'ensemble de l'industrie;

b) lorsque les droits de licence de la partie II ont été établis, le CRTC n'avait pas effectué d'études en vue de déterminer quelle pouvait être la valeur marchande du privilège se rattachant à une licence de radiodiffusion;

c) lorsque les droits de licence de la partie II ont été établis, le CRTC n'avait pas effectué d'études en vue de déterminer quelle pouvait être la valeur marchande du privilège se rattachant à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion;

d) ni le CRTC ni quelque autre ministère ou organisme de la défenderesse n'ont effectué d'études permettant d'en arriver à une méthode définitive de calcul de la valeur à attribuer à l'un ou l'autre de ces privilèges.

(Dossier d'instruction, onglets 3 et 4.)

[81] *Le Budget des dépenses 1997-1998 : Partie III—Plan de dépenses* du CRTC, qui est un rapport au Parlement visant à indiquer les modalités d'utilisation des ressources approuvées par le Parlement, n'indiquait pas que les nouveaux droits de licence de la partie II devaient être imputés au privilège se rattachant à une licence de radiodiffusion. (Documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents et peuvent être produits en preuve sans autre preuve, volume 1, onglet 26.)

Contestation et protestation par les demandereses

[82] Dans une présentation au Conseil du Trésor avec une lettre datée du 24 janvier 2002, l'ACR a contesté le paiement des droits de licence de la partie II pour le compte de tous ses membres.

[83] Les sociétés demandereses ont acquitté les droits de licence de la partie II sous toutes réserves pour les années 2001 à 2005, protestations qui étaient faites dans des lettres envoyées au CRTC par les sociétés demandereses respectives.

[84] Many other members of the CAB who were required to pay Part II licence fees paid them under protest for the years 2001 to 2005, which protests were stated in letters sent by those members of the CAB to the CRTC (agreed statement of facts, paragraphs 114-118, trial record, Tab 5).

ISSUES

[85] (1) The threshold question to be decided by this Court, is whether these charges are taxes or fees.

(2) If they are taxes, the CAB Plaintiffs seek a declaration for the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations. Are they entitled to these moneys?

ANALYSIS

(1) The threshold question to be decided by this Court, is whether these charges are taxes or fees

[86] The Regulations establishing the Part I/Part II licence fee regime came into effect on April 1, 1997. Prior to the implementation of the Part I/Part II licence fee structure, the CRTC charged broadcasters who were not otherwise exempt one fee (old fee regime). The charge under the old fee regime was generally assessed as a \$25 basic licence fee plus 1.8% of the broadcasting-related revenue above the exemption limit (trial record, Tabs 3 and 4).

[87] On November 22, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149; on November 29, 1996, the CRTC issued Public Notice CRTC 1996-149-1; and on March 20, 1997 the CRTC issued Public Notice CRTC 1997-32 (agreed statement of facts, trial record, Tab 5, paragraph 63; Exhibit A, agreed statement of facts, volume of JBD [joint book of documents], Volume III, Tab 13-15; Exhibit C, discovery of James Stefanik, Tab K).

[88] The publicly stated intent for the Part I/Part II licence fee structure was to create a system that would

[84] Un grand nombre des autres membres de l'ACR qui étaient tenus d'acquitter les droits de licence de la partie II ont acquitté ces droits sous toutes réserves pour les années 2001 à 2005, comme ils l'ont indiqué dans des lettres envoyées au CRTC (exposé conjoint des faits, paragraphes 114 à 118, dossier d'instruction, onglet 5).

QUESTIONS EN LITIGE

[85] 1) La question préliminaire que la Cour doit trancher est de savoir si ces redevances sont des taxes ou des droits.

2) S'il s'agit de taxes, les demanderesse membres de l'ACR sollicitent un jugement déclaratoire portant que les sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement doivent leur être remises. Il s'agit de savoir si elles ont droit à ces sommes.

ANALYSE

1) La question préliminaire que la Cour doit trancher est de savoir si ces redevances sont des taxes ou des droits

[86] Le Règlement établissant le régime des droits de licence de la partie I et de la partie II a pris effet le 1^{er} avril 1997. Avant la mise en œuvre de la structure tarifaire de la partie I et de la partie II, le CRTC exigeait un seul droit des radiodiffuseurs qui n'étaient pas par ailleurs exemptés (ancien régime de droits). Selon l'ancien régime de droits, les droits s'élevaient généralement à un montant de base de 25 \$, plus 1,8 p. 100 des recettes associées à la radiodiffusion en sus de la franchise (dossier d'instruction, onglets 3 et 4).

[87] Le 22 novembre 1996, le CRTC a publié l'avis public CRTC 1996-149, le 29 novembre 1996, il a publié l'avis public CRTC 1996-149-1, et le 20 mars 1997, il a publié l'avis public CRTC 1997-32 (exposé conjoint des faits, dossier d'instruction, onglet 5, paragraphe 63; pièce A, volume de l'exposé conjoint des faits du dossier conjoint de documents, volume III, onglets 13 à 15; pièce C, interrogatoire préalable de James Stefanik, onglet K).

[88] L'intention exprimée dans ces avis publics à l'égard de la structure tarifaire de la partie I et de la

result in approximately the same amount of fees payable on an industry-wide basis as had been collected by the existing fee structure, over a period of three years (exhibit A, Volume III, Tab 13; Exhibit C, Tab K, page 4).

THE REGIME ESTABLISHED BY THE REGULATIONS

[89] Section 11 of the *Broadcasting Act* states:

11. (1) The Commission may make regulations

(a) with the approval of the Treasury Board, establishing schedules of fees to be paid by licensees of any class;

(b) providing for the establishment of classes of licensees for the purposes of paragraph (a);

(c) providing for the payment of any fees payable by a licensee, including the time and manner of payment;

(d) respecting the interest payable by a licensee in respect of any overdue fee; and

(e) respecting such other matters as it deems necessary for the purposes of this section.

(2) Regulations made under paragraph (1)(a) may provide for fees to be calculated by reference to any criteria that the Commission deems appropriate, including by reference to

(a) the revenues of the licensees;

(b) the performance of the licensees in relation to objectives established by the Commission, including objectives for the broadcasting of Canadian programs; and

(c) the market served by the licensees.

(3) No regulations made under subsection (1) shall apply to the Corporation or to licensees carrying on programming undertakings on behalf of Her Majesty in right of a province.

(4) Fees payable by a licensee under this section and any interest thereon constitute a debt due to Her Majesty in right of Canada and may be recovered as such in any court of competent jurisdiction.

(5) A copy of each regulation that the Commission proposes to make under this section shall be published in the *Canada Gazette* and a reasonable opportunity shall be given to licensees and other interested persons to make representations to the Commission with respect thereto.

partie II était de créer un système qui, par rapport à la structure existante, produirait, sur une période de trois ans, environ le même montant de droits exigibles pour l'ensemble de l'industrie (pièce A, volume III, onglet 13; pièce C, onglet K, page 4).

LE RÉGIME ÉTABLI PAR LE RÈGLEMENT

[89] L'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit :

11. (1) Le Conseil peut, par règlement :

a) avec l'approbation du Conseil du Trésor, fixer les tarifs des droits à acquitter par les titulaires de licences de toute catégorie;

b) à cette fin, établir des catégories de titulaires de licences;

c) prévoir le paiement des droits à acquitter par les titulaires de licences, y compris les modalités de celui-ci;

d) régir le paiement d'intérêt en cas de paiement tardif des droits;

e) prendre toute autre mesure d'application du présent article qu'il estime nécessaire.

(2) Les règlements d'application de l'alinéa (1) a) peuvent prévoir le calcul des droits en fonction de certains critères que le Conseil juge indiqués notamment :

a) les revenus des titulaires de licences;

b) la réalisation par ceux-ci des objectifs fixés par le Conseil, y compris ceux qui concernent la radiodiffusion d'émissions canadiennes;

c) la clientèle desservie par ces titulaires.

(3) Les règlements pris en application du paragraphe (1) ne s'appliquent pas à la Société ou aux titulaires de licences d'exploitation— pour le compte de Sa Majesté du chef d'une province— d'entreprises de programmation.

(4) Les droits imposés au titre du présent article et l'intérêt sur ceux-ci constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent.

(5) Les projets de règlement sont publiés dans la *Gazette du Canada*, les titulaires de licences et autres intéressés se voyant accorder la possibilité de présenter au Conseil leurs observations à cet égard.

(a) Part I Licence Fees

[90] Part I licence fees are based on a formula which takes into consideration the estimated costs of the CRTC, as well as the revenues of broadcasters. Part I licence fees require broadcasting licensees to contribute to the CRTC's regulatory costs on a prorated basis, which is calculated on the basis of their respective gross revenues less the applicable exemption. The purpose of Part I licence fees is to recover the regulatory and administrative costs of the CRTC with respect to broadcasting, and the Crown has admitted that they do in fact fully recover such costs (Exhibit C, Tab 2, evidence of Diane Roy, November 21, 2006).

(b) Part II Licence Fees

[91] Part II licence fees are also imposed pursuant to the licence fee Regulations, and are collected by the CRTC.

[92] Part II licence fees are levied in addition to Part I licence fees, are not intended to cover the CRTC's costs of regulating the broadcasting industry, and are not calculated on the basis of what it costs to operate the CRTC.

[93] Broadcasters required to pay Part II licence fees must pay the CRTC an annual charge equivalent to 1.365% of the amount by which a broadcasting undertaking's gross revenues from broadcasting activities exceed the applicable exemption level.

[94] Part II licence fees are entirely deposited into the CRF. They do not go into a specified purpose account within the CRF and are not earmarked for the CRTC, Industry Canada, or any particular project. Revenues in the CRF are used for the general purposes of the Government of Canada (Exhibit C, Tab 3).

[95] As was noted by the plaintiffs' expert Gerry Wall, Part II licence fees effectively are a "leakage" from the broadcasting scheme in Canada. The Crown's witness John Traversy admitted that the broadcaster that

a) Droits de licence de la partie I

[90] Les droits de licence de la partie I sont basés sur une formule qui tient compte des coûts estimatifs du CRTC ainsi que des recettes des radiodiffuseurs. Les droits de licence de la partie I exigent que les titulaires de licences de radiodiffusion contribuent au prorata aux coûts de réglementation du CRTC, calculés en fonction de leurs revenus bruts respectifs, déduction faite de la franchise applicable. Les droits de licence de la partie I visent le recouvrement des coûts de réglementation et d'administration du CRTC dans le domaine de la radiodiffusion, et la Couronne a admis que ces droits permettent de fait le recouvrement de tous ces coûts (pièce C, onglet 2, interrogatoire de Diane Roy, 21 novembre 2006).

b) Droits de licence de la partie II

[91] Les droits de licence de la partie II sont également imposés conformément au Règlement sur les droits de licence et sont recouverts par le CRTC.

[92] Les droits de licence de la partie II sont prélevés en plus des droits de licence de la partie I; ils ne visent pas à permettre le recouvrement par le CRTC des coûts de réglementation de l'industrie de la radiodiffusion et ils ne sont pas calculés en fonction des coûts de fonctionnement du CRTC.

[93] Les radiodiffuseurs qui sont obligés d'acquitter les droits de licence de la partie II doivent verser au CRTC une redevance annuelle correspondant à 1,365 p. 100 de l'excédent des revenus bruts tirés des activités de radiodiffusion par l'entreprise de radiodiffusion sur la franchise applicable.

[94] Tous les droits de licence de la partie II sont déposés dans le Trésor. Ils ne vont pas dans un compte à fins déterminées du Trésor et ne sont pas assignés au CRTC, à Industrie Canada ou à un projet particulier. Les revenus qui sont dans le Trésor sont utilisés aux fins générales de l'État (pièce C, onglet 3).

[95] Comme l'a fait remarquer l'expert des demandesses, Gerry Wall, les droits de licence de la partie II s'échappent effectivement du régime de radiodiffusion au Canada. John Traversy, témoin de la

pays Part II licence fees cannot take the money and contribute it towards Canadian content, Canadian programming, development of Canadian talent or any similar activities (evidence of Gerry Wall, November 24, 2006, at pages 1074-1075; evidence of John Traversy, November 21, 2006, at pages 525-526).

[96] The CRTC has collected Part II licence fees ranging from \$62.9 million in 1997-1998 to \$107.2 million in 2004-2005 (agreed statement of facts, paragraph 53).

[97] The corporate plaintiffs pay Part II licence fees. The amounts of Part II licence fees paid by a particular corporate plaintiff in a given year are reflected in the licence fee returns filed as part of Exhibit C-1. Some, but not all, of the members of the CAB, paid Part II licence fees, depending on their particular circumstances, in a given year (agreed statement of facts, paragraphs 26-29 and 54-56; Exhibit C-1, confidential annex to the joint book of documents, Volumes I and II).

Part II Licence Fees are a Tax

[98] The framework that the Supreme Court of Canada has said should be used to identify whether a levy is a tax is whether it is: (1) compulsory and enforceable by law; (2) imposed under the authority of the legislature; (3) levied by a public body; (4) intended for a public purpose, and has (5) no reasonable nexus between the quantum charged and the cost of the service provided or the regulatory scheme it is intended to support (*Lawson*, above; *Eurig*, above, at paragraphs 15 and 21; *Westbank*, above, at paragraph 22).

[99] A consideration of each of the *Lawson/Eurig/Westbank* factors leads to the inevitable conclusion that the Part II licence fee is a tax.

Couronne, a admis que le radiodiffuseur qui acquitte les droits de licence de la partie II ne peut pas prendre l'argent et s'en servir pour le contenu canadien, pour la programmation canadienne, pour le développement d'artistes canadiens ou pour toute activité similaire (témoignage de Gerry Wall, 24 novembre 2006, pages 1074 et 1075; témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, pages 525 et 526).

[96] Le CRTC a recouvré, au titre des droits de licence de la partie II, des montants allant de 62,9 millions de dollars en 1997-1998 à 107,2 millions de dollars en 2004-2005 (exposé conjoint des faits, paragraphe 53).

[97] Les sociétés demanderesse acquittent des droits de licence de la partie II. Les montants des droits de licence de la partie II acquittés par une société demanderesse particulière au cours d'une année donnée sont indiqués dans les rapports sur les droits de licence produits sous la cote C-1. Certains membres de l'ACR, mais pas tous les membres, acquittaient les droits de licence de la partie II, selon leur situation particulière, au cours d'une année donnée (exposé conjoint des faits, paragraphes 26 à 29 et 54 à 56; pièce C-1, annexe confidentielle du dossier conjoint de documents, volumes I et II).

Les droits de licence de la partie II sont une taxe

[98] Les facteurs qu'il faut évaluer, selon la Cour suprême du Canada, pour déterminer si un prélèvement est une taxe sont ceux de savoir si le prélèvement est : 1) obligatoire et exigé par la loi, 2) imposé sous l'autorité de la législature, 3) perçu par un organisme public, 4) destiné à une fin d'intérêt public, et 5) sans rapport raisonnable entre la somme exigée et le coût du service fourni ou du régime de réglementation qui doit être financé (*Lawson*, précité; *Eurig*, précité, aux paragraphes 15 et 21; *Westbank*, précité, au paragraphe 22).

[99] L'examen de chacun des facteurs énoncés dans les arrêts *Lawson*, *Eurig* et *Westbank* mène à la conclusion inévitable selon laquelle les droits de licence de la partie II sont une taxe.

(1) Compulsory and enforceable by law

[100] This requirement may be fulfilled if there is a legal or practical compulsion or necessity to pay the charge to comply with one's legal obligations. A charge may be compulsory and enforceable by law even where it is only paid by persons who voluntarily engage in the regulated activity or business. Charges may be enforceable by law if to remain in a business, a company is compelled to pay an annual levy if the failure to comply with the levy can result in all services provided by the government entity being cancelled, if the charge can form a lien on property, and/or if the charge can be recovered by distress or by court action (*Eurig*, above, at paragraph 17; *Pleau*, above at paragraph 22; *Air Canada*, above (Justice Bertha Wilson's dissent); *Westbank*, above, at paragraph 35; *Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City)* (2001), 52 O.R. (3d) 593 (C.A.), at paragraph 30).

[101] To lawfully broadcast, a broadcaster who is not exempt must obtain a licence from the CRTC. One of the requirements is to pay the CRTC fees, including Part II licence fees. Subsection 11(4) of the *Broadcasting Act*, provides that: "Fees payable by a licensee under this section and any interest thereon constitute a debt due to Her Majesty in right of Canada and may be recovered as such in any court of competent jurisdiction." If a broadcasting undertaking has revenues in excess of the exemption levels and owes Part II licence fees, the CRTC takes steps to ensure the payment of fees that are due and payable (agreed statement of facts, paragraphs 49 and 51; evidence of Diane Roy, November 21, 2006).

(2) Imposed under the authority of the legislature

[102] Charges are imposed under the authority of the legislature if they are imposed pursuant to a statutory power. Part II licence fees are imposed and collected in

1) Prélèvement obligatoire et exigé par la loi

[100] Cette exigence peut être respectée s'il existe une obligation ou une nécessité juridique ou pratique de payer la redevance en vue de se conformer à des obligations juridiques. Une redevance peut être obligatoire et exigée par la loi même si elle est uniquement payée par des personnes qui se livrent de leur plein gré à l'activité ou à l'exploitation de l'entreprise réglementée. Les redevances peuvent être exigées par la loi si, pour continuer à exercer ses activités, une entreprise est contrainte de verser un montant annuel, si l'omission de le faire peut entraîner l'annulation de tous les services fournis par l'organisme gouvernemental, si la redevance peut entraîner la création d'un privilège sur un bien, ou si la redevance peut être recouvrée par saisie-gagerie ou par voie d'action en justice (*Eurig*, précité, au paragraphe 17; *Pleau*, précité, au paragraphe 22; *Air Canada*, précité (dissidence de la juge Bertha Wilson); *Westbank*, précité, au paragraphe 35; *Urban Outdoor Trans Ad v. Scarborough (City)* (2001), 52 O.R. (3d), 593 (C.A.), au paragraphe 30).

[101] Pour exercer légalement ses activités de radiodiffusion, le radiodiffuseur qui ne bénéficie pas d'une exemption doit obtenir une licence du CRTC. Selon l'une des conditions, il faut acquitter les droits imposés par le CRTC, notamment les droits de licence de la partie II. Le paragraphe 11(4) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit ce qui suit : « Les droits imposés au titre du présent article et l'intérêt sur ceux-ci constituent des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent. » Si les recettes d'une entreprise de radiodiffusion dépassent la franchise et si l'entreprise doit un certain montant au titre des droits de licence de la partie II, le CRTC prend des mesures en vue d'assurer le paiement des droits qui sont dus et exigibles (exposé conjoint des faits, paragraphes 49 et 51; témoignage de Diane Roy, 21 novembre 2006).

2) Prélèvement imposé sous l'autorité de la législature

[102] Les redevances sont imposées sous l'autorité de la législature si elles sont imposées conformément à un pouvoir conféré par la loi. Les droits de licence de la

accordance with the Regulations purportedly enacted pursuant to section 11 of the *Broadcasting Act* (*Westbank*, above, at paragraph 36; *R. v. Breault* (2001), 235 N.B.R. (2d) 337 (C.A.), at paragraph 51).

(3) Levied by a public body

[103] A government body created by statute is a public body. The CRTC is a public authority constituted under the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22, as amended (*St. Francis Xavier University (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (N.S.S.C.), at paragraphs 21-23).

(4) Intended for a public purpose

[104] If the primary purpose of the levy is to raise revenue for general purposes, it is a tax. In considering this factor, courts will characterize a levy as a tax where its primary purpose is, in pith and substance to raise revenue for general purposes; and not to charge for a service; or finance a regulatory scheme (*Westbank*, above, at paragraphs 30 and 31; *Breault*, above, at paragraphs 64-68; *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148 (B.C.S.C.), at paragraph 42, citing *Urban Outdoor*, at paragraphs 32-36).

[105] A charge which has the characteristics outlined in *Lawson/Eurig/Westbank* will be characterized as a tax unless it is imposed “primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme” (*Re: Proposed Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at page 1070).

(i) Used to raise revenue for general purposes

[106] Part II licence fees are collected by the CRTC and deposited into the CRF to be used for general revenue purposes. There is no specific allocation of the moneys to the CRTC, to Industry Canada or to any specific department or agency or purpose.

partie II sont imposés et recouvrés conformément au Règlement censément édicté en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* (*Westbank*, précité, au paragraphe 36; *R. c. Breault* (2001), 235 R.N.-B. (2^e) 337 (C.A.), au paragraphe 51).

3) Prélèvement perçu par un organisme public

[103] Un organisme gouvernemental créé par une loi est un organisme public. Le CRTC est un organisme public constitué en vertu de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22, dans sa forme modifiée (*St. Francis Xavier University (Re)* (1999), 7 M.P.L.R. (3d) 165 (C.S.N.É.), aux paragraphes 21 à 23).

4) Prélèvement destiné à une fin d'intérêt public

[104] Si l'objet principal du prélèvement est de percevoir un revenu à des fins générales, il s'agit d'une taxe. En examinant ce facteur, les tribunaux qualifieront un prélèvement de taxe si, selon son caractère véritable, l'objet principal est de percevoir un revenu à des fins générales, plutôt que de recevoir un paiement pour un service, ou encore de financer un régime de réglementation (*Westbank*, précité, aux paragraphes 30 et 31; *Breault*, précité, aux paragraphes 64 à 68; *Surdell-Kennedy Taxi Ltd. v. Surrey (City)* (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 148 (C.S.C.-B.), au paragraphe 42, qui cite *Urban Outdoor*, aux paragraphes 32 à 36).

[105] Une redevance qui comporte les caractéristiques énoncées dans les arrêts *Lawson, Eurig* et *Westbank* sera considérée comme une taxe, à moins d'être imposée « essentiellement à des fins de réglementation ou si cette taxe est indissociable d'une réglementation plus générale » (*Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, à la page 1070).

i) Prélèvement visant à percevoir un revenu à des fins générales

[106] Les droits de licence de la partie II sont recouvrés par le CRTC et déposés dans le Trésor afin d'être utilisés à des fins générales. Aucune somme précise n'est assignée au CRTC ou à Industrie Canada, ou encore à une fin, à un organisme gouvernemental ou à un ministère précis.

[107] The Court heard testimony from Mr. John Traversy that when a reduction of Part II licence fees was proposed as a possible incentive to encourage and reward the production of more English-language Canadian television drama, the CRTC did not adopt the proposal. The associated Public Notice stated that any proposal to provide lower fees if licensees fulfill certain programming objectives would “require a change to Commission regulations and approval by Treasury Board.” This is an acknowledgement that Part II licence fees are collected solely for “general revenue purposes” (evidence of John Traversy, November 21, 2006, at pages 524-527; Exhibit P-6, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-32 dated May 6, 2004 [Proposed incentives for English-language Canadian television drama—Call for comments], at paragraphs 12 and 62-64).

(ii) Not a charge for service

[108] A user fee is charged with regard to a specific service, and the money charged is to be spent solely on providing that service. Part II licence fees clearly do not fall into this category of fee. (However, it is noteworthy that in the August 1999 letter of invitation to broadcasters regarding the CRTC’s cost recovery roundtable, the CRTC stated that CRTC “user fees” would be the subject of discussion—see Exhibit C, Tab C.) The Crown has not identified them as a user charge. Part I licence fees are used to cover the CRTC’s costs of regulating broadcasting. Part II licence fees generate significantly greater revenue than is required to manage the broadcast spectrum. They are not earmarked for return to the CRTC or to Industry Canada for the cost of administering the general regulation of broadcasting or any component thereof. As is discussed below, Part II licence fees are collected from licensees whose operations do not make use of the broadcasting spectrum and the amount of the fee collected does not vary by the amount of the broadcasting spectrum used. The Part II licence fee clearly does not constitute a user fee.

[107] La Cour a entendu le témoignage de M. John Traversy, qui a déclaré que lorsqu’une réduction des droits de licence de la partie II a été proposée comme mesure possible visant à encourager et à récompenser la production accrue d’émissions dramatiques canadiennes en langue anglaise, le CRTC n’a pas adopté la proposition. L’avis public y afférent indiquait que toute proposition prévoyant des droits moins élevés si les titulaires de licences réalisaient certains objectifs en matière de programmation « exige[ait] néanmoins une modification du Règlement du Conseil et l’approbation du Conseil du Trésor ». On reconnaît ainsi que les droits de licence de la partie II sont recouverts uniquement [TRADUCTION] « aux fins générales du revenu » (témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, aux pages 524 à 527; pièce P-6, Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-32, 6 mai 2004 [Mesures proposées pour encourager la production d’émissions télévisées dramatiques canadiennes de langue anglaise—Appel d’observations], aux paragraphes 12 et 62 à 64).

ii) Prélèvement ne constituant pas un paiement pour un service

[108] Des frais d’utilisation sont exigés à l’égard d’un service précis, et le montant exigé doit être uniquement consacré à la prestation de ce service. De toute évidence, les droits de licence de la partie II n’appartiennent pas à cette catégorie de droits. (Toutefois, il importe de noter que dans la lettre d’invitation envoyée aux radiodiffuseurs au mois d’août 1999 au sujet de la table ronde portant sur le recouvrement des coûts du CRTC, le CRTC disait que la question des « frais d’utilisation » serait étudiée—voir la pièce C, onglet C.) La Couronne n’a pas qualifié les droits de frais d’utilisation. Les droits de licence de la partie I servent à couvrir ce qu’il en coûte au CRTC pour réglementer la radiodiffusion. Les droits de licence de la partie II génèrent un revenu de beaucoup supérieur au montant nécessaire aux fins de la gestion du spectre de la radiodiffusion. Ils ne sont pas assignés au CRTC ou à Industrie Canada afin de compenser ce qu’il leur en coûte pour la gestion de la réglementation générale de la radiodiffusion ou d’une composante de la radiodiffusion. Comme nous le verrons ci-dessous, les droits de licence de la partie II sont recouverts de titulaires de licences qui n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion

dans leurs activités et le montant recouvré ne varie pas en fonction du degré d'utilisation du spectre de la radiodiffusion. De toute évidence, les droits de licence de la partie II ne sont pas des frais d'utilisation.

(iii) Not used to finance a regulatory scheme

[109] For a charge to be adhesive to a regulatory scheme there must be a relationship between the charge and the scheme itself. In contrast to this principle, Part II licence fees clearly are charged to raise revenue for general purposes.

[110] It is the position of the Crown that the regulatory scheme is the Canadian broadcasting system, and that it is “manifest” that the costs of this scheme outweigh Part II fees. However, the Crown has not provided the Court with any evidence of what these costs are. On the other hand, the evidence is that Part I licence fees recover the CRTC’s costs related to broadcasting activities. The only other evidence of any costs relating to any regulatory scheme pertains to the costs incurred by Industry Canada for broadcasting spectrum management.

[111] Even if it were assumed (and the plaintiffs do not concede this) that the CRTC has the authority to collect money to offset Industry Canada costs of managing the broadcasting spectrum, the revenues generated by Part II licence fees are grossly out of proportion to the actual or properly estimated costs. In the past seven years, Part II licence fees have exceeded the ostensible Industry Canada costs of managing the broadcast spectrum by \$539.6 million or an average of \$77.1 million annually. In 2004/2005 alone, the amount collected by the CRTC as Part II licence fees exceeded Industry Canada broadcasting spectrum management costs by \$97.2 million. In any event, the moneys are not transferred to Industry Canada, even on a notional basis, for that purpose. They accordingly cannot be regarded as a charge to cover the costs of broadcasting spectrum management.

iii) Prélèvement ne servant pas au financement d'un régime de réglementation

[109] Pour qu'une redevance se rattache à un régime de réglementation, il doit exister un rapport entre la redevance et le régime lui-même. Contrairement à ce principe, les droits de licence de la partie II sont clairement exigés aux fins de la perception d'un revenu à des fins générales.

[110] Selon la position prise par la Couronne, le régime de réglementation est le système canadien de radiodiffusion, et il est « évident » que les coûts de ce régime sont supérieurs aux droits de la partie II. Toutefois, la Couronne n'a soumis à la Cour aucune preuve au sujet de ce que sont ces coûts. D'autre part, il est établi que les droits de licence de la partie I permettent le recouvrement de ce que les activités de radiodiffusion coûtent au CRTC. Le seul autre élément de preuve concernant les coûts se rattachant à un régime de réglementation se rapporte à ce qu'il en coûte à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion.

[111] À supposer même (et les demanderessees ne concèdent pas la chose) que le CRTC soit autorisé à recouvrer certaines sommes afin de compenser ce qu'il en coûte à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion, les revenus générés par les droits de licence de la partie II sont complètement disproportionnés aux coûts réels ou aux coûts estimatifs justifiés. Au cours des sept dernières années, les droits de licence de la partie II ont dépassé ce qu'il en coûte apparemment à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion, et ce, d'un montant de 539,6 millions de dollars, soit en moyenne 77,1 millions de dollars par année. En 2004-2005, le montant recouvré par le CRTC au titre des droits de licence de la partie II dépassait les coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion d'Industrie Canada d'un montant de 97,2 millions de dollars. Quoi qu'il en soit, les sommes ne sont pas transférées à Industrie Canada, même en théorie, à cette

[112] This is in contrast to cases relied on by the Crown such as *Ontario Home Builders Association*, 620 *Connaught*, and *Mount Cook*. In each of those cases, the levy was found to be a fee because (1) the levy was either less than the overall regulatory costs of the regime to which it related or was limited to actual costs; and (2) the moneys were deposited to accounts that directly defrayed the costs of that regime (*Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at paragraphs 9, 55-56; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.), at page 491; 620 *Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 446 (F.C.A.), at paragraphs 9, 44 and 58).

(5) No reasonable nexus

[113] Regulatory schemes usually involve the collection and expenditure of funds for costs properly estimated. While courts will not require that the amounts collected correspond precisely with the cost of the scheme, there must be a demonstrable and reasonable connection between them. If there is an insufficiently close relationship between the amount of the licence fee and the cost of administering the corresponding regulatory scheme, then the charge constitutes a form of taxation (*Eurig*, above, at paragraphs 15 and 21-22).

[114] Part II licence fees are calculated as a percentage of gross revenue from broadcasting activities, not on broadcasting spectrum usage. The cost of regulating licensee use of broadcasting spectrum does not vary according to a licensee's revenues. There is no demonstrable connection between the quantum of Part II licence fees collected and any associated regulatory scheme.

[115] The fee structure is intended to raise revenue well in excess of any reasonable regulatory need or

fin. Elles ne peuvent donc pas être considérées comme une redevance visant à couvrir le coût de gestion du spectre de la radiodiffusion.

[112] Cela va à l'encontre des arrêts sur lesquels la Couronne se fonde, comme *Ontario Home Builders' Association*, 620 *Connaught*, et *Mount Cook*. Dans chacun de ces cas, il a été statué que le prélèvement était un droit, et ce, pour les raisons suivantes : 1) le prélèvement était inférieur à l'ensemble des coûts de réglementation du régime auquel il se rapportait, ou encore il était limité aux coûts réels; 2) les sommes étaient déposées dans des comptes qui permettaient de couvrir directement les coûts de ce régime (*Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, aux paragraphes 9, 55 et 56; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.), à la page 491; 620 *Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 446 (C.A.F.), aux paragraphes 9, 44 et 58).

5) Prélèvement n'ayant aucun rapport raisonnable

[113] Les régimes de réglementation prévoient habituellement le recouvrement et la dépense de fonds par rapport à des coûts estimatifs justifiés. Les tribunaux n'exigeront pas que les montants recouverts correspondent exactement au coût du régime, mais il doit exister un lien démontrable raisonnable entre ceux-ci. Si le rapport entre le montant du droit de licence et le coût d'administration du régime de réglementation correspondant n'est pas suffisamment étroit, la redevance constitue une forme de taxation (*Eurig*, précité, aux paragraphes 15, 21 et 22).

[114] Les droits de licence de la partie II sont calculés en tant que pourcentage du revenu brut tiré des activités de radiodiffusion et non de l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. Le coût de réglementation de l'utilisation du spectre de la radiodiffusion par le titulaire d'une licence ne varie pas en fonction de ses recettes. Il n'existe aucun lien démontrable entre le montant des droits de licence de la partie II qui est recouvert et tout régime associé de réglementation.

[115] La structure tarifaire vise à permettre de percevoir un revenu de beaucoup supérieur à tout besoin

purpose. All moneys collected as Part II licence fees are deposited directly into the general CRF. None of the moneys are retained by the CRTC or designated for any Industry Canada regulatory costs.

[116] The lack of a reasonable connection between the Part II levy and its claimed purpose is also significant in the context of the Federal Court of Appeal's decision in *620 Connaught*, above, at paragraph 35. According to Justice John Maxwell Evans, a fee for a product, right or privilege, such as a business licence fee, must equate reasonably with the cost of operating the broader regulatory framework that allows the affected party to operate as it does.

[117] Similarly, in *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R (4th) 394 (B.C.C.A.), at paragraph 35, the British Columbia Court of Appeal cited three factors as evidence that the levy in that case was a tax, not a fee: the quantum collected (a) grossly exceeded the regulatory costs of the scheme; (b) there was no serious attempt to match the amount collected with the cost of the scheme; and (c) the revenues collected were deposited in the consolidated revenue fund. The facts in the case at hand can be similarly characterized, which is further evidence that the Part II licence fees are a tax.

[118] This Court should look to the judgment of the Supreme Court of Canada in *Re: Exported Natural Gas Tax*, above, at page 1077, in which it was held that because "Every major aspect of the industry is already subject to licencing, prohibitions, orders", the proposed tax added "nothing to the existing structure of regulation, save revenue" and could therefore not be characterized as a facet of the broader regulatory scheme. The primary purpose of the Part II fee is similarly to generate revenue for the general purposes of the government as a whole. It adds nothing to the regulatory structure—not even revenue.

ou à toute fin réglementaire raisonnable. Toutes les sommes recouvrées au titre des droits de licence de la partie II sont déposées directement dans le Trésor à des fins générales. Aucune de ces sommes n'est conservée par le CRTC ou désignée pour dédommager Industrie Canada de ses coûts de réglementation.

[116] L'absence de lien raisonnable entre le prélèvement de la partie II et son but allégué est également important dans le contexte de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *620 Connaught*, précitée, au paragraphe 35. Selon le juge John Maxwell Evans, la redevance à payer pour un produit, un droit ou un avantage, tel qu'un droit de permis d'exploitation, doit correspondre d'une façon raisonnable au coût de fonctionnement du régime de réglementation plus général qui permet à la personne concernée de se livrer à ses activités comme elle le fait.

[117] De même, dans l'arrêt *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R (4th) 394 (C.A. C.-B.), au paragraphe 35, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a mentionné trois facteurs comme preuve indiquant que le prélèvement dans ce cas-là était une taxe plutôt qu'un droit : a) le montant recouvré était de beaucoup supérieur aux coûts de réglementation du régime; b) il n'y avait aucune tentative sérieuse de faire correspondre le montant recouvré au coût du régime; c) les revenus recouverts étaient déposés dans le Trésor. Il en va de même pour les faits de la présente espèce, ce qui démontre encore une fois que les droits de licence de la partie II sont une taxe.

[118] La présente Cour devrait examiner le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, précitée, à la page 1077, où il a été statué que, parce que « [t]ous les aspects importants de l'industrie font déjà l'objet de licences, de prohibitions, d'ordonnances », la taxe proposée n'ajoutait « rien au système actuel de réglementation, si ce n'est un revenu » et elle ne pouvait donc pas être considérée comme un aspect du régime plus général de réglementation. Les droits de la partie II visent eux aussi principalement à générer un revenu aux fins générales de l'État. Ces droits n'ajoutent rien à la structure de réglementation—pas même un revenu.

Crown's Justification for Part II Licence Fees Not Valid

[119] The Crown's first witness, Ms. Diane Roy, provided a table comparing the moneys that would hypothetically have been collected by the CRTC if the old fee regime of 1.8% of gross revenues had been left in place. The CAB plaintiffs state that this evidence is irrelevant to the question of whether Part II licence fees are a tax. It is evident that by 1996 (the year prior to the enactment of the Regulations), the revenues generated by the old fee regime at 1.8% were well in excess of the CRTC's costs related to broadcasting activity and Industry Canada broadcasting spectrum management. In 1996-1997, broadcast licence fees were \$77.9 million, while total CRTC operating costs appeared to be approximately \$34.1 million. (CRTC documents indicate that in 1996, the CRTC's costs related to broadcasting activity were approximately \$20 million—see, e.g. Exhibit C, Tab A, page 1 and chart entitled "CRTC Resource Levels (\$000)"; see also Exhibit C, Tab B ("4. Resource Plans and Financial Tables", "5. Comparative Financial Plans by Business Line", "3. Comparative Financial Performance by Business Line", "1.3 Resource Requirements by Branch and Business Line/Activity (\$000)"; A chart in the June 2003 Report of the Standing Committee on Canadian Heritage graphically illustrates how the "nexus" between CRTC costs and broadcasting licence fees that existed in 1983-1984 (\$21.8 million in broadcast licence fees vs. \$23.6 million in total CRTC operating costs, presumably attributable to both broadcasting and telecommunications regulatory activity) was lost in subsequent years.) This witness provided no evidence to assist the Court in support of the Crown's position (Exhibit C, Tab G, at page 300—Figure 8.25 "Trends in CRTC licence fees paid by the private broadcasting sector and the telecommunications sector, 1983-2001").

La justification donnée par la Couronne en ce qui concerne les droits de licence de la partie II n'est pas valable

[119] Le premier témoin de la Couronne, M^{me} Diane Roy, a présenté un tableau dans lequel on compare les sommes que le CRTC aurait recouvrées, d'une façon hypothétique, si l'ancien régime de droits, de 1,8 p. 100 du revenu brut, avait été laissé en place. Les demanderesse membres de l'ACR affirment que cette preuve n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de savoir si les droits de licence de la partie II sont une taxe. De toute évidence, en 1996 (soit l'année précédant celle au cours de laquelle le Règlement a été édicté), les revenus générés par l'ancien régime de droits, de 1,8 p. 100, étaient bien supérieurs aux coûts du CRTC associés à l'activité de radiodiffusion et à ce qu'il en coûtait à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion. En 1996-1997, les droits de licence de radiodiffusion s'élevaient à 77,9 millions de dollars, alors que les coûts de fonctionnement du CRTC semblaient s'élever en tout à environ 34,1 millions de dollars. (Les documents du CRTC indiquent qu'en 1996, les coûts du CRTC associés à l'activité de radiodiffusion étaient d'environ 20 millions de dollars—voir par exemple la pièce C, onglet A, page 1, et le tableau intitulé « Niveaux des ressources du CRTC (000 \$) »; voir également la pièce C, onglet B (« 4. Plans de ressources et tableaux financiers », « 5. Plans financiers comparatifs par secteur d'activité », « 3. Rendement financier comparatif par secteur d'activité », « 1.3 Besoins en ressources par direction générale et activité ou secteur d'activité (000 \$) »). Un tableau figurant dans le rapport du mois de juin 2003 du Comité permanent du patrimoine canadien montre bien comment le « rapport » entre les coûts du CRTC et les droits de licence de radiodiffusion existant en 1983-1984 (21,8 millions de dollars pour les droits de licence de radiodiffusion par opposition à 23,6 millions de dollars en tout pour les coûts de fonctionnement du CRTC, probablement attribuables tant à l'activité de réglementation de la radiodiffusion qu'à l'activité de réglementation des télécommunications) a disparu au cours des années ultérieures. Ce témoin n'a fourni, à l'appui de la position de la Couronne, aucune preuve susceptible d'aider la Cour (pièce C, onglet G, page 320—Figure [sic] 8.25 « Évolution des droits de licences du CRTC payés par le

[120] After the fact, the CRTC has attempted to justify Part II licence fees by referring to a “threefold rationale”, which now forms part of the Crown’s defence of the levy. The rationale for Part II licence fees that is presently stated in the CRTC’s Estimates is that the charges are:

- to earn a fair return for the Canadian public for access to, or exploitation of, a publicly owned or controlled resource (i.e. broadcasters’ use of the broadcasting spectrum);
- to recover Industry Canada costs associated with the management of the broadcasting spectrum; and
- to represent the privilege of holding a broadcasting licence for commercial benefit.

(CRTC 2005-2006 Estimates: Part III—Report on Plans and Priorities, Exhibit B, Tab 34, at page 50; see also Exhibit B, Tab 33, page 43.)

[121] However, the evidentiary record before the Court does not establish that when the Regulations were enacted in 1997 the intent of Part II licence fees was to impose charges for the “threefold rationale” stated above. In the CRTC Public Notice announcing the proposed new broadcasting licence fee regulations, only the costs of regulating the broadcasting spectrum was referenced. An internal CRTC document prepared in 1996 indicates that the key rationale for the new fee structure was to streamline the process and to ensure that the Part I fees and Part II fees would in total approximate the amount collected under the old fee structure (Exhibit A, Tab 13: Public Notice CRTC 1996-149, page 5; Exhibit C, Tab 4 and Tab A “CRTC Proposed Changes to the Broadcasting Licence Fee Regulations: Briefing Notes”).

[122] The publicly stated intention for the enactment of the Regulations reiterates a focus upon maintaining revenues and does not articulate a justification of the charges based on some notion of imposing a charge for a “privilege”:

secteur privé de la radiodiffusion et celui des télécommunications, 1983-2001 »).

[120] Le CRTC a tenté après coup de justifier les droits de licence de la partie II en mentionnant les « trois objectifs » qui font maintenant partie de la défense présentée par la Couronne à l’égard du prélèvement. Les motifs maintenant avancés dans le Budget des dépenses du CRTC pour prélever les droits sont :

- obtenir pour le public canadien un rendement équitable en rapport avec l’accès à une ressource publique ou son exploitation (l’utilisation du spectre par les radiodiffuseurs);
- recouvrer les coûts de gestion du spectre de radiodiffusion engagés par Industrie Canada;
- refléter le privilège de détenir une licence de radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux.

(Budget des dépenses 2005-2006 : Partie III—Rapport sur les plans et les priorités du CRTC, pièce B, onglet 34, à la page 50; voir également la pièce B, onglet 33, page 43.)

[121] Toutefois, la preuve mise à la disposition de la Cour n’établit pas qu’au moment où le Règlement a été édicté, en 1997, les droits de licence de la partie II visaient à imposer des prélèvements reposant sur les « trois objectifs » susmentionnés. Dans l’avis public du CRTC annonçant le projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion, il était uniquement fait mention des coûts de réglementation du spectre de la radiodiffusion. Un document interne du CRTC préparé en 1996 indique que la nouvelle structure tarifaire visait principalement à simplifier le processus et à faire en sorte que les droits de la partie I et les droits de la partie II correspondent en tout à peu près au montant recouvré selon l’ancien régime de droits (pièce A, onglet 13 : Avis public CRTC 1996-149, page 5; pièce C, onglet 4 et onglet A [TRADUCTION] « Projet de règlement sur les droits de licence de radiodiffusion : Notes de synthèse »).

[122] L’intention exprimée en public pour édicter le Règlement met encore une fois l’accent sur le maintien des revenus et n’énonce pas de justification à l’appui des redevances fondée sur l’idée selon laquelle la redevance est imposée en échange d’un « privilège » :

(a) Public Notice CRTC 1996-149-1 (November 29, 1996) stated:

The Commission also notes that in its proposed new fee regulations, its intention is to parallel the type of fee revenue that is currently required to be reported under the existing fee regulations.

(b) Public Notice CRTC 1997-32 (March 20, 1997), which was issued with the draft Regulations, stated:

The proposed regulations were drafted by the Commission in response to the Treasury Board's decision to grant the Commission vote-netting authority for the broadcasting activity. As a result of this decision, the Commission will henceforth require that a portion of the licence fees be paid as of 1 April each year to finance the Commission's operating expenditures.

The Commission's intent in drafting the proposed new regulations was to create a system that, in relation to the existing fee structure, would result in approximately the same amount of fees payable on both an industry-wide and individual undertaking basis over the period of the next three years, assuming that the Commission's approved funding level remains stable.

...

The Commission is satisfied that the new Fee Regulations address the primary reason for their development, namely, to respond to the Treasury Board's decision granting the Commission vote-netting authority, while retaining a system that will generate an amount of revenue equivalent to that raised under the previous fee regulations. . . is not warranted at this time.

(Exhibit A, Volume 3, Tab 14 (Public Notice CRTC 1996-149-1) and Tab 15 (Public Notice CRTC 1997-32, pages 1-2); agreed statement of facts, paragraph 66.)

[123] The CRTC's Estimates are an annual report to Parliament. The CRTC's Estimates tabled immediately before and after enactment of the Regulations did not state that Part II licence fees were intended to recover moneys for the "threefold" rationale that the CRTC currently relies upon:

a) L'avis public CRTC 1996-149-1 (29 novembre 1996) était rédigé comme suit :

Le Conseil fait aussi remarquer que le projet de règlement sur les droits de licence fait en sorte que les recettes désignées soient du même type que celles dont il doit être rendu compte en vertu du règlement actuel.

b) L'avis public CRTC 1997-32 (20 mars 1997), qui a été publié avec le projet de règlement, était rédigé comme suit :

Le Conseil a rédigé son projet de règlement suite à la décision du Conseil du Trésor de l'autoriser à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion. En raison de cette décision, le Conseil exigera désormais qu'une partie des droits de licence soit acquittée au 1^{er} avril de chaque année, afin de financer ses dépenses de fonctionnement.

Lorsqu'il a rédigé le projet de règlement, le Conseil a voulu créer, par rapport à la structure des droits en place, un système suivant lequel l'industrie et chaque entreprise paieraient à peu près le même montant de droits sur une période incluant les trois prochaines années, en prenant pour acquis la stabilité du niveau de financement approuvé.

[. . .]

Le Conseil est convaincu qu'en élaborant le nouveau règlement sur les droits de licence, il a répondu fondamentalement à la décision du Conseil du Trésor de l'autoriser à utiliser la méthode du crédit net, tout en conservant un système qui générera des recettes équivalent à celles qui étaient réalisées en vertu du précédent règlement [. . .] n'est donc pas justifiée pour l'instant.

(Pièce A, volume 3, onglet 14 (Avis public CRTC 1996-149-1) et onglet 15 (Avis public CRTC 1997-32, pages 1, 2 et 3); exposé conjoint des faits, paragraphe 66.)

[123] Le Budget des dépenses du CRTC est un rapport annuel adressé au Parlement. Les Budgets des dépenses déposés immédiatement avant et après que le Règlement eut été édicté n'indiquaient pas que les droits de licence de la partie II visaient à permettre de recouvrer des sommes pour les « trois objectifs » sur lesquels le CRTC se fonde maintenant :

(a) In the CRTC's 1997-98 *Estimates: Part III—Expenditure Plan* (tabled before the Regulations were enacted), it is simply stated that:

The Commission is to implement new Broadcasting Licence Fee Regulations, effective 1 April 1997. This in direct response to a Treasury Board decision granting the Commission “vote netting” authority for its broadcasting activity. Funding, in the form of licence fee revenues, will now be required by 1 April of each year in order to finance the Commission’s operating expenditures related to the regulation of the broadcasting industry.

(b) In the CRTC’s 1998-99 *Estimates: A Report on Plans and Priorities*, it is stated that:

A portion of the Part II fees collected by the CRTC is allocated to cover the expenses of Industry Canada for services provided through its Spectrum Management and Regional Operations Activity, including the certification of broadcast undertakings, the broadcast inspection program and the investigation of complaints of interference to broadcast reception.

(c) In the CRTC’s 1999-2000 *Estimates: A Report on Plans and Priorities*, the CRTC stated it would be setting up formal consultative committees with “fee paying” clients to “ensure full compliance with the Government’s Cost Recovery and Charging Policy.” However, the CRTC again did not mention the “fair return for access to spectrum” or “privilege of holding a broadcasting licence” rationale for Part II licence fees in this document.

(d) In the letter of invitation sent to broadcasters for the CRTC’s cost-recovery roundtable in August 1999, the CRTC indicated the discussion would pertain to “CRTC cost recovery and related user fees”.

(e) In the 2000-2001 *Estimates: A Report on Plans and Priorities* (i.e., the first CRTC Estimates tabled in Parliament after the August 1999 “CRTC round table

a) Dans le *Budget des dépenses 1997-1998 : Partie III—Plan de dépenses* du CRTC (déposé avant que le Règlement ait été édicté), il est simplement dit ce qui suit :

Le Conseil doit adopter un nouveau Règlement sur les droits de licence de radiodiffusion, qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 1997, suite à une décision du Conseil du Trésor d’autoriser le Conseil à appliquer la méthode du crédit net à son activité Radiodiffusion. Des fonds, sous la forme de recettes de droits de licence, seront désormais exigés le 1^{er} avril de chaque année pour financer les dépenses de fonctionnement du Conseil liées à la réglementation de l’industrie de la radiodiffusion.

b) Dans le *Budget des dépenses 1998-1999 : Un rapport sur les plans et les priorités* du CRTC, il est déclaré ce qui suit :

Une partie des droits de la Partit [sic] II perçus par le CRTC est affectée aux dépenses d’Industrie Canada pour les services fournis dans le cadre de son activité Gestion du spectre et opérations régionales, notamment l’accréditation des entreprises de radiodiffusion, le programme d’inspection des entreprises de radiodiffusion et les enquêtes sur des plaintes de brouillage de signaux de radiodiffusion.

c) Dans son *Budget des dépenses 1999-2000 : Un rapport sur les plans et les priorités*, le CRTC disait qu’il établirait des comités consultatifs officiels avec les clients « payant des droits » en vue d’assurer « la pleine conformité avec la politique du gouvernement concernant le recouvrement et la facturation des coûts ». Toutefois, dans ce document, le CRTC ne faisait pas non plus mention de l’objectif lié au « rendement équitable en rapport avec l’accès au spectre » ou au « privilège de détenir une licence de radiodiffusion » à l’appui des droits de licence de la partie II.

d) Dans la lettre d’invitation envoyée aux radiodiffuseurs pour la table ronde portant sur le recouvrement des coûts du CRTC, au mois d’août 1999, le CRTC indiquait que la discussion se rapporterait au [TRADUCTION] « recouvrement des coûts du CRTC et aux frais d’utilisation connexes ».

e) Dans le *Budget des dépenses 2000-2001 : Un rapport sur les plans et les priorités* (c’est-à-dire le premier Budget des dépenses déposé devant le Parlement après

consultation” with broadcasters) (see Exhibit C, Tab 8 and Tab C; the Estimates for a particular fiscal year are tabled in Parliament in the March prior to the start of the fiscal year—see Exhibit C, Tab 6) there is no mention of the “threefold rationale,” or indeed any specific reference to Part II licence fees at all.

(Exhibit B, documents the parties agree are authentic and relevant, Tab 26, page 39, Tab 27, page 22, Tab 28, pages 20 and 34, Tab 29; Exhibit C, Tab 6 and Tab C.)

[124] The CRTC’s Estimates tabled in Parliament in 2001 indicated, for the first time, that the fee was assessed to “address three major issues,” which were similar to—but not exactly the same as—the “threefold rationale” above. This is the first time Parliament was informed of the rationale that is presently relied upon for Part II licence fees as representing:

- (i) costs incurred by Industry Canada to manage the broadcasting spectrum;
- (ii) the privilege of using the broadcasting spectrum; and
- (iii) the privilege of holding a broadcasting licence for commercial benefit.

(Exhibit B, Tab 30, page 30.)

[125] Only in 2002 (five years after the Regulations came into force), did the CRTC’s Performance Report and Estimates include a reference to the “threefold rationale” as currently articulated (Exhibit B, Tab 36, at page 45, Tab 31, at page 34.)

[126] It is noteworthy that neither of the Crown’s factual witnesses, Ms. Roy and Mr. Traversy, testified as to the intent of the Part II licence fee regime when the Regulations were enacted in 1997. Ms. Roy testified that she had nothing to do at all with the development of the new fee structure. Mr. Traversy could not recall the

la « table ronde—CRTC » auprès des radiodiffuseurs, au mois d’août 1999) (voir la pièce C, onglet 8 et onglet C; le Budget des dépenses pour un exercice particulier est déposé devant le Parlement au mois de mars, avant le début de l’exercice—voir la pièce C, onglet 6), il n’est pas fait mention des « trois objectifs » et de fait il n’est pas du tout fait expressément mention des droits de licence de la partie II.

(Pièce B, documents qui, comme en conviennent les parties, sont authentiques et pertinents, onglet 26 (page 39), onglet 27 (page 22), onglet 28 (pages 20 et 34), onglet 29; pièce C, onglet 6 et onglet C.)

[124] Le Budget des dépenses du CRTC déposé devant le Parlement en 2001 indiquait pour la première fois que les droits « port[aient] sur trois questions importantes », qui étaient semblables aux « trois objectifs » susmentionnés sans toutefois être identiques. C’est la première fois que le Parlement était informé des objectifs maintenant invoqués à l’égard des droits de licence de la partie II concernant :

- i) les coûts encourus par Industrie Canada pour les services fournis dans le cadre de son activité Gestion du spectre et opérations régionales;
- ii) le privilège d’utiliser le spectre de la radiodiffusion;
- iii) le privilège de détenir une licence de radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux.

(Pièce B, onglet 30, page 30.)

[125] Ce n’est qu’en 2002 (soit cinq ans après l’entrée en vigueur du Règlement) que le Rapport sur le rendement et le Budget des dépenses du CRTC font mention des « trois objectifs » tels qu’ils sont maintenant énoncés (pièce B, onglet 36, page 45, onglet 31, page 34).

[126] Il importe de noter que ni l’une ni l’autre des personnes qui ont témoigné pour la Couronne au sujet des faits (M^{me} Roy et M. Traversy) n’a témoigné au sujet du but du régime des droits de licence de la partie II lorsque le Règlement a été édicté en 1997. M^{me} Roy a témoigné n’avoir nullement pris part à l’élaboration de

process or what his role was but stated that his role in it, if anything, was “small.” The Crown led no evidence of internal CRTC discussions or of discussions with Treasury Board to support its contention regarding the “threefold rationale.” The Court is left with the evidence that the “three fold rationale” for Part II licence fees was only developed well after the Regulations had been enacted in 1997. The inference is that it was developed to respond to this legal action (evidence of Diane Roy and John Traversy, November 21, 2006).

(1) Not a payment for Industry Canada’s costs of managing spectrum

[127] Even if one of the rationales for the CRTC’s collection of Part II licence fees was to recover Industry Canada costs associated with the management of the broadcasting spectrum, there is no mention in the *Broadcasting Act* of any authority given to the CRTC to collect money on behalf of Industry Canada. Furthermore, it has been admitted by the Crown that Part II licence fees are not actually allocated to Industry Canada or for any other specified purpose within the Consolidated Revenue Fund.

[128] Industry Canada has its own separate regulatory scheme under which it manages and licenses the use of radio frequency spectrum under the *Radiocommunication Act* [R.S.C., 1985, c. R-2, s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2)], including spectrum allocated for broadcasting over the airwaves (agreed statement of facts, paragraph 57).

[129] Presently no fee is charged to a broadcasting licensee by Industry Canada for the broadcasting certificate that it issues if broadcasting spectrum is required by the licensee. It has chosen not to do so. Industry Canada does establish fees for usage of the other radio frequency spectrum allocations (agreed statement of facts, paragraph 57; request to admit, paragraph 63; response to request to admit, paragraph 2(xvi); evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006;

la nouvelle structure tarifaire. M. Traversy ne se rappelait pas le processus ou le rôle qu’il avait eu, mais il a déclaré avoir eu tout au plus un rôle [TRADUCTION] « minime ». La Couronne n’a pas présenté de preuve des discussions internes du CRTC ou des discussions qui avaient eu lieu avec le Conseil du Trésor à l’appui de la prétention fondée sur les « trois objectifs ». Selon la seule preuve dont dispose la Cour, les « trois objectifs » justifiant les droits de licence de la partie II ont été élaborés bien après que le Règlement eut été édicté, en 1997. Il en est conclu que les objectifs ont été élaborés en réponse à la présente action en justice (témoignages de Diane Roy et de John Traversy, 21 novembre 2006).

1) Il ne s’agit pas d’un paiement associé aux coûts de gestion du spectre par Industrie Canada

[127] Même si l’un des objectifs justifiant le recouvrement par le CRTC des droits de licence de la partie II était le recouvrement des coûts d’Industrie Canada associés à la gestion du spectre de la radiodiffusion, il n’est pas fait mention, dans la *Loi sur la radiodiffusion*, de quelque pouvoir conféré au CRTC aux fins du recouvrement d’argent pour le compte d’Industrie Canada. En outre, la Couronne a admis que les droits de licence de la partie II ne sont pas réellement consacrés à Industrie Canada ou à quelque autre fin précise dans le Trésor.

[128] Industrie Canada a son propre régime distinct de réglementation en vue de gérer l’utilisation du spectre de fréquences radiophoniques et d’accorder des licences à cet égard en vertu de la *Loi sur la radiocommunication* [L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2)], notamment pour ce qui est du spectre attribué pour la radiodiffusion. (exposé conjoint des faits, paragraphe 57).

[129] À l’heure actuelle, Industrie Canada n’exige pas de droits d’un titulaire de certificat de radiodiffusion qui est délivré dans le cas où le spectre de la radiodiffusion doit être utilisé par le titulaire. Le ministère a décidé de ne pas le faire. Industrie Canada a de fait établi des droits pour l’utilisation du spectre de fréquences radiophoniques à d’autres fins. (exposé conjoint des faits, paragraphe 57; demande d’aveux, paragraphe 63; réponse à la demande d’aveux, paragraphe 2(xvi);

Industry Canada, *Guide for Calculating Radio Licence Fees*, Exhibit B, Tab 17; *Radiocommunication Act*, subsection 6(1) [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 4], Exhibit D, Tab 6; *Radiocommunication Regulations* [SOR/96-484], Exhibit D, Tab 7).

[130] The costs incurred by Industry Canada with respect to its management of broadcasting spectrum have been estimated as falling from \$13.0 million in 1998/1999 to \$10 million in 2004/2005. Industry Canada's costs of managing broadcasting spectrum do not vary according to the gross revenues earned by broadcast licence holders. There is accordingly no reasonable connection between Industry Canada's costs of managing broadcasting spectrum and either the amounts of Part II licence fees or the methodology by which they are collected (agreed statement of facts, paragraphs 59-60).

(2) Not a payment for the "privilege" of using spectrum

[131] The second justification advanced in the Crown's "threefold rationale" for Part II licence fees is that they are collected to earn a "fair return" for the Canadian public for broadcasters' use of the broadcasting spectrum. This rationale also does not hold up to scrutiny.

[132] It is important to note that this rationale could only apply to the usage of broadcasting spectrum, as Industry Canada already collects fees from entities transmitting signals over other allocations of the electromagnetic spectrum. For example, the right to transmit over "broadcasting satellite" spectrum or "fixed-satellite" spectrum is paid for separately by a satellite company licensed to use such spectrum by Industry Canada. To the extent that such spectrum is utilized to transmit the signals of a licensee, the licensee pays a fee to the satellite company Industry Canada would have received payment for the use and the spectrum resource from the satellite company. The "privilege" of utilizing spectrum in these cases is already

témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006; Industrie Canada, *Guide pour le calcul des droits de licence*, pièce B, onglet 17; *Loi sur la radiocommunication*, paragraphe 6(1) [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 4], pièce D, onglet 6; *Règlement sur la radiocommunication* [DORS/96-484], pièce D, onglet 7).

[130] Il a été estimé que les coûts engagés par Industrie Canada à l'égard de la gestion du spectre de la radiodiffusion sont passés de 13 millions de dollars en 1998-1999 à 10 millions de dollars en 2004-2005. Les coûts de gestion du spectre de la radiodiffusion ne varient pas selon les revenus bruts réalisés par les titulaires de licences de radiodiffusion. Par conséquent, il n'existe aucun lien raisonnable entre ce qu'il en coûte à Industrie Canada pour gérer le spectre de la radiodiffusion et les montants des droits de licence de la partie II ou la méthode par laquelle ces droits sont recouverts (exposé conjoint des faits, paragraphes 59 et 60).

2) Il ne s'agit pas d'un paiement associé au « privilège » lié à l'utilisation du spectre

[131] Selon la deuxième justification avancée par la Couronne quant aux « trois objectifs » visés par les droits de licence de la partie II, ces droits permettent d'obtenir pour le public canadien un « rendement équitable » en ce qui concerne l'utilisation du spectre de la radiodiffusion par les radiodiffuseurs. Cette justification ne résiste pas non plus à l'analyse.

[132] Il importe de noter que cet objectif pourrait uniquement s'appliquer à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion, étant donné qu'Industrie Canada recouvre des droits d'entités qui transmettent des signaux sur d'autres fréquences du spectre électromagnétique. Ainsi, le droit de transmettre sur le spectre des « satellites de radiodiffusion » ou sur le spectre des « satellites stationnaires » fait l'objet d'un paiement distinct par un exploitant de service par satellite titulaire d'une licence d'Industrie Canada l'autorisant à utiliser ce spectre. Dans la mesure où ce spectre est utilisé aux fins de la transmission des signaux du titulaire de licence, ce titulaire verse un droit à l'exploitant du service par satellite et Industrie Canada aurait reçu de

paid for (agreed statement of facts, paragraphs 85, 91; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[133] The Court heard evidence that broadcasting reception does not require special authorization from Industry Canada, and that not all broadcasting activities licensed by the CRTC transmit over broadcasting spectrum. Only licensees, whose broadcasting licence may be identified by reference to a specific call sign, for example “CJOH-TV,” utilize a transmitter operating in broadcasting spectrum as the primary means for signal distribution (evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006; agreed statement of facts, paragraphs 74 and 93).

[134] P&S undertakings do not operate transmitters that distribute programs to consumer-level receiving devices utilizing broadcasting spectrum, and do not require a broadcasting certificate from Industry Canada after receiving a CRTC licence. Rather, they route their programs to distribution undertakings like conventional cable or DTH satellite systems to be distributed to subscribers. To route the programming to distribution undertakings, P&S operators either employ optical fibre or coaxial cable (which does not use broadcasting spectrum), or fixed satellite or microwave links (for which separate licence fees are paid to Industry Canada to transmit over such spectrum allocations) (agreed statement of facts, paragraphs 96 and 98-99; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[135] Conventional cable undertakings transmit programs *via* a combination of optical fibre and coaxial cable, and do not use any broadcasting spectrum in that portion of their distribution plant that is connected directly to subscribers (agreed statement of facts, paragraph 100; evidence of Wayne Stacey, November

l’exploitant un paiement pour l’utilisation du spectre. Le « privilège » que comporte l’utilisation du spectre en pareil cas est déjà payé (exposé conjoint des faits, paragraphes 85 et 91; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[133] La Cour a entendu un témoignage indiquant que la réception liée à la radiodiffusion n’exige pas d’autorisation spéciale d’Industrie Canada et que le spectre de la radiodiffusion n’est pas utilisé pour toutes les activités de radiodiffusion faisant l’objet d’une licence du CRTC. Seuls les titulaires de licences dont la licence de radiodiffusion peut être identifiée par un indicatif précis, par exemple « CJOH-TV », utilisent un transmetteur utilisant le spectre de la radiodiffusion comme principal moyen de distribution du signal (témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006; exposé conjoint des faits, paragraphes 74 et 93).

[134] Les services payants et spécialisés ne se servent pas de transmetteurs distribuant des émissions à des appareils récepteurs pour consommateurs utilisant le spectre de la radiodiffusion et ils n’ont pas à obtenir un certificat de radiodiffusion d’Industrie Canada après avoir obtenu une licence du CRTC. Ils acheminent plutôt leurs émissions jusqu’aux entreprises de distribution comme les systèmes habituels de distribution par câble ou les systèmes de SRD pour qu’elles soient distribuées aux abonnés. Pour acheminer la programmation vers les entreprises de distribution, les exploitants de services payants et spécialisés emploient des fibres optiques ou des câbles coaxiaux (qui n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion), ou des liaisons par satellite stationnaire ou des liaisons hertziennes (pour lesquelles des droits de licence distincts sont versés à Industrie Canada aux fins de la transmission sur ces fréquences du spectre) (exposé conjoint des faits, paragraphes 96, 98 et 99; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[135] Les entreprises habituelles de distribution par câble transmettent leurs émissions au moyen d’une combinaison de fibres optiques et de câbles coaxiaux et n’utilisent pas du tout le spectre de la radiodiffusion dans la partie de leurs installations fixes de distribution qui est reliée directement aux abonnés (exposé conjoint

20, 2006).

[136] DTH undertakings distribute programs *via* satellite signals provided by a satellite operator, such as Telesat Canada. Such systems use “fixed-satellite” or “broadcasting-satellite” electromagnetic spectrum that is licensed to the satellite operator and not to the DTH licensees. Where microwave links or satellite links are employed for program collection by the DTH undertaking, separate licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those systems, so the “privilege” of utilizing spectrum is already paid for (agreed statement of facts, paragraphs 103, 104 and 107; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[137] Most network programs are delivered *via* fixed satellite or microwave links; however optical fibre cables and dedicated coaxial cables may also be employed. The latter two delivery means do not employ electromagnetic spectrum. Where microwave links or fixed satellite links, which do not utilize broadcasting spectrum, are employed for program delivery, spectrum licence fees are paid to Industry Canada by the licensees of those technical systems (agreed statement of facts, paragraph 113; evidence of Wayne Stacey, November 20, 2006).

[138] The Crown’s attempt to justify Part II licence fees as being for the “privilege” of utilizing broadcasting spectrum accordingly does not even apply in most instances, and, based on current trends, the rationale becomes even more strained. The Court heard evidence from Mr. Traversy that “a fairly high percentage” of households receive their television through broadcasting distribution undertakings rather than through “over the air” reception through the use of broadcasting spectrum. Mr. Traversy also testified that in future years revenues from specialty and pay services (who do not use

des faits, paragraphe 100; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[136] Les entreprises de SRD distribuent leurs émissions au moyen de signaux transmis par satellite fournis par un exploitant de service par satellite comme Télésat Canada. De tels systèmes utilisent un spectre électromagnétique de « satellite stationnaire » ou de « satellite de radiodiffusion » qui fait l’objet d’une licence accordée à l’exploitant du service par satellite et non aux titulaires de licences de services de SRD. Lorsque des liaisons hertziennes ou des liaisons par satellite stationnaire sont employées pour la réception des émissions par l’entreprise de SRD, des droits de licence distincts sont versés à Industrie Canada par les titulaires de licences de ces systèmes, de sorte que l’on a déjà payé pour le « privilège » se rattachant à l’utilisation du spectre (exposé conjoint des faits, paragraphes 103, 104 et 107; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[137] La plupart des émissions de réseau sont distribuées au moyen de liaisons par satellite stationnaire ou de liaisons hertziennes; toutefois, des câbles à fibres optiques et des câbles coaxiaux dédiés peuvent également être employés. Ces deux derniers moyens de distribution n’emploient pas le spectre électromagnétique. Lorsque des liaisons hertziennes ou des liaisons par satellite stationnaire, qui n’utilisent pas le spectre de la radiodiffusion, sont employées pour la distribution des émissions, les droits de licence du spectre sont versés à Industrie Canada par les titulaires de licences de ces systèmes techniques (exposé conjoint des faits, paragraphe 113; témoignage de Wayne Stacey, 20 novembre 2006).

[138] La tentative que la Couronne a faite pour justifier les droits de licence de la partie II en tant que « privilège » permettant l’utilisation du spectre de la radiodiffusion ne s’applique donc même pas dans la plupart des cas et, compte tenu des tendances actuelles, la justification est encore moins vraisemblable. La Cour a entendu le témoignage de M. Traversy, selon lequel [TRADUCTION] « un pourcentage relativement élevé » des ménages reçoivent leurs émissions de télévision par l’entremise d’entreprises de distribution plutôt que par ondes grâce à l’utilisation du spectre de la radiodiffu-

broadcasting spectrum to transmit their signals) are likely to surpass that of private conventional television (who do use broadcasting spectrum to transmit their signals). Accordingly, the second element of the Crown's "threefold rationale" is equally untenable (evidence of John Traversy, November 21, 2006, at pages 517-518; Exhibit P-5, Canadian Press article dated June 29, 2005).

[139] In any event, there is no evidence as to the value of this alleged privilege or how 1.365% of gross revenues represents the "fair return" rationale which the Crown asserts.

(3) Not a payment for the "privilege" of broadcasting for commercial benefit

[140] In spite of the suggestion by the Crown that Part II licence fees represent a charge for the privilege of broadcasting for commercial benefit, it is clear that many broadcasters carry on business for commercial benefit without being required to pay Part II licence fees. There is once again no reasonable connection between Part II licence fees and the alleged "privilege" of broadcasting for commercial benefit:

(a) The old fee regime required that each licensee pay a minimum licence fee, plus a percentage of revenues which exceeded applicable exemption levels. However, the Regulations eliminated a basic licence fee for all undertakings, and now only undertakings with revenues in excess of the specified exemption file a licence fee return and pay the applicable licence fee amount. As a result, over 2,000 broadcasters' undertakings were not required to pay licence fees for the "privilege" of operating for commercial benefit.

M. Traversy a également témoigné qu'à l'avenir, les revenus des services spécialisés et payants (qui n'utilisent pas le spectre de la radiodiffusion pour transmettre leurs signaux) seront probablement supérieurs à ceux des chaînes de télévision privées classiques (qui utilisent le spectre de la radiodiffusion pour transmettre leurs signaux). Par conséquent, le deuxième des « trois objectifs » de la Couronne ne saurait lui non plus tenir (témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, aux pages 517 et 518; pièce P-5, article de la Presse canadienne en date du 29 juin 2005).

[139] Quoi qu'il en soit, il n'existe aucun élément de preuve au sujet de la valeur de ce présumé privilège ou de la façon dont 1,365 p. 100 des revenus bruts représente le « rendement équitable » invoqué par la Couronne.

3) Il ne s'agit pas d'un paiement associé au « privilège » se rattachant à la radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux

[140] Malgré la prétention de la Couronne selon laquelle les droits de licence de la partie II représentent une redevance qui est versée pour le privilège se rattachant à la radiodiffusion en raison de ses avantages commerciaux, il est clair que de nombreux radiodiffuseurs exploitent leur entreprise à des fins commerciales sans être tenus d'acquitter les droits de licence de la partie II. Ici encore, il n'existe aucun lien raisonnable entre les droits de licence de la partie II et le présumé « privilège » se rattachant à la radiodiffusion à des fins commerciales :

a) Selon l'ancien régime de droits, chaque titulaire de licence était tenu de verser un droit de licence minimal, plus un pourcentage des recettes en sus de la franchise applicable. Toutefois, le Règlement a éliminé le droit de licence de base pour toutes les entreprises, et à l'heure actuelle, seules les entreprises dont les recettes sont en sus de la franchise précisée déposent un rapport sur les droits de licence et paient le montant applicable au titre des droits de licence. Par conséquent, plus de 2 000 entreprises de radiodiffusion n'étaient pas tenues d'acquitter les droits de licence afin d'avoir le « privilège » d'exercer leurs activités à des fins commerciales.

(b) As a result of Public Notice CRTC 2001-121 [Exemption order respecting cable systems having fewer than 2,000 subscribers, 7 December 2001], the CRTC revoked the licence requirement for over 1,300 broadcasting distribution undertakings who had fewer than 2,000 subscribers, such that they are no longer required to pay Part II licence fees. Similarly, Broadcasting Public Notice CRTC 2004-39 [Exemption order respecting cable broadcasting distribution undertakings that serve between 2,000 and 6,000 subscribers; and Amendment to the *Broadcasting Distribution Regulations*, 14 June 2004] exempted cable broadcasting distribution undertakings that serve between 2,000 and 6,000 subscribers, with numerous other undertakings now able to carry on business for commercial benefit without being obliged to pay Part II licence fees. Many of these undertakings would have otherwise had to pay Part II fees.

(Exhibit A, Tab 13 (Public Notice CRTC 1996-149, pages 2-3); Exhibit A, Tab 15 (Public Notice CRTC 1997-32, page 2); Exhibit A, Tab 12 (Public Notice CRTC 2001-121 and Broadcasting Public Notice CRTC 2004-39); Exhibit P-4 (letter from Jim Stefanik (CRTC) dated October 3, 2003); evidence of John Traversy, November 21, 2006).

[141] Furthermore, there is no mention in the Regulations, or any other document prepared before the Regulations were enacted, of an intent to impose a fee for the “privilege” of holding a broadcasting licence (Exhibit C, Tab 22).

[142] When Part II licence fees were introduced, neither the CRTC nor any other department or agency, had conducted any studies, either to determine what the market value of the “privilege” of holding a broadcasting licence might be, or what the “privilege” of using broadcasting spectrum might be (Exhibit C, Tab 5).

[143] In 1997, the Treasury Board’s *Cost Recovery and Charging Policy* stated that:

b) Par suite de l’avis public CRTC 2001-121 [Ordonnance d’exemption pour les entreprises de câblodistribution de moins de 2 000 abonnés], le CRTC a révoqué l’obligation de détenir une licence pour plus de 1 300 entreprises de distribution de radiodiffusion qui comptaient moins de 2 000 abonnés, de sorte que celles-ci ne sont plus tenues d’acquitter les droits de licence de la partie II. De même, l’avis public de radiodiffusion CRTC 2004-39 [Ordonnance d’exemption des entreprises de distribution de radiodiffusion par câble desservant entre 2 000 et 6 000 abonnés et modification au *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*] exemptait les entreprises de distribution de radiodiffusion par câble qui desservent de 2 000 à 6 000 abonnés, de nombreuses autres entreprises pouvant maintenant exercer leurs activités à des fins commerciales sans être obligées d’acquitter les droits de licence de la partie II. Un grand nombre de ces entreprises auraient par ailleurs été tenues d’acquitter les droits de la partie II.

(Pièce A, onglet 13 (Avis public CRTC 1996-149, pages 2 et 3); pièce A, onglet 15 (Avis public CRTC 1997-32; page 2); pièce A, onglet 12 (Avis public CRTC 2001-121 et Avis public de radiodiffusion CRTC 2004-39); pièce P-4 (lettre de Jim Stefanik (CRTC) en date du 3 octobre 2003); témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006.)

[141] En outre, ni le Règlement ni quelque autre document préparé avant que le Règlement ait été édicté ne font mention de l’intention d’imposer un droit pour le « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion (pièce C, onglet 22).

[142] Lorsque les droits de licence de la partie II ont été établis, ni le CRTC ni quelque autre ministère ou organisme gouvernemental n’avaient effectué d’études, que ce soit en vue de déterminer la valeur marchande du « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion ou en vue de déterminer ce que pourrait être le « privilège » lié à l’utilisation du spectre de la radiodiffusion (pièce C, onglet 5).

[143] En 1997, la *Politique sur le recouvrement des coûts et la tarification* du Conseil du Trésor prévoyait ce qui suit :

Charging . . . cannot be used simply as a means of generating revenue to meet the funding requirements of a department or agency. There must be a relationship between the fee charged and the cost of the good or service, or the value of the privilege provided to clients.

...

Before attempting to establish a price, it is important to be aware of the full cost of providing services. Only in that context, can one determine the appropriate price to be charged. In the case of rights and privileges, pricing based on market value is often a more appropriate approach. . . . When there is a mix of public and private benefits, fees should be lower than full cost.

[144] As late as in its response to the request to admit dated March 24, 2005, the Crown admitted that no reviews of the relationship between the Part II licence fee revenues and the value that may be attributed by broadcasters for that licence exist.

[145] It was not until March 11, 2005 (well after the present action was commenced in December 2003) that, in response to the commitment made to the Committee of Canadian Heritage, that the Department of Canadian Heritage issued a “Request for Proposals” in an attempt to “determine the different methodologies that could be used to assess the economic value of broadcasting licences held for commercial benefit” (Exhibit C, Tab 15 and Tabs I and J).

(4) There is no evidence of value

[146] The Crown states that Part II licence fees represent a “fair return” for the alleged value of the “privilege.” However, the concept of a “fair return” assumes the Crown has quantified that value and assessed it is reasonable. When the Regulations were enacted, there were no studies upon which the CRTC based the imposition of a 1.365% charge upon gross revenues, so it is clear that the Crown cannot demonstrate that the CRTC assessed the charge in order to establish a reasonable nexus between the Part II licence fees and the value of the alleged privilege. Even as late as 2006, the government is still trying to determine what the value of this “privilege” might be.

[. . .] la perception de frais d’utilisation ne doit pas simplement servir à générer des revenus pour répondre aux besoins en financement d’un ministère ou d’un organisme gouvernemental. Les frais doivent refléter le coût du bien ou du service ou la valeur du privilège conféré.

[. . .]

Avant d’établir le prix du service, on doit déterminer le coût total de prestation du service. C’est le seul moyen de déterminer le prix convenable. Quand [*sic*] aux droits et privilèges, la facturation au taux du marché est souvent la méthode la plus appropriée [. . .] Lorsqu’un service confère à la fois des bénéfices publics et privés, les frais devraient être inférieurs au coût total.

[144] Même au moment où elle a déposé sa réponse à la demande d’aveux, le 24 mars 2005, la Couronne a admis qu’aucun examen du rapport existant entre les revenus tirés des droits de licence de la partie II et la valeur que les radiodiffuseurs pouvaient attribuer à une licence n’avait été effectué.

[145] Ce n’est que le 11 mars 2005 (bien après que la présente action eut été intentée, au mois de décembre 2003), en réponse à l’engagement qui avait été pris envers le Comité du patrimoine canadien, que le ministère du Patrimoine canadien a lancé une « Demande de propositions » en vue de tenter de « déterminer les différentes méthodes que l’on pourrait utiliser pour établir la valeur économique des licences de radiodiffusion détenues à des fins commerciales » (pièce C, onglet 15 et onglets I et J).

4) Il n’existe aucune preuve de la valeur

[146] La Couronne affirme que les droits de licence de la partie II représentent un « rendement équitable » de la présumée valeur du « privilège ». Toutefois, la notion de « rendement équitable » donne à entendre que la Couronne a mesuré cette valeur et qu’elle a conclu que cette valeur est raisonnable. Lorsque le Règlement a été édicté, il n’y avait pas d’études sur lesquelles le CRTC pouvait fonder l’imposition d’une redevance de 1,365 p. 100 sur les revenus bruts, de sorte qu’il est clair que la Couronne ne peut pas démontrer que le CRTC a imposé le prélèvement afin d’établir un rapport raisonnable entre les droits de licence de la partie II et la valeur du présumé privilège. Même en 2006, le

[147] The Crown's expert witnesses did not provide a quantifiable value of the privilege which would assist the Court in determining whether there is a reasonable nexus between this value and the amounts collected as Part II licence fees. Mr. Lyman made this clear:

One thing that I must say at the outset is that we at no place calculated an explicit value of the Licences. The task was to determine whether they had value, rather than to quantify that value.

There are some quantifications which are useful to point out and demonstrate, but we are not pretending to have done a calculation of the total value of any set of Licences.

(Evidence of Peter Lyman, November 22, 2006, at page 612, lines 15-23.)

Q. I take it, then, that you are not opining today that 1.365 per cent of gross revenues is a fair return for the value of that Broadcasting Licence.

A. As I said, our Report addressed matters of the economic value of holding a Licence and the benefits derived from within.

(Evidence of Peter Lyman, November 22, 2006 at page 682, lines 6-12.)

[148] In fact, counsel for the Crown made the following statement:

MR. COUTO: The submissions that were done in the Opening Statement, and here, is that we say that we can charge for something that has value.

JUSTICE SHORE: Indeed.

MR. COUTO: The debate before you is not whether the rate of 1.365 is an accurate one.

That is where the quantification, in my submission, becomes important: Is 1.365 the right one, given the value that these Licences have?

gouvernement essaie encore de déterminer quelle pourrait être la valeur de ce « privilège ».

[147] Les témoins experts de la Couronne n'ont pas soumis de valeur mesurable du privilège susceptible d'aider la Cour à décider s'il y a un rapport raisonnable entre cette valeur et les montants recouvrés au titre des droits de licence de la partie II. C'est ce que M. Lyman a clairement déclaré :

[TRADUCTION] Je dois dire au départ que nous n'avons jamais établi la valeur explicite des licences. Il s'agissait de déterminer si les licences avaient une valeur, plutôt que de mesurer cette valeur.

Il est utile de signaler et de démontrer certaines mesures, mais nous ne prétendons pas avoir calculé la valeur totale d'un ensemble donné de licences.

(Témoignage de Peter Lyman, 22 novembre 2006, à la page 612, lignes 15 à 23.)

[TRADUCTION]

Q. Je crois donc comprendre que vous n'exprimez pas aujourd'hui l'opinion selon laquelle ce pourcentage de 1,365 p. 100 des revenus bruts est un rendement équitable pour la valeur de cette licence de radiodiffusion.

R. Comme je l'ai dit, notre rapport traitait de la question de la valeur économique d'une licence et des avantages y afférents.

(Témoignage de Peter Lyman, 22 novembre 2006, à la page 682, lignes 6 à 12.)

[148] De fait, l'avocat de la Couronne a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

M^c COUTO : Selon les observations que nous avons faites dans notre exposé initial et ici, nous pouvons exiger un montant donné pour quelque chose qui a de la valeur.

LE JUGE SHORE : En effet.

M^c COUTO : Il ne s'agit pas ici de savoir si le taux de 1,365 p. 100 est exact.

Selon moi, c'est là que la mesure acquiert de l'importance. Le taux de 1,365 p. 100 est-il le bon, compte tenu de la valeur de ces licences?

But that has not been the issue. The issue that you have before you is: Is this a tax?

(Evidence of Peter Lyman, November 22, 2006, at page 638, lines 9-19.)

[149] In contrast to the Crown's vague assertions about the value of the "privilege" of holding a broadcasting licence, the Court was provided with extensive evidence that any such "privilege" has already been paid for by a broadcaster in numerous ways apart from Part II licence fees. For example, the CRTC may impose conditions of licence on a broadcasting undertaking:

(a) to broadcast a minimum amount of Canadian content;

(b) to make contributions to funds for the production of Canadian content; and

(c) to make contributions to funds for other projects.

(Evidence of John Traversy, November 21, 2006.)

[150] The Crown's witness Mr. Traversy acknowledged that such commitments will cause a broadcasting programming undertaking to incur a cost. He stated that:

Canadian drama programming is very expensive to produce, and traditionally it has been a genre of programming that has been unable to recover its costs within the Canadian Broadcasting system.

(Evidence of John Traversy, November 21, 2006, at page 521, lines 15-18.)

[151] The Court also heard testimony from Mr. Traversy that the CRTC examines applications for licences with respect to how the proposed licensee would fulfil the objectives of the *Broadcasting Act*. The application procedure is often a "competitive process." The CRTC considers the Canadian content conditions being put forward, what contributions a proposed licensee would put forward in developing Canadian talent, what they will do to serve the local community,

Mais telle n'était pas la question. La question qui se pose ici est de savoir s'il s'agit d'une taxe.

(Témoignage de Peter Lyman, 22 novembre 2006, à la page 638, lignes 9 à 19.)

[149] Par opposition aux vagues assertions que la Couronne a faites au sujet de la valeur du « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion, une preuve abondante a été soumise à la Cour indiquant que pareil « privilège » avait déjà été payé par un radiodiffuseur, et ce, de bien des façons, indépendamment des droits de licence de la partie II. Ainsi, le CRTC peut assortir la licence de conditions, l'entreprise de radiodiffusion s'engageant :

a) à radiodiffuser un contenu canadien minimal;

b) à contribuer aux fonds pour la production d'un contenu canadien;

c) à contribuer aux fonds associés à d'autres projets.

(Témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006.)

[150] M. Traversy, témoin de la Couronne, a reconnu que de tels engagements occasionneront des frais à l'entreprise de programmation. Voici ce qu'il a déclaré :

[TRADUCTION] La production d'émissions dramatiques canadiennes coûte fort cher et, par le passé, les émissions de ce genre n'ont pas permis le recouvrement des coûts y afférents dans le système canadien de radiodiffusion.

(Témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006, page 521, lignes 15 à 18.)

[151] La Cour a également entendu le témoignage de M. Traversy, selon lequel le CRTC examine les demandes de licences afin de déterminer la façon dont le titulaire éventuel atteindra les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*. La procédure de demande est souvent un « processus concurrentiel ». Le CRTC tient compte des conditions avancées quant au contenu canadien, des contributions que le titulaire éventuel ferait aux fins du développement d'artistes canadiens, de ce qu'il ferait

and what initiatives there will be to ensure that there is a newscast and provide relevant information. The CRTC will also look at the profitability of an undertaking, the market situation of the station, and economic potential of a licensee when assessing what percentage of Canadian programming requirements to impose by way of conditions of licence (evidence of John Traversy, November 21, 2006).

(5) The economic rent argument

[152] The Crown's assertion, through its expert Mr. Dustin Chodorowicz, is that Part II fees are a way for the Crown to extract economic rent for the "privilege" of holding a broadcasting licence and/or using broadcasting spectrum. However, it is not clear how this evidence establishes that the fees are not a tax.

[153] Mr. Chodorowicz, acknowledged that economic rent attributable to a "privilege" is often extracted by governments through taxes (evidence of Dustin Chodorowicz, November 22 and 23, 2006).

[154] The Crown urges the Court to look to other jurisdictions, but the evidence is that other countries like New Zealand and Australia recover economic rent associated with a broadcasting licence by way of a tax (evidence of Dustin Chodorowicz, November 22-23, 2006).

[155] The plaintiffs' expert, Dr. Gerry Wall, testified that it would be difficult to establish a quantifiable value for a broadcasting licence (evidence of Gerry Wall, November 24, 2006, page 1046, lines 23-26, page 1047, lines 1-12).

[156] Dr. Wall also testified that the CRTC actually extracts much of the value that might be attributed to a licence through other means (Exhibit P-12, paragraphs 12-29, expert report of Gerry Wall).

pour servir la communauté locale et des initiatives qui seront prises pour faire en sorte qu'il y ait un bulletin de nouvelles et que de l'information pertinente soit présentée. Le CRTC examine également la rentabilité de l'entreprise, la situation du poste sur le marché et le potentiel économique du titulaire lorsqu'il décide du pourcentage à imposer, au moyen des conditions fixées dans la licence, en ce qui concerne les exigences en matière de programmation canadienne (témoignage de John Traversy, 21 novembre 2006).

5) L'argument concernant le loyer économique

[152] Selon l'assertion que la Couronne a faite au moyen de son expert, M. Dustin Chodorowicz, les droits de la partie II sont une façon pour elle d'obtenir un loyer économique pour le « privilège » se rattachant à une licence de radiodiffusion ou à l'utilisation du spectre de la radiodiffusion. Toutefois, on ne sait pas trop comment cette preuve établit que les droits ne sont pas une taxe.

[153] M. Chodorowicz a reconnu que l'État obtient souvent le loyer économique attribuable à un « privilège » au moyen de taxes (témoignage de Dustin Chodorowicz, 22 et 23 novembre 2006).

[154] La Couronne demande avec instance à la Cour d'examiner ce qui se passe dans d'autres ressorts, mais la preuve montre que d'autres pays comme la Nouvelle-Zélande et l'Australie recouvrent au moyen d'une taxe le loyer économique associé à une licence de radiodiffusion (témoignage de Dustin Chodorowicz, 22 et 23 novembre 2006).

[155] L'expert des demandeurs, M. Gerry Wall, a témoigné qu'il serait difficile d'établir une valeur mesurable pour une licence de radiodiffusion (témoignage de Gerry Wall, 24 novembre 2006, page 1046, lignes 23 à 26, page 1047, lignes 1 à 12).

[156] M. Wall a également témoigné que le CRTC obtient en réalité une bonne partie de la valeur qui pourrait être attribuée à une licence par d'autres moyen (pièce P-12, paragraphes 12 à 29, rapport d'expert de Gerry Wall).

(6) The Broadcasting Act does not authorize CRTC to charge for a “privilege”

[157] In any event, the CRTC has not been authorized by the *Broadcasting Act* to impose a fee for a privilege or to extract economic rent.

[158] Section 11 of the *Broadcasting Act* does not contain any language that would allow the CRTC to charge for a privilege. Characterizing Part II licence fees as being a charge for products, rights or privilege, would also result in section 11 of the Regulations being *ultra vires* the authority granted to the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act* to charge regulatory fees.

[159] The statutory provision considered by the Federal Court of Appeal in *620 Connaught*, above, (section 24 of the *Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31) provided that Parks Canada may fix fees in respect of “products, rights or privileges.” As is evident from the statutory provision at issue in *620 Connaught* as well as numerous other statutes, when Parliament intends to provide authority to collect a fee in respect of a privilege, it does so. For example: *Canadian Food Inspection Agency Act*, S.C. 1997, c. 6, section 25; *Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, section 7; *Department of Social Development Act*, S.C. 2005, c. 35, section 20; *Department of Industry Act*, S.C. 1995, c. 1, section 19; *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, section 48.

The Crown’s Reliance on *La Presse* is Misplaced

[160] The Crown relies heavily on the Supreme Court of Canada’s decision in *La Presse*.

[161] It is predominantly featured in its argument and counsel for the defendant has stated that the present case “was conclusively decided by the Supreme Court of Canada forty years ago in the *La Presse* case” (transcript of November 21, 2006, page 396, line 7)

6) La Loi sur la radiodiffusion n’autorise pas le CRTC à exiger certaines sommes pour un « privilège »

[157] Quoi qu’il en soit, la *Loi sur la radiodiffusion* n’autorise pas le CRTC à imposer un droit pour un privilège ou à obtenir un loyer économique.

[158] L’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne renferme rien qui permette au CRTC d’exiger un montant donné pour un privilège. Si l’on qualifiait les droits de licence de la partie II de redevances pour la fourniture de produits, ou pour l’attribution de droits ou d’avantages, l’article 11 du Règlement serait également *ultra vires* de l’article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, lorsqu’il s’agit d’exiger des droits de réglementation.

[159] La disposition légale que la Cour d’appel fédérale examinait dans l’arrêt *620 Connaught*, précité (l’article 24 de la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31), prévoyait que Parcs Canada pouvait fixer le prix à payer « pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages ». Comme le montre bien la disposition légale en cause dans l’arrêt *620 Connaught* ainsi que de nombreuses autres lois, lorsque le législateur entend conférer le pouvoir de recouvrer un droit à l’égard d’un privilège, il le fait. Mentionnons par exemple la *Loi sur l’Agence canadienne d’inspection des aliments*, L.C. 1997, ch. 6, article 25; la *Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, art. 7; la *Loi sur le ministère du Développement social*, L.C. 2005, ch. 35, article 20; la *Loi sur le ministère de l’Industrie*, L.C. 1995, ch. 1, article 19; la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, article 48.

La Couronne n’a pas raison de se fonder sur l’arrêt *La Presse*

[160] La Couronne se fonde fortement sur l’arrêt *La Presse*, de la Cour suprême du Canada.

[161] Cet arrêt figure d’une façon prédominante dans l’argumentation de la Couronne et l’avocat de la défenderesse a déclaré que la présente instance [TRADUCTION] « a été tranchée d’une façon concluante par la Cour suprême du Canada il y a quarante ans dans l’arrêt *La Presse* » (transcription du 21 novembre 2006, page 396, ligne 7).

[162] The defendant has misread *La Presse* with regard to the Courts' interpretation of the facts and the legislation in place at the time.

(a) The Reasonable Nexus Requirement is Recognized in *La Presse*

[163] First, it must be noted that *La Presse* essentially deals with an objection to the retroactive effect of an Order in Council. However, to the extent that the case did deal with the characterization of a charge, the majority of the Supreme Court of Canada articulated the following [at page 74]:

The learned trial judge held to be unfounded respondents contentions that s. 5 of the Radio Regulations as enacted by the Order in Council was invalid because (1) it imposed a tax and not a licence fee and (2) was unjust and discriminatory. I am in agreement with that view and have little to add to what the learned trial judge has said on these two points.

[164] The Exchequer Court's view, shared by the Supreme Court of Canada, was that the regulatory body in that case [at page 1340 of 63 DTC] "require[d] a substantial income in order to provide the proper carrying out of its multiple tasks, an income which must increase at the same rate as the increasing necessities of operation." There was a specific finding in *La Presse* by the Exchequer Court of Canada that the costs of regulating broadcasting at that time were increasing and that the revenues generated by the licensing fees were reasonable when compared to those costs. As found by the trial Judge [at page 1340 of 63 DITC] "the total cost of administration, control, supervision, assistance, protection, licensing, etc. of all radio transmitting stations and units under the jurisdiction of the Department of Transport" for the relevant years was:

1956-1957	\$1,683,185
1957-1958	\$2,061,772
1958-1959	\$2,235,236
1959-1960	\$2,403,875
1960-1961	\$2,731,534

[162] La défenderesse a mal interprété l'arrêt *La Presse* en ce qui concerne la façon dont la Cour a interprété les faits et la législation qui était alors en vigueur.

a) L'exigence relative à l'existence d'un rapport raisonnable est reconnue dans l'arrêt *La Presse*

[163] Premièrement, il faut noter que l'arrêt *La Presse* porte essentiellement sur une objection soulevée à l'encontre de l'effet rétroactif d'un décret. Toutefois, dans la mesure où cet arrêt portait sur la qualification d'une redevance, la majorité de la Cour suprême du Canada a dit ce qui suit [à la page 74] :

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a jugé non fondées les prétentions de l'intimée selon lesquelles l'article 5 du Règlement sur la radio tel qu'il a été édicté par le décret n'était pas valide parce que 1) il imposait une taxe et non un droit de licence, 2) il était injuste et discriminatoire. Je souscris à cet avis et je n'ai pas grand-chose à ajouter aux remarques que le juge de première instance a faites sur ces deux points.

[164] Selon l'avis exprimé par la Cour de l'Échiquier, que la Cour suprême du Canada partageait, l'organisme de réglementation dans cette affaire-là [à la page 636] « requ[érait] des revenus substantiels afin de subvenir à la bonne expédition de ses tâches multiples, revenus qui [devaient] s'accroître au rythme même de l'augmentation des nécessités de l'exploitation ». Dans la décision *La Presse*, la Cour de l'Échiquier du Canada a expressément conclu [à la page 636] que les coûts de réglementation de la radiodiffusion allaient en augmentant à ce moment-là et que les revenus générés par les droits de licence étaient raisonnables par rapport à ces coûts. Comme le juge du procès l'a conclu, [TRADUCTION] « le coût total d'administration, de régie [à la page 636], de supervision, d'assistance, de protection, d'octroi de licences, etc., de tous les postes et installations émetteurs relevant du ministère des Transports » pour les années pertinentes était le suivant :

1956-1957	1,683,185 \$
1957-1958	2,061,772 \$
1958-1959	2,235,236 \$
1959-1960	2,403,875 \$
1960-1961	2,731,534 \$

[165] What the Exchequer Court was effectively saying is succinctly summarized in the headnote of the decision at page 628 of the [1964] Ex. C.R.:

[TRANSLATION] To distinguish between a licence fee and a tax it is necessary to inquire whether the government's charge for the privilege of operating a business does not exceed the direct costs of the licence and of monitoring and reviewing the business and has no other purpose than meeting these costs; in such case, it is a licence fee and not a tax. The reverse would be true in the opposite situation.

[166] The Exchequer Court in *La Presse* was looking for nexus between the charge and the costs of the regulated activity and the Supreme Court of Canada agreed with Justice Jacques Dumoulin with regard to his tax-versus-fee analysis.

[167] Hence, the reasoning in *La Presse* with regard to the characterization of a charge is precisely the reasoning the plaintiffs are asking this Court to apply. Part II licence fees are not intended to cover the costs of regulating the broadcast system. The amounts collected as Part II licence fees grossly exceed the cost of that regulatory scheme. The sums collected are deposited in the CRF and are intended to raise revenue for general public purpose. Had these factors been present in 1967, *La Presse* would have been decided very differently.

(b) Inconsistent Legislative Regime

[168] Not only was *La Presse* rendered under a regulatory regime that did not include the specific allocation of moneys to a self-contained system such as sums collected as Part I licence fees, but the English and French versions of the regulation at issue were inconsistent. This has served to further confuse the issue.

[169] Paragraph 3(1)(a) of the *Radio Act*, R.S.C. 1952, c. 233, empowered the Governor in Council to

[165] Les remarques que la Cour de l'Échiquier a faites sont brièvement résumées dans le sommaire de la décision, à la page 628 :

Pour distinguer une licence d'avec une taxe il faut s'enquérir si le prix exigé par l'État pour le privilège d'exploiter une entreprise n'excède pas et a pour objet seulement de rencontrer le coût actuel de la licence ainsi que de la surveillance et du contrôle de cette entreprise, auquel cas il s'agirait d'une licence et non d'une taxe. Dans le cas contraire, ce serait l'inverse.

[166] Dans la décision *La Presse*, la Cour de l'Échiquier cherchait à établir un rapport entre le prélèvement et les coûts de l'activité faisant l'objet de réglementation; la Cour suprême du Canada était d'accord avec M. le juge Jacques Dumoulin en ce qui concerne l'analyse que celui-ci avait effectuée en comparant une taxe à un droit.

[167] Par conséquent, le raisonnement qui a été fait dans la décision *La Presse*, en ce qui concerne la qualification d'un prélèvement, est précisément le raisonnement que les demanderesse voudraient que la Cour applique. Les droits de licence de la partie II ne visent pas à permettre de couvrir les coûts de réglementation du système de radiodiffusion. Les montants recouverts au titre des droits de licence de la partie II sont de beaucoup supérieurs au coût de ce régime de réglementation. Les sommes recouvrées sont déposées dans le Trésor et visent à permettre de percevoir un revenu à des fins générales d'intérêt public. Si ces facteurs avaient été présents en 1967, l'affaire *La Presse* aurait été tranchée d'une façon fort différente.

b) Régime législatif incompatible

[168] La décision *La Presse* se rapportait à un régime de réglementation qui ne comprenait pas l'allocation précise de certaines sommes à un système autonome, telles que les sommes recouvrées au titre des droits de licence de la partie I; de plus, les versions française et anglaise du règlement en question étaient incompatibles, ce qui a jeté encore plus de confusion sur la question en litige.

[169] L'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur la radio*, S.R.C. 1952, ch. 233, autorisait le gouverneur en conseil à

prescribe a tariff of fees to be paid for licences for private commercial radio broadcasting stations. In October 1960, an Order in Council was adopted amending the *General Radio Regulations, Part 1* [SOR/58-46] then in effect and replacing section 5 thereof with a new section 5 [SOR/60-495, s. 1]. It is appropriate to reproduce the relevant legislation examined in *La Presse*.

Radio Act, R.S.C. 1952, c. 233, section 3:

3. (1) The Governor in Council may

(a) prescribe the tariff of fees to be paid for licences. . . .

General Radio Regulations, Part I, section 5:

5. (1) . . .

(2) Subject to this section, the licence fee for a Private Commercial Broadcasting Station for each licence year is payable on or before the commencement of the licence year.

(3) Subject to this section, the licence fee for a Private Commercial Broadcasting Station for each licence year shall be based upon the gross revenue. . . .

[170] The Exchequer Court's decision was written in French. With respect, the legislation in this case is ambiguous at best. It simply cannot be said that the present case "was conclusively decided by the Supreme Court of Canada forty years ago in the *La Presse* case."

Crown's reliance on *620 Connaught* is misplaced

[171] The Crown relies on *620 Connaught*, above, in support of its arguments.

[172] During its opening statement, the Crown cited Justice Evans stating "that the unique benefit enjoyed by the fee payer establishes the connection to the regulatory scheme." Counsel added "[a]nd that is exactly the situation we have here." Therefore, a second proposition for which the Crown has cited *620 Connaught* is that licence holders may be charged a fee because they benefit from the privilege of holding a broadcasting licence (opening statement of crown counsel, Vol. 2,

prescrire un tarif de droits à payer pour les licences accordées aux chaînes commerciales privées de radiodiffusion. Au mois d'octobre 1960, un décret a été adopté en vue de modifier le *Règlement général sur la radio, Partie I* [DORS/58-46] qui était alors en vigueur et de remplacer l'article 5 par un nouvel article 5 [DORS/60-495, art. 1]. Il convient de reproduire les dispositions légales pertinentes qui ont été examinées dans l'arrêt *La Presse*.

Loi sur la radio, S.R.C. 1952, ch. 233, article 3 :

3. (1) Le gouverneur en conseil peut

(a) prescrire le tarif des droits à payer pour les licences [. . .]

Règlement général sur la radio, Partie I, article 5 :

5. (1) [. . .]

(2) Sous réserve des dispositions du présent article, la taxe de licence afférente à une station commerciale privée de radiodiffusion pour chaque année de licence [. . .]

(3) Sous réserve des dispositions du présent article, la taxe de licence afférente à une station commerciale privée de radiodiffusion pour chaque année de licence [. . .]

[170] La décision de la Cour de l'Échiquier était rédigée en français. Avec égards, la législation en l'espèce est au mieux ambiguë. On ne peut tout simplement pas dire que la présente affaire [TRADUCTION] « a été tranchée d'une façon concluante par la Cour suprême du Canada il y a quarante ans dans l'arrêt *La Presse* ».

La Couronne n'a pas raison de se fonder sur l'arrêt *620 Connaught*

[171] La Couronne se fonde sur l'arrêt *620 Connaught*, précité, à l'appui de ses arguments.

[172] Dans son exposé initial, la Couronne a cité le juge Evans en disant que [TRADUCTION] « l'avantage unique dont jouit celui qui paie le droit établit le lien avec le régime de réglementation ». L'avocat a ajouté que [TRADUCTION] « telle [était] exactement la situation dans ce cas-ci ». Par conséquent, selon une seconde thèse à l'égard de laquelle la Couronne a cité l'arrêt *620 Connaught*, les titulaires de licences peuvent se voir imposer des droits parce qu'ils profitent du privilège se

page 410, line 17).

[173] That is not the proposition which *620 Connaught* stands for.

The intention of *620 Connaught*

[174] The essence of *620 Connaught*, above, at paragraphs 35, 66 and 67, is that where a regulatory body is given the legislative authority to charge for a privilege, the benefit derived from the regulated commercial activity may enter into the equation to establish a nexus between the fee and the regulatory scheme.

[175] *620 Connaught* does not stand for the proposition that one may charge for a privilege simply when commercial benefit is present. Rather, the *620 Connaught* case creates a bridge between the charge and the benefit when the legislation provides that a fee may be charged for a privilege.

Authority to charge for a privilege in Canada

[176] In Canada, the authority for a government entity to charge for a privilege stems from the legislation. It must be explicitly bestowed by Parliament, as it was in the *620 Connaught* case where the *Parks Canada Agency Act*, provided for the fixing of licence fees as follows:

24. The Minister may, subject to any regulations that the Treasury Board may make for the purposes of this section, fix the fees or the manner of calculating fees in respect of products, rights or privileges provided by the Agency.

[177] In addition, as pointed out above, the fees charged in this case went directly back to the Jasper Park budget.

Reference to the *Mount Cook* case

[178] As a supplementary reference in support of the same argument—benefit authorizes a charge for a

rattachant à une licence de radiodiffusion (exposé initial de l’avocat de la Couronne, volume 2, page 410, ligne 17).

[173] Telle n’est pas la thèse qui était en cause dans l’arrêt *620 Connaught*.

L’intention visée dans l’arrêt *620 Connaught*

[174] L’arrêt *620 Connaught*, précité, aux paragraphes 35, 66 et 67, dit essentiellement que lorsqu’un organisme de réglementation est autorisé par la loi à exiger un montant donné pour un privilège, l’avantage tiré de l’activité commerciale réglementée peut entrer en ligne de compte afin d’établir un rapport entre le droit et le régime de réglementation.

[175] L’arrêt *620 Connaught* n’étaye pas la thèse selon laquelle il est possible d’exiger un montant donné pour un privilège simplement lorsqu’un avantage commercial est présent. Il établit plutôt la liaison entre le prélèvement et l’avantage lorsque la loi prévoit qu’un droit peut être exigé pour un privilège.

Le pouvoir d’exiger un montant pour un privilège au Canada

[176] Au Canada, le pouvoir d’une entité gouvernementale d’exiger un montant pour un privilège découle de la loi. Ce pouvoir doit être expressément conféré par le législateur, comme c’était le cas dans l’affaire *620 Connaught*, où la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, conférait comme suit le pouvoir de fixer le prix à payer :

24. Le ministre peut, sous réserve des règlements éventuellement pris par le Conseil du Trésor, fixer le prix—ou le mode de calcul du prix— à payer pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages par l’Agence.

[177] De plus, comme il en a ci-dessus été fait mention, les droits exigés dans ce cas-là étaient directement affectés au budget du parc Jasper.

Mention de l’arrêt *Mount Cook*

[178] À titre de référence supplémentaire à l’appui du même argument—à savoir que l’avantage autorise

privilege—the Crown has cited the *Mount Cook* case, above. However, the Crown has failed to mention that the fee levied in that case stayed within the system to which it adhered. Justice North in *Mount Cook*, at page 487, expressly referred to the closed system of the regime when he wrote:

I see no reason at all then, why the Board should not charge a licence fee for this privilege which will return to it a profit to add to its general revenue.

[179] Furthermore, a large basis for the ruling in *Mount Cook*, above, was that the Court was of the view that the Board was “entitled to charge a reasonable fee.” In the present case, the Crown has not quantified what a reasonable fee would be.

- (2) If they are taxes, the CAB plaintiffs seek a declaration for the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations. Are they entitled to these moneys?

The current legislation—the *Broadcasting Act* and its Significance

[180] Of particular importance in the present case are the following provisions of the Act.

- (a) subsection 2(1), which sets out definitions;
- (b) section 3, which articulates Canada’s broadcasting policy, setting out the objectives of the regulatory scheme and establishing that the broadcasting system is a single integrated system; and
- (c) section 11, which:
- i. explicitly specifies that the fees may be calculated by reference to any criteria that the CRTC deems appropriate, including the revenues of the licensees, and
 - ii. does not (in contrast to other similar legislation) specify that the fees are limited to the costs of any service.

l'imposition d'une redevance pour un privilège—la Couronne a cité l'arrêt *Mount Cook*, précité. Toutefois, elle n'a pas mentionné que le droit prélevé dans cette affaire restait dans le système auquel il se rattachait. Dans l'arrêt *Mount Cook*, le juge North a expressément fait mention, à la page 487, du système fermé du régime, lorsqu'il a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Je ne vois absolument pas pourquoi le Conseil ne devrait pas exiger des droits de licence pour ce privilège, qui lui permettront de réaliser un profit à ajouter à ses recettes générales.

[179] En outre, l'arrêt *Mount Cook*, précité, était largement fondé sur ce que la cour était d'avis que le Conseil avait [TRADUCTION] « le droit d'exiger des frais raisonnables ». Or, en l'espèce, la Couronne n'a pas fixé ce que seraient des frais raisonnables.

- 2) S'il s'agit de taxes, les demanderesse membres de l'ACR sollicitent un jugement déclaratoire portant que les sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement doivent leur être remises. Il s'agit de savoir si elles ont droit à ces sommes.

La législation actuelle—La *Loi sur la radiodiffusion* et son importance

[180] Les dispositions suivantes de la Loi sont particulièrement importantes en l'espèce :

- a) le paragraphe 2(1), qui renferme les définitions;
- b) l'article 3, qui énonce la politique canadienne de radiodiffusion, indique les objectifs du régime de réglementation et établit que le système de radiodiffusion forme un système unique intégré;
- c) l'article 11, qui :
- i) prévoit expressément que les droits peuvent être calculés en fonction de certains critères que le CRTC juge indiqués, notamment les revenus des titulaires de licences;
 - ii. ne précise pas (contrairement à d'autres dispositions légales similaires) que les droits sont limités aux coûts de tout service fourni.

Canada's broadcasting policy

[181] In the 20 paragraphs of subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*, Parliament has established an important, comprehensive, complex, and ambitious "broadcasting policy for Canada".

[182] In the very first paragraph, Parliament has declared that "the Canadian broadcasting system shall be effectively owned and controlled by Canadians." In the second paragraph, Parliament has established that the Canadian broadcasting system "makes use of radio frequencies that are public property" and that it provides "a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty."

[183] Remaining provisions of subsection 3(1) establish a number of significant and unique objectives for Canada's broadcasting system. (Indeed, the legislative record shows that for many decades, Canada's broadcasting policy has been directed to the public interest, with an emphasis on the Canadian identity.) For example, the Canadian broadcasting system should: (a) "safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada"; (b) reflect "Canadian attitudes, opinions, ideas, values and artistic creativity"; and (c) "serve the needs and interests, and reflect the circumstances and aspirations, of Canadian men, women and children."

[184] The Supreme Court of Canada has recently summarized Canada's comprehensive broadcasting policy. Writing for the full Court in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, Justice Frank Iacobucci stated as follows, at paragraph 47:

Canada's broadcasting policy has a number of distinguishing features, and evinces a decidedly cultural orientation. It declares that the radio frequencies in Canada are public property, that Canadian ownership and control of the broadcasting system should be a base premise, and that the programming offered through the broadcasting system is "a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty".

La politique canadienne de radiodiffusion

[181] Dans les 20 alinéas figurant au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le Parlement a établi une « politique canadienne de radiodiffusion » qui est importante, exhaustive, complexe et ambitieuse.

[182] Au premier alinéa, le Parlement déclare que « le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle ». Au deuxième alinéa, le Parlement établit que le système canadien de radiodiffusion « utilise des fréquences qui sont du domaine public » et offre « un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle ».

[183] Les autres dispositions du paragraphe 3(1) établissent un certain nombre d'objectifs importants et uniques en leur genre pour le système canadien de radiodiffusion. (De fait, le dossier législatif montre que, depuis de nombreuses décennies, la politique canadienne de radiodiffusion est axée sur l'intérêt public et met l'accent sur l'identité canadienne.) Ainsi, le système canadien de radiodiffusion doit : a) « sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada »; b) traduire « des attitudes, des opinions, des idées, des valeurs et une créativité artistique canadiennes »; c) « répondre aux besoins et aux intérêts, et refléter la condition et les aspirations, des hommes, des femmes et des enfants canadiens ».

[184] La Cour suprême du Canada a récemment résumé l'exhaustive politique canadienne de radiodiffusion. Le juge Frank Iacobucci, qui rédigeait les motifs au nom de la Cour dans la décision *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, a dit ce qui suit, au paragraphe 47 :

La politique canadienne de radiodiffusion possède un certain nombre de caractéristiques propres et elle établit une orientation incontestablement axée sur la culture. Il y est déclaré qu'au Canada les radiofréquences sont du domaine public, qu'il est fondamental que le système de radiodiffusion soit la propriété des Canadiens et sous leur contrôle et que la programmation offerte par le système de radiodiffusion est « un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle ».

A single regulatory scheme, under a single authority

[185] That the broadcasting system is one single integrated system, governed under a single regulatory scheme, is established in subsection 3(2).

3. (1) . . .

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

[186] In the context of this provision, the Supreme Court of Canada has firmly recognized that Canada's broadcasting system, even where legislation other than the *Broadcasting Act* is tied in, is governed under a single regulatory scheme. Again in *Bell ExpressVu*, Justice Iacobucci stated at paragraph 46:

. . . I agree with the following passage from the judgment of LeGrandeur Prov. Ct. J. in *Knibb*, *supra*, at paras. 38-39, which was adopted by Gibson J. in the Federal Court, Trial Division decision in *Norsat*, *supra*, at para. 35:

The *Broadcasting Act* and the *Radiocommunication Act* must be seen as operating together as part of a single regulatory scheme.

[187] In that regard, the provisions of section 2 emphasize that the broadcasting system is fully integrated. They plainly show, in the various definitions, that broadcasters who do not use the radio frequency spectrum, such as cable-TV companies, are just as much a part of the broadcasting system as are over-the-air broadcasters. For example, "broadcasting" means "any transmission of programs, whether or not encrypted, by radio waves or other means of telecommunication". (See also the definitions of "broadcasting undertaking", "distribution undertaking", "programming undertaking", and "other means of telecommunication".)

Un système de réglementation unique, assujéti à une seule autorité

[185] Le fait que le système de radiodiffusion constitue un système unique intégré régi par un seul régime de réglementation est établi au paragraphe 3(2) :

3. (1) [. . .]

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

[186] Dans le contexte de cette disposition, la Cour suprême du Canada a fermement reconnu que le système canadien de radiodiffusion, même lorsqu'une loi autre que la *Loi sur la radiodiffusion* est en cause, est régi par un seul régime de réglementation. Encore une fois, dans l'arrêt *Bell ExpressVu*, le juge Iacobucci a dit ce qui suit, au paragraphe 46 :

[. . .] je souscris aux propos suivants du juge LeGrandeur de la Cour provinciale de l'Alberta dans l'affaire *Knibb*, précitée, par. 38-39, qu'a fait siens le juge Gibson de la Section de première instance de la Cour fédérale dans *Norsat*, précité, par. 35 :

[TRADUCTION] La *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur la radiocommunication* doivent être considérées comme fonctionnant dans le cadre d'un seul régime réglementaire.

[187] À cet égard, les dispositions de l'article 2 mettent l'accent sur le fait que le système de radiodiffusion est pleinement intégré. Ces dispositions montrent clairement, dans les diverses définitions, que les radiodiffuseurs qui n'utilisent pas le spectre des fréquences radiophoniques, comme les entreprises de distribution par câble, font tout aussi partie intégrante du système de radiodiffusion que les entreprises de radiodiffusion. Ainsi, la « radiodiffusion » s'entend de la « [t]ransmission, à l'aide d'ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d'émissions encodées ou non ». (Voir également les définitions suivantes : « entreprise de radiodiffusion », « entreprise de distribution », « entreprise de programmation » et « moyen de télécommunication ».)

[188] The manner in which these statutory provisions work together—particularly in the context of the issuance of broadcasting licences—and the proper attitude of the Court toward them, was recently summarized by the Federal Court of Appeal in *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, [2006] 2 F.C.R. 199. For the full Court, Justice Gilles Létourneau wrote as follows, at paragraphs 29-32:

In the first place, the power to issue, revoke or renew a licence has been expressly and exclusively given by Parliament to the CRTC, the only independent public authority to which Parliament has entrusted the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system: see subsection 3(2) of the Act. We cannot appropriate that power to ourselves.

Secondly, the exercise of this jurisdiction requires expertise and a knowledge of the communications environment and programming and broadcasting policies that this Court does not possess. In *Canadian Broadcasting Corp. v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266, this Court notes in paragraph 6 that an application for a licence, which is tantamount to an application for renewal, “involves economic and cultural policy considerations which come within the CRTC’s expertise and for which the agency has discretion.”

Thirdly, this exercise must take into account the public interest, which is reflected in the numerous objectives of the Act and of Canadian broadcasting policy. Again, the definition of the public interest and the protection that Parliament wishes to give to it necessitate specialized knowledge in the area of communications and broadcasting policy. In this regard, the Court writes at paragraph 5 of the *Canadian Broadcasting Corp.* case:

. . . the Act (s. 3) identifies about forty sometimes conflicting objectives which must guide the CRTC in exercising its powers. This leads to a polycentric adjudication process, involving numerous participants with opposing interests, with a view to implementing the broadcasting policy set out in the Act.

Fourthly, the renewal or refusal to renew a licence is the end result of the exercise of a discretionary power. The legal rule in such matters is unequivocal: the Court does not have the power to substitute its own discretion for that of the authority whose decision is being reviewed. I will return later and in greater detail to the legal standard of review of a discretionary decision.

[188] La façon dont ces dispositions légales s’appliquent ensemble—en particulier dans le contexte de la délivrance de licences de radiodiffusion—et l’attitude appropriée de la Cour à leur égard ont récemment été résumées par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, [2006] 2 R.C.F. 199. Au nom de l’ensemble de la Cour, le juge Gilles Létourneau a dit ce qui suit, aux paragraphes 29 à 32 :

Tout d’abord, la compétence d’octroyer, de révoquer ou de renouveler une licence a été expressément et exclusivement confiée par le législateur au CRTC qui est le seul organisme public autonome à qui le Parlement a confié la réglementation et la surveillance du système canadien de la radiodiffusion : voir le paragraphe 3(2) de la Loi. Nous ne pouvons nous l’approprier.

Deuxièmement, l’exercice de cette compétence fait appel à une expertise ainsi qu’à une connaissance du milieu des communications, des politiques de programmation et de diffusion que la Cour ne possède pas. Dans l’affaire *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.*, [1999] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL), cette Cour rappelle au paragraphe 6 qu’une demande d’attribution d’une licence, laquelle s’apparente à une demande de renouvellement, « met en cause des éléments de politique économique et culturelle qui relèvent de l’expertise du CRTC et à l’égard desquels l’organisme possède une discrétion ».

Troisièmement, cet exercice doit prendre en compte l’intérêt public qui est reflété dans les nombreux objectifs de la Loi et de la politique de radiodiffusion canadienne. Encore là, la définition de l’intérêt public et la protection que le législateur veut lui accorder nécessitent des connaissances particularisées du domaine des communications et de la politique de la radiodiffusion. À cet égard, la Cour écrit au paragraphe 5 de l’affaire *Société Radio-Canada* :

[. . .] la Loi (art. 3) identifie une quarantaine d’objectifs, parfois conflictuels qui doivent guider l’exercice par le CRTC de ses pouvoirs. Il en découle un processus d’adjudication polycentrique impliquant une multitude d’intervenants aux intérêts opposés, lequel processus vise l’implantation des politiques de radiodiffusion définies par la Loi.

Quatrièmement, le renouvellement ou le refus de renouveler une licence sont la résultante de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. La règle de droit en semblable matière est sans équivoque : la Cour n’a pas le pouvoir de substituer sa propre discrétion à celle de l’organisme qui fait l’objet d’une révision. Je reviendrai plus loin et plus en détail sur la norme légale de contrôle d’une décision discrétionnaire.

Presumption of validity—declaration of invalidity as a Condition Precedent

[189] A distinction must be drawn between declaring an Act to be invalid and determining the practical and legal consequences arising therefrom (*Air Canada*, above, at pages 1195-1209).

[190] This action must be considered having regard to its context. What is at issue here, as it was in the *Air Canada* case, is far different from any individual private dispute. Indeed, the context in which these challenges arise does not find its equivalent in private law. What is required in this case is a balancing between one group of taxpayers and another. As a matter of precedent, the revenues of the Crown are protected from retroactive and uncertain depletion (*Air Canada*, above).

[191] The application of purely restitutionary principles alone—a private law concept—has, so far, no place in broad, social and policy-oriented matters involving the *vires* of legislation as in the case at bar involving a regulation made by the CRTC, with Treasury Board Approval (*Air Canada*, above, at pages 1201 and 1203; *Broadcasting Act*, section 11).

[192] Money paid to Her Majesty the Queen in accordance with legislation later found to be invalid is not recoverable by a fee-payer. Unless and until a court declares a relevant legislative scheme to be invalid, its effect remains in force.

[193] The rationale for this may be found in a more generic discussion of the operation of a judgment in relation to the judicial review of administrative action. This topic was discussed most recently in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.), at paragraph 19, where the Court stressed the importance of maintaining the lawful effect of law, albeit in a damages action, unless and until impugned actions under the law are declared invalid:

In short, a decision of a federal agency, such as the one by the institutional head in this case, retains its legal force and authority, and remains juridically operative and legally effective as long as it has not been invalidated.

Présomption de validité—Déclaration d'invalidité comme condition préalable

[189] Il faut faire une distinction entre une déclaration selon laquelle une loi n'est pas valide et la détermination des conséquences juridiques et pratiques en découlant (*Air Canada*, précité, aux pages 1195 à 1209).

[190] La présente action doit être considérée dans son contexte. Ce qui est ici en litige, comme dans l'affaire *Air Canada*, est fort différent de tout litige individuel privé. De fait, le contexte dans lequel ces contestations ont lieu n'a pas d'équivalent en droit privé. En l'espèce, il faut établir l'équilibre entre un groupe de contribuables et un autre. Selon la jurisprudence, les revenus de la Couronne sont protégés contre leur épuisement rétroactif incertain (*Air Canada*, précité).

[191] L'application de principes qui relèvent uniquement de la restitution—une notion de droit privé—n'a jusqu'à maintenant pas de place lorsque des questions sociales et politiques générales mettent en cause la validité d'une loi telle que celle qui est ici en cause, comportant un règlement pris par le CRTC avec l'approbation du Conseil du Trésor (*Air Canada*, précité, aux pages 1201 et 1203; *Loi sur la radiodiffusion*, article 11).

[192] Celui qui paie certains frais à Sa Majesté la Reine conformément à une loi qui est par la suite jugée invalide ne peut pas recouvrer les sommes versées. Tant que la cour ne déclare pas que le régime légal pertinent est invalide, ce régime continue à s'appliquer.

[193] Le fondement de cette thèse peut se trouver dans une discussion plus générique de l'application d'un jugement lors du contrôle judiciaire d'une mesure administrative. La question a été traitée le plus récemment dans l'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.), au paragraphe 19, où la Cour a souligné, quoique dans une action en dommages-intérêts, qu'il est important de maintenir l'effet légitime d'une loi, à moins que les mesures contestées en vertu de la loi ne soient déclarées invalides :

En somme, une décision d'un organisme fédéral, comme celle en l'espèce du directeur, conserve sa force et son autorité légales, demeure juridiquement opérante et produit des effets légaux tant qu'elle n'a pas été invalidée.

[194] The application of the principles underlying the *Grenier*-type issue was recently discussed in the learned article by John Lovell, “From Now On: Temporal Issues In Constitutional Adjudication” (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1, at pages 27-30; see also *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors.*, [2005] UKHL 41, at paragraphs 4-11, 39-40 and 124-125.

[195] In *Air Canada*, at pages 1206-1207, the Court clearly considered and accounted for the historical position regarding money paid under mistake of law—i.e., that it was not recoverable. This was because certainty in the protection of the treasury was a paramount consideration in avoiding “fiscal chaos.” This concept was reflected in the Court’s concern in *Air Canada*:

All in all, I have become persuaded that the rule should be against recovery of *ultra vires* taxes, at least in the case of unconstitutional statutes. . . .

This rule against the recovery of unconstitutional and *ultra vires* levies is an exceptional rule, and should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support it. Chief among these are the protection of the treasury, and a recognition of the reality that if the tax were refunded, modern government would be driven to the inefficient course of reimposing it either on the same, or on a new generation of taxpayers, to finance the operations of government.

(See also *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q.No. 756 (C.A.) (QL).)

[196] Further, in *Peel (Regional Municipality) v. Canada; Peel (Regional Municipality) v. Ontario* [1992] 3 S.C.R. 762, Chief Justice Antonio Lamer noted, in his concurring decision, that even restitutionary principles did not dictate the return of moneys paid before a scheme is adjudged invalid, at page 773:

Finally, Peel supported its claim for restitution as a constitutional remedy with the submission that:

[194] L’application des principes sous-tendant une question telle que celle qui se posait dans l’affaire *Grenier* a récemment été étudiée dans un article savant de John Lovell intitulé « From Now On : Temporal Issues In Constitutional Adjudication » (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 1, aux pages 27 à 30; voir également *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors.*, [2005] UKHL 41, aux paragraphes 4 à 11, 39 et 40 ainsi que 124 et 125.

[195] Dans l’arrêt *Air Canada*, aux pages 1206 et 1207, la Cour a clairement examiné la position prise par le passé au sujet de sommes versées par suite d’une erreur de droit, c’est-à-dire qu’elles n’étaient pas recouvrables, et ce, parce que la certitude, lorsqu’il s’agit de protéger le Trésor, était une considération primordiale si l’on voulait éviter le « chaos fiscal ». Cette idée se manifestait dans la préoccupation exprimée par la cour dans l’arrêt *Air Canada* :

Somme toute, je suis convaincu que la règle devrait interdire la restitution d’impôts invalides, du moins dans le cas de lois inconstitutionnelles [. . .]

La règle interdisant le remboursement d’impôts inconstitutionnels et *ultra vires* est une règle exceptionnelle et ne devrait pas s’interpréter d’une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elle repose. Ces valeurs sont principalement la protection du Trésor public et la reconnaissance du fait que, si l’impôt était remboursé, un gouvernement moderne se verrait dans la nécessité d’adopter le moyen inefficace qui consiste à l’imposer de nouveau, soit aux mêmes contribuables, soit à ceux d’une nouvelle génération, afin de financer les opérations gouvernementales.

(Voir également *Télébec ltée c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1999] J.Q. n° 756 (C.A.) (QL).)

[196] En outre, dans l’arrêt *Peel (Municipalité régionale) c. Canada; Peel (Municipalité régionale) c. Ontario*, [1992] 3 R.C.S. 762, le juge en chef Antonio Lamer a fait remarquer, dans ses motifs concourants, à la page 773, que même les principes de restitution ne dictaient pas la remise de sommes versées avant qu’un régime soit jugé invalide :

Enfin, Peel a avancé au soutien de sa demande de restitution à titre de redressement fondé sur la Constitution l’argument suivant :

Restitutionary recovery may be the only practical relief available to litigants faced with an invalid provision requiring payments to be made; denying that practical relief will discourage future litigants from testing the constitutionality of such provisions and will in effect immunize certain provisions from the possibility of constitutional challenge.

The answer may be made that the prospect of terminating the compelled payments should be sufficient incentive for future litigants in Peel's position. It certainly was for Peel when it brought the series of challenges culminating in *Peel v. MacKenzie*.

[197] Public considerations also play a role in denying the recovery of any money paid prior to a declaration that the fees are an *ultra vires* tax. The reasonable expectations of the parties, and more importantly, the Canadian taxpayer is that the burden of a mistake as to the viability of the intended legislative scheme not be simply shifted from one group of taxpayers to another (*Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, at paragraphs 54-61; see also Lovell, above, at page 41).

[198] This would not be an equitable distribution of the burden of the impugned fees in this matter. The better course would simply be to ensure that in regard to impugned struck provisions, in the future, no further fees be charged and collected thereby ensuring that neither the plaintiffs nor the taxpayer bear any burden. (See for example: Fridman, G.H.L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992, at pages 39-41 regarding "distributive Justice".)

Fair and full notice required

[199] In any event and in the alternative, the importance of maintaining legal certainty and avoiding fiscal chaos for government coffers clearly requires "notice" before a fund-raising scheme such as the one at bar may be put in jeopardy. Fair notice to the Crown of a direct challenge to government coffers is to ensure that the Crown, itself, does make contingency plans to deal

[TRADUCTION] Il se peut que la restitution soit l'unique redressement pratique qui s'offre aux demandeurs face à une disposition invalide exigeant que des paiements soient effectués. Leur refuser ce redressement pratique découragera de futurs demandeurs de contester la constitutionnalité de telles dispositions et aura pour effet de mettre certaines dispositions à l'abri d'une éventuelle contestation fondée sur la Constitution.

À quoi on peut répondre que la seule perspective de voir mettre fin aux paiements obligatoires devrait suffire pour encourager de futurs demandeurs dans la situation de Peel. Il en a certainement été ainsi dans le cas de Peel quand elle a engagé la suite de contestations qui ont abouti à l'arrêt *Peel c. MacKenzie*.

[197] Les considérations d'ordre public ont également un rôle lorsqu'il s'agit de refuser le recouvrement d'une somme versée avant qu'il soit déclaré que les droits en cause sont une taxe *ultra vires*. Les attentes raisonnables des parties, et ce qui est encore plus important, du contribuable canadien, veulent que le fardeau d'une erreur quant à la viabilité du régime légal envisagé ne passe pas simplement d'un groupe de contribuables à un autre (*Garland c. Consumer's Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, aux paragraphes 54 à 61; voir également Lovell, précité, à la page 41).

[198] Il n'y aurait pas alors de partage équitable du fardeau imposé par les droits contestés en l'espèce. Il serait préférable de s'assurer simplement qu'en ce qui concerne les dispositions contestées qui sont annulées, dans l'avenir, aucuns autres droits ne seront exigés et recouverts, de sorte que ni les demanderesse ni le contribuable n'assumeront un fardeau. (Voir, par exemple, Fridman, G.H.L. *Restitution*, 2^e éd., Scarborough, Ont. : Carswell, 1992, aux pages 39 à 41, en ce qui concerne la « justice distributive ».)

Il faut donner un avis équitable et complet

[199] Quoi qu'il en soit, et subsidiairement, le fait qu'il est important de maintenir la certitude juridique et d'éviter le chaos fiscal dans les finances de l'État exige clairement qu'un « avis » soit donné avant qu'un régime de financement tel que celui qui est ici en cause soit mis en danger. Un avis équitable donné à la Couronne au sujet d'une contestation touchant directement les

with possible future losses of money currently validly collected (*Garland*, above, at paragraphs 57-59; *Air Canada*, above, at pages 1203 and 1209; *Télébec*, above; Fridman, above, at pages 94-95 and 99).

Other bars to restitutionary recovery

[200] Additionally, if the plaintiffs are correct and the impugned provisions are *ultra vires*, they are still not entitled to a return of the money paid thereunder on the basis of common and civil law acceptable defences to any restitution claims.

[201] Recognizing the *de facto* doctrine, the point is that the money was paid under then valid and subsisting legislation (*Garland*, above, at paragraphs 38-47, 48-53 and 80-84).

Possible significant change to applicable law

[202] The Supreme Court of Canada recently heard (and took under reserve) *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Dept of Finance)* [The Supreme Court's judgment has since been rendered: [2007] 1 S.C.R. 3; a case on appeal from the New Brunswick Court of Appeal [(2005), 285 N.B.R. (2d) 201] which raises issues involving the circumstances when and if a party can recover fees paid under *ultra vires* legislation.

[203] The decision in *Kingstreet* will likely have a direct bearing upon this issue. Indeed, it may render one or both sides' arguments irrelevant. Currently, however, the New Brunswick Court of Appeal's decision is an anomaly to existing jurisprudence.

[204] In matters of such great importance as this case, courts have traditionally provided the Crown an opportunity to assess and react to the ramifications of a

finances de l'État vise à assurer que la Couronne elle-même élabore des plans d'urgence pour contrer les pertes futures possibles de sommes qui sont, à l'heure actuelle, validement recouvrées (*Garland*, précité, aux paragraphes 57 à 59; *Air Canada*, précité, aux pages 1203 et 1209; *Télébec*, précité; Fridman, précité, aux pages 94, 95 et 99).

Autres obstacles au recouvrement à titre de restitution

[200] De plus, si les demandereses ont raison et si les dispositions contestées sont *ultra vires*, les demandereses n'ont toujours pas droit à la remise des sommes versées en raison des moyens de défense acceptables existant en common law et en droit civil à l'encontre d'une demande de restitution.

[201] Le principe de la validité *de facto* étant reconnu, il reste que les sommes ont été versées en vertu d'une loi existante qui était alors valide (*Garland*, précité, aux paragraphes 38 à 47, 48 à 53 et 80 à 84).

Changement majeur possible apporté à la loi applicable

[202] La Cour suprême du Canada a récemment entendu l'affaire *Kingstreet Investments Ltée. c. Nouveau-Brunswick (Ministère des finances)*, [la Cour suprême a depuis lors rendu son jugement : [2007] 1 R.C.S. 3]; à la suite d'un appel d'une décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick [(2005), 285 R.N.-B. (2^e) 201. Il s'agissait de savoir dans quelles circonstances une partie peut recouvrer des droits versés en vertu d'une loi *ultra vires*. L'affaire est en délibéré [La Cour suprême a depuis lors rendu son jugement : (2007), 309 R.N.-B. (2^e) 255].

[203] La décision rendue dans l'affaire *Kingstreet* aura probablement une incidence directe sur la question. De fait, elle aura peut-être pour effet de rendre non pertinents les arguments d'une partie ou des deux parties. Toutefois, à l'heure actuelle, la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est une anomalie dans la jurisprudence existante.

[204] Dans des affaires aussi importantes que celle qui nous occupe ici, les tribunaux judiciaires ont habituellement donné à la Couronne la possibilité d'évaluer

decision striking down legislation where the effects would have a significant impact upon the Treasury or the rule of law. For example, in *Eurig*, above, the Supreme Court of Canada stated as follows, at paragraph 44:

An immediate declaration of invalidity would deprive the province of the revenue derived from probate fees, with no opportunity to remedy the legislation or find alternative sources of funding. Probate fees have a lengthy history in Ontario, and the revenue derived therefrom is substantial. For example, the evidence presented to this Court indicated that in 1993 and 1994, probate fees collected in Ontario totalled \$51.8 million and \$52.6 million, respectively. This revenue is used to defray the costs of court administration in the province. An immediate deprivation of this source of revenue would likely have harmful consequences for the administration of justice in the province. The declaration of invalidity is therefore suspended for a period of six months to enable the province to address the issue.

[205] The importance of the Court's need to consider suspending the effect of a wide-reaching and significant ruling as a matter of course was also discussed by the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paragraphs 110, 118-119:

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 700-701; *Vriend, supra*, at para. 148. The first principle was well expressed by Sopinka J. in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104:

In selecting an appropriate remedy under the *Charter* the primary concern of the court must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. This flows from the court's role as guardian of the rights and freedoms which are entrenched as part of the supreme law of Canada.

...

The above principles suggest, in my view, that the appropriate remedy is a declaration that the words "and is

les ramifications d'une décision annulant une disposition légale et de réagir lorsque ses effets auraient des répercussions importantes pour le Trésor ou pour la primauté du droit. Ainsi, dans l'arrêt *Eurig*, précité, la Cour suprême du Canada a dit ce qui suit, au paragraphe 44 :

Une déclaration immédiate d'invalidité priverait la province des recettes découlant des frais d'homologation, sans lui donner la possibilité de réformer la loi ou de trouver d'autres sources de financement. Les frais d'homologation ont une longue histoire en Ontario, et ils produisent des recettes considérables. À titre d'exemple, la preuve présentée à la Cour a indiqué que, en 1993 et en 1994, les frais d'homologation perçus en Ontario ont totalisé 51,8 millions de dollars et 52,6 millions de dollars respectivement. Ces recettes servent à couvrir les coûts d'administration des tribunaux dans la province. Le fait de supprimer sur-le-champ cette source de recettes aurait vraisemblablement des conséquences fâcheuses pour l'administration de la justice dans la province. La déclaration d'invalidité est par conséquent suspendue pendant une période de six mois, de façon à permettre à la province d'examiner la situation.

[205] Dans l'arrêt *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême du Canada a également discuté du fait qu'il est important pour la Cour d'envisager systématiquement de suspendre l'effet d'une décision importante à portée étendue, aux paragraphes 110, 118 et 119 :

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 700 et 701; *Vriend*, précité, au par. 148. Le juge Sopinka a bien exprimé le premier principe dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104 :

Dans le choix d'une réparation convenable en vertu de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. Voilà ce qui découle du rôle de la cour comme gardienne des droits et libertés consacrés dans la loi suprême du Canada.

[. . .]

À mon avis, les principes susmentionnés tendent à indiquer que la réparation convenable consiste à déclarer invalides les

ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) are invalid, and that the effect of this declaration of invalidity be suspended for 18 months. The suspension is longer than the period that would normally be allotted in order to give legislators the time necessary to carry out extensive consultations and respond to the needs of the different groups affected. It will also allow Parliament, if it wishes, to modify s. 77(2) at the same time, which contains the same residency requirement for bands whose councillors are elected in electoral sections, and which, given the values espoused in this decision, will also require revision to conform with s. 15(1). Severing the offending words from the rest of the statute will ensure that, should Parliament choose not to act, all non-residents will be included as voters under s. 77(1), but the nature of band governance and the requirements for voting will otherwise remain the same.

I recognize that suspending the effect of the declaration, combined with the extension of the suspension for such a long period is, in the words of the Chief Justice in *Schachter*, *supra*, at p. 716, “a serious matter from the point of view of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation”. However, this best embodies the principles of respect for *Charter* rights and respect for democracy that should guide remedial considerations. Should Parliament decide to change the scheme, it will have an extended period of time in which to consult with those affected by the legislation and balance the affected interests in a manner that respects Aboriginal rights and all band members’ equality interests. Should Parliament not change the scheme, off-reserve band members will gain voting rights within the existing scheme.

(See also *Kingstreet* [N.B.C.A.], above, at paragraph 32.)

[206] The courts have in this type of context been willing to suspend the effect of an adverse order for a period of at least six months. The suspension is provided as a matter of knowledge of the potential effects upon government and the resources of the Crown and not as a result of any formal motion for a stay of such an order (*Eurig*, above; *Corbiere*, above; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, at paragraphs 32-34).

mots « et réside ordinairement sur la réserve » au par. 77(1) et à suspendre pour 18 mois l’effet de cette déclaration d’invalidité. Cette période de suspension des effets est plus longue que celle qui serait normalement accordée, ce afin de donner au législateur le temps nécessaire pour tenir de vastes consultations et répondre aux besoins des différents groupes touchés. Cette mesure permettra également au Parlement, s’il le désire, de modifier par la même occasion le par. 77(2) qui établit la même obligation de résidence dans le cadre des élections des bandes dont les conseillers sont élus par sections électorales, et qui, compte tenu des valeurs exprimées dans la présente décision, devra également être révisé pour assurer sa conformité avec le par. 15(1). La dissociation des mots attentatoires du reste de la loi permettra de faire en sorte que, au cas où le Parlement choisirait de ne pas agir, tous les non-résidents soient comptés parmi les électeurs pour l’application du par. 77(1), mais que la nature du régime d’administration des affaires des bandes et les conditions d’exercice du droit de vote restent par ailleurs inchangées.

Je reconnais que la suspension de la prise d’effet de la déclaration pour une période aussi longue constitue, suivant les termes utilisés par le Juge en chef dans l’arrêt *Schachter*, précité, à la p. 716, « une question sérieuse du point de vue de l’application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte* ». Toutefois, il s’agit de la réparation qui incarne le mieux le principe du respect des droits garantis par la *Charte* et celui du respect de la démocratie qui doivent guider le choix de la réparation. Si le Parlement décidait de modifier le régime, il disposerait d’un délai convenable pour consulter les personnes touchées par la loi et pour concilier les intérêts en cause d’une manière qui respecte les droits ancestraux ainsi que les droits à la dignité et à l’égalité des membres des bandes. Si le Parlement décidait de ne pas modifier le régime, les membres vivant hors réserve des bandes Indiennes obtiendraient alors le droit de voter dans le cadre du régime actuel.

(Voir également *Kingstreet* [C.A.N.-B.], précité, au paragraphe 32.)

[206] Dans ce genre de contexte, les tribunaux judiciaires ont été prêts à suspendre l’effet d’une ordonnance défavorable pour une période d’au moins six mois. La suspension est accordée parce qu’on reconnaît les effets possibles pour l’État et pour les ressources de la Couronne et non par suite d’une requête formelle visant la suspension d’une telle ordonnance (*Eurig*, précité; *Corbiere*, précité; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, aux paragraphes 32 à 34).

CONCLUSION

[207] Given the above, it would be unfair and unrealistic to expect the Crown to immediately consider, fully digest and react to the nuances and levels of reasoning that might be expected to accompany this decision in this matter at any time sooner than six months.

JUDGMENT

THIS COURT DECLARES that

(1) Part II licence fees prescribed by section 11 of the Regulations are a tax. Section 11 of the Regulations is *ultra vires* the authority conferred on the CRTC by section 11 of the *Broadcasting Act* to establish schedules of fees; this declaration in respect of the Part II licence fees prescribed by section 11 of the Regulations is suspended for a maximum of nine months (prior to the next November fee date) to allow the appropriate branch of government to react and to put into effect this first part of the judgment;

THIS COURT ORDERS that

(2) Corporate plaintiffs and the fee-paying members of the CAB are not entitled to the return of moneys paid pursuant to section 11 of the Regulations for the years described in the plaintiffs' pleadings;

(3) Plaintiffs' costs be paid on a solicitor-and-client basis.

Obiter

Recognizing democratic and constitutional principles, based on the separation of powers, it is for the appropriate branch of government, not the Court, to decide on an alternate policy, further to this judgment, by which to regulate on the matter; nor is it for this Court to bring the matter any further (or substitute itself)

CONCLUSION

[207] Compte tenu de ce qui précède, il serait inéquitable et peu réaliste de s'attendre à ce que la Couronne examine immédiatement et assimile pleinement, en moins de six mois, les nuances et les niveaux de raisonnement qui devraient accompagner la décision rendue dans la présente espèce, et à ce qu'elle réagisse dans ce laps de temps.

JUGEMENT

LA COUR DÉCLARE :

1) Les droits de licence de la partie II prescrits à l'article 11 du Règlement sont une taxe. L'article 11 du Règlement est *ultra vires* de l'article 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui confère au CRTC le pouvoir de fixer des tarifs de droits; l'application du présent jugement déclaratoire concernant les droits de licence de la partie II prescrits à l'article 11 du Règlement est suspendue pour une période d'au plus neuf mois (soit avant la prochaine date de prélèvement des droits, au mois de novembre) en vue de permettre à la branche concernée de l'État de réagir et de donner effet à la première partie du jugement;

LA COUR ORDONNE :

2) Les sociétés demanderesse et les membres de l'ACR qui acquittent des droits n'ont pas droit à la remise des sommes versées conformément à l'article 11 du Règlement pour les années mentionnées dans les actes de plaidoirie des demanderesse;

3) Les dépens des demanderesse doivent être payés sur la base avocat-client.

Obiter

Compte tenu des principes démocratiques et constitutionnels, fondés sur la séparation des pouvoirs, il appartient à la branche concernée de l'État et non à la Cour de décider d'une autre politique de réglementation, par suite du présent jugement; de plus, il n'appartient pas à la Cour de mener l'affaire plus loin quant à la

in respect of the issue of recovery; however, in addition, it would seem incumbent from a moral standpoint, if not, as decided by this Court, a legal one, that negotiations should begin with the parties to return what is feasibly, through discussions, equitably concluded. This *obiter* is in recognition of this decision and of where it is considered that the law presently stands as based on former Supreme Court of Canada judgments prior to a decision in *Kingstreet* which is awaited* from the Supreme Court of Canada further to its deliberation

In the final analysis, what precedent will be given to this and future generations? Thus, in regard to fees for services or when specified, the “privilege” of a service, what indication will be given as to how public coffers are filled? Under what alleged reasons and for what purposes are funds dispersed? What and where is the final accounting? Under the separation of powers, that is for each branch of government to answer for itself according to its jurisdiction. The respective answers or silences will resonate.

¹ The following are drawn from excerpts of reflections of members of the Supreme Court in a series of dialogues prepared for the *Toronto Star* by Ms. Claire Bernstein, May 20 and 22, 1990:

Q. Why are the law and the courts sometimes so slow to change?

Madam Justice Beverley McLachlin: “It’s a balance between a stable system and the need to change because society changes, new problems arise, and old ways of looking at things don’t always fit. But it’s a difficult act. . . a really difficult one. You need to have that balance. You need to have the flexibility to be able to let the law develop to fit new situations. You can’t keep the law in a strait-jacket. But on the other hand, you shouldn’t just be changing things for change’s sake, because permanence, stability, certainty, are just fundamental to the law. People need to know what the law is so that they can predicate their conduct and make their plans on the basis of what the law is. If the law is changing all the time, that’s going to be difficult.” The then, Mr. Chief Justice Brian Dickson: “No. We’re not here to develop popular results. We’re here to interpret the constitution

question du recouvrement (ou de se substituer à cette branche de l’État); toutefois, il semblerait de plus important au point de vue moral, sinon au point de vue juridique, comme en a décidé la présente cour, que des négociations soient entamées, afin que soit remis ce qui a été conclu, d’une façon réaliste et équitable, au moyen de discussions. Cette remarque incidente tient compte de la présente décision et du droit, tel que l’on considère qu’il existe à l’heure actuelle, compte tenu des jugements déjà rendus par la Cour suprême du Canada, avant que cette dernière fasse connaître sa décision* à la suite de la mise en délibéré de l’affaire *Kingstreet*¹.

En fin de compte, quel sera le précédent établi pour la présente génération et pour les générations à venir? En ce qui concerne les droits exigés pour des services, ou lorsque la chose est précisée, pour le « privilège » se rattachant à un service, quelle sera l’indication donnée au sujet de la façon de remplir les coffres publics? Pour quelles présumées raisons les fonds sont-ils recueillis et à quelles fins les fonds sont-ils consacrés? En quoi consiste la comptabilisation finale et où est-elle? Selon le principe de la séparation des pouvoirs, il appartient à chaque branche de l’État de répondre elle-même à ces questions dans les limites de sa compétence. Les réponses ou les silences respectifs auront un écho.

¹ Le texte qui suit est tiré de réflexions exprimées par des juges de la Cour suprême lors d’une série de dialogues préparés pour le *Toronto Star* par M^e Claire Bernstein, les 20 et 22 mai 1990 :

[TRADUCTION]

Q. Pourquoi la loi et les tribunaux tardent-ils parfois à évoluer?

Madame la juge Beverley McLachlin : « Il s’agit d’établir l’équilibre entre un système stable et la nécessité d’effectuer des changements à cause des changements survenus dans la société, des nouveaux problèmes qui se posent; les anciennes façons de voir les choses ne sont pas toujours appropriées. Mais il est difficile de le faire [. . .] c’est vraiment difficile. Il faut que cet équilibre existe. Il faut faire preuve de la souplesse nécessaire pour permettre au droit d’évoluer en vue de répondre aux nouvelles situations. On ne saurait tenir le droit dans une entrave. Mais, d’autre part, on ne devrait pas changer les choses simplement pour les changer, et ce, parce que la permanence, la stabilité, la certitude sont tout simplement fondamentales en droit. Les gens doivent savoir quelle est la loi, de façon à pouvoir orienter leur conduite et élaborer des plans

and apply our talents to come up with judgments the country can be proud of” Mr. Justice Antonio Lamer said: “but what we have to accept is that we have the right to be wrong. We’re doing our best, the best we can. If collectively, the nine of us, come down with something that might be considered as wrong by some people—or many people—maybe in the immediate future it is wrong. But it is right in the long term. Because, let’s not forget, there’s another problem. We have to think not only [*sic*] in terms of the immediate litigant but in terms of projecting the long-term effects of our decisions.”

compte tenu de ce qu’est la loi. Si la loi change tout le temps, il sera difficile de le faire. » Monsieur le juge Brian Dickson, qui était alors juge en chef : « Non. Nous ne sommes pas ici pour arriver à des résultats populaires. Nous sommes ici pour interpréter la constitution et appliquer nos talents au prononcé de jugements dont le pays peut être fier. » Monsieur le juge Antonio Lamer : « Mais il faut bien reconnaître que nous avons le droit de nous tromper. Nous faisons de notre mieux, du mieux possible. Si, collectivement, nous, les neuf juges, arrivons à un résultat que certaines gens—ou un grand nombre de gens—pourraient considérer comme mauvais, peut-être que dans l’avenir immédiat, cela est mauvais. Mais c’est bien dans un avenir éloigné. Il ne faut pas oublier qu’il existe un autre problème. Nous devons songer non seulement au plaideur immédiat, mais aussi prévoir les effets à long terme de nos décisions »

* Editors note: This decision has since been rendered; see paragraph 202.

* Note de l’arrêtiiste : Cette décision a depuis lors été rendue, voir ci-dessus.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ABORIGINAL PEOPLES

Judicial review of referendum conducted to ratify settlement agreement between First Nations, Government of Canada—Ratifications conducted in accordance with *Indian Referendum Regulations*, C.R.C., c. 957—Applicants contesting validity of referendum—Remedy provided for by Regulations, s. 22 (complaint to Minister) not adequate alternative remedy in case at bar—Judicial review more direct, clear challenge to referendum—Applicants not establishing any basis for concluding serious risk referendum not expressing will of voters or that potential voters effectively disenfranchised—Application dismissed.

KEY BAND FIRST NATION V. KEY BAND FIRST NATION (T-892-06, 2007 FC 581, Phelan J., judgment dated 1/6/07, 18 pp.)

ELECTIONS

Judicial review of declaration by Minister of Indian and Northern Affairs and of subsequent Order in Council—Applicants allegedly engaged in vote-buying during election process—RCMP conducting investigation in connection with June 13, 2005 election—Not advising applicants of investigation nor attempting to interview applicants during course thereof—Statutory scheme permitting Minister to conduct investigation without assistance of investigator designated under *Indian Band Elections Regulations*, C.R.C., c. 952, s. 13(2)—Applicants entitled to important level of procedural fairness, in light of finality of Minister's decision, importance of decision—Applicants' right to procedural fairness violated by Minister's failure to disclose results of investigation, to provide applicants with opportunity to respond—Application allowed.

ROSS V. CANADA (T-2049-06, 2007 FC 499, Blais J., judgment dated 11/5/07, 31 pp.)

TAXATION

Judicial review of decision by M.N.R.'s delegate dismissing third level fairness applications for reassessment under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(4.2)—Pursuant to that section, Minister having discretion to reassess tax liability beyond expiry of normal reassessment period—Issue whether wages earned by applicants, status Indians residing on reserve, from Mill not on reserve "situated on a reserve" so as to qualify for income tax exemption under *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87(1)(b)—Application of appropriate case law in each of taxation years (1988-1998) not pointing to *situs* of any of applicants' employment income being situated on a reserve—Applications dismissed.

WYSE V. M.N.R. (T-1799-05, T-1800-05, T-1801-05, T-1802-05, 2007 FC 535, Lemieux J., judgment dated 18/5/07, 37 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Appeal from Federal Court decision ([2007] 2 F.C.R. 578) dismissed—Certified question: does five-year period in *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 28 apply to periods prior to June 28, 2002, answered "Yes"—Certified question:

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

if so, does applying s. 28 retroactively breach *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Sch. B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7, answered “No”.

CHU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-363-06, 2007 FCA 205, Décary J.A., judgment dated 29/5/07, 2 pp.)

Application for stay of removal pending disposition of judicial review—Applicant, Grenadian, filed humanitarian and compassionate (H&C) application—That application based in large part on applicant’s establishment in Canada through businesses, family, community—Tri-partite test applied—Applicant raising serious issue as to best interests of nephews (loss of emotional, financial support)—Loss of applicant’s businesses; emotional, financial hardship to nephews, fiancée, sister if applicant removed constituting irreparable harm (i.e. harm neither curable nor compensable in damages)—Balance of convenience favouring applicant as established serious issue, irreparable harm—Due to unusual, exceptional circumstances, removal order deferred pending determination of H&C application—Application allowed.

NATOO V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-1341-07, 2007 FC 402, Shore J., judgment dated 17/4/07, 19 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Appeals from Federal Court’s dismissal ([2007] 1 F.C.R. 561) of judicial review of negative refugee decision by Immigration and Refugee Board (IRB)—Applicants voluntarily enlisting in U.S. military but developing objection to war in Iraq thereafter—Deserting military, claiming refugee status in Canada—Fundamental requirement in refugee law that before claiming protection abroad, claimants sought protection from home state but protection unavailable—Appellants not entitled to refugee status since not fulfilling first criterion—Therefore not necessary to answer certified question (re: whether evidence of illegality of military action relevant) since that question connected to second stage of analysis—Appeals dismissed.

HINZMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-182-06, A-185-06, 2007 FCA 171, Sexton J.A., judgment dated 30/4/07, 26 pp.)

HUMAN RIGHTS

Appeal from Federal Court decision (2006 FC 997) Canadian Human Rights Commission having jurisdiction to consider complaint (failure to accommodate during pregnancy) against House of Commons—Commission’s jurisdiction ousted by *Parliamentary Employment and Staff Relations Act* (PESRA), R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 33—S. 2 indicating PESRA applies where other federal legislation dealing with “matters similar” to those provided for under PESRA—Alleged human rights violation grievable under s. 62—As *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 complaint “matter similar” to grievance presented under s. 62, *prima facie* PESRA prevailing—Exceptions to “matters similar” test (systemic discrimination, collective agreement violating CHRA, whistle-blower) not applicable—As to substantive relief argument, final decision under PESRA process judicially reviewable.

DUPÉRÉ V. CANADA (HOUSE OF COMMONS) (A-394-06, 2007 FCA 180, Linden J.A., judgment dated 7/5/07, 10 pp.)

INCOME TAX**CORPORATIONS**

Appeal from Tax Court of Canada’s dismissal of claim for refundable tax credit (2006 TCC 80) on basis appellant not Canadian-controlled private corporation (CCPC) in 1999—Pursuant to *Income Tax Act*, s. 125(7)(b), shares owned by disqualifying shareholders (non-residents, certain public corporations) attributed to mythical “particular person”—Corporation not CCPC if that particular person controlling corporation at any time—(1) Class B shares controlled by “non-residents, public corporation” because owner (Bank of Montreal Capital Corporation (BMCC)) controlled by Bank of Montreal even though BMCC shares subject to Management Agreement between BMCC, other Canadian private corporation—Management Agreement not determinative of *de jure* control since not constating document, not attributing BMCC shares to private corporation—(2) Options to acquire common shares granted to resident, non-resident employees—Once within scope of s. 251(5)(b), right

INCOME TAX—Continued

assumed to be exercised—Since options assumed exercised, appellant controlled by non-resident, public shareholders, not CCPC—Appeal dismissed.

SEDONA NETWORKS CORP. V. CANADA (A-136-06, 2007 FCA 169, Malone J.A., judgment dated 30/4/07, 13 pp.)

INCOME CALCULATION

“Tax Shelter”—Appeal from Tax Court of Canada decision (2006 TCC 230) allowing respondent’s appeal against reassessments made under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 for 1998, 1999 taxation years—Respondent acquiring licence in 1998 to use Trafalgar Index Program (TIP licence)—Claiming deductions totalling \$50,000 as capital cost allowance in respect of acquisition cost of licence—Whether TIP licence constituted “tax shelter” as defined in Act, s. 237.1(1)—*Per* Ryer J.A.: Property not constituting tax shelter unless statements, representations of type contemplated by definition of “tax shelter” made in connection with property—All requirements of definition of “tax shelter” met, all TIP licences marketed by, on behalf of TCL Trafalgar, including TIP licence acquired by respondent, tax shelters—Tax shelter identification number should have been obtained before TIP licences sold—Appeal allowed, Evans J.A. concurring, but not limiting application of finding to where representations actually made.

CANADA V. BAXTER (A-212-06, 2007 FCA 172, Evans and Ryer JJ.A., judgment dated 30/4/07, 32 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision (2005 TCC 671) dismissing income tax appeal for 1998, 1999, 2000—Whether child support received in those years from former spouse taxable—Child support not taxable under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 56(1)(b) if receivable by appellant from former spouse under agreement, order on or after commencement day, before end of year in respect of period that began on, after commencement day—Child support subject to new regime only if payable under agreement, order with commencement day of May 1, 1997 or later—All child support payable under 1998 separation agreement, not 1994 interim order—Child support thus payable on, after May 1, 1998, subject to new regime, not taxable—Appeal allowed—*Per* Nadon J.A. (dissenting): Neither 1998 separation agreement nor 1999 judgment for divorce changing child support payable to appellant by former spouse under 1994 interim order—Payments remaining at \$1,000 per month for two children of marriage—No “commencement day” under s. 56.1(4).

HOLBROOK V. CANADA (A-565-05, 2007 FCA 145, Nadon and Sharlow JJ.A., judgment dated 11/4/07, 15 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada decision (2006 TCC 545) dismissing taxpayer’s income tax appeal for 2004—Tax Court Judge correctly concluding moving expense deductible under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 62(1) only when paid—Appeal dismissed.

ZADOR V. CANADA (A-412-06, 2007 FCA 175, Sharlow J.A., judgment dated 30/4/07, 2 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Tax Court of Canada’s dismissal of income tax appeals regarding assessments (2006) TCC 240, loss determinations—Appellant purchasing aircraft, railcars then leasing purchases out for long terms to operating company—Citibank Canada (CC), owner of appellant, financing appellant’s equipment leasing transactions—Appellant claiming capital cost allowance on leased equipment in income tax returns—Tax Court correctly finding appellant’s foreign exchange gains, losses arising from CC loans were capital gains, losses—However, appellant entitled to deduction in 1993 for part of 1991 non-capital loss without increasing 1989 deduction—*Income Tax Act*, s. 111(1)(a) giving taxpayer right to choose allocation of non-capital loss of particular year between period specified therein—Save for s. 111(3)(a)(i), 111(3)(b)(i), Minister not having right to impose particular allocation on taxpayer—Appeal allowed in part.

CCLI (1994) INC. V. CANADA (A-237-06, 2007 FCA 185, Sharlow J.A., judgment dated 14/5/07, 17 pp.)

PRACTICE

Judicial review of Minister of National Revenue’s reconsidered second denial of applicant’s application under *Income Tax Act*, s. 220(3.1) to have interest charges on father’s estate cancelled for relevant taxation years—Applicant’s deceased father incurring significant tax debt during lifetime consisting mostly of interest—When Minister receiving “fairness request” under

INCOME TAX—Concluded

Act, s. 220(3.1), appropriate frame of reference in analyzing request is circumstances of estate as taxpayer, not circumstances of estate's beneficiaries—At second level of review, Minister literally transposed first decision quashed by Federal Court into own decision—Similarity in content, wording, between decision, previous decision quashed by Federal Court disturbing—Applicant entitled to expect second decision reached with open mind, based on fresh assessment of case, merits—Second decision unreasonable—Application allowed.

DOBSON ESTATE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1559-05, 2007 FC 565, de Montigny J., order dated 29/5/07, 14 pp.)

REASSESSMENT

Appeals from Tax Court of Canada orders ([2006] 3 C.T.C. 2280) allowing respondent to amend reply to notice of appeal—Whether Minister having right, in absence of fraud, to amend reply after limitation period for reassessment expired—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(9) analysed—Conditions applicable when Minister relying on s. 152(9): Minister cannot include transactions not forming basis of reassessment; right of Minister to present alternative argument in support of assessment subject to s. 152(9)(a), (b), speaking to prejudice to taxpayer; Minister cannot use s. 152(9) to reassess outside time limitations in s. 152(4), or to collect tax exceeding amount in assessment under appeal—Proposed amended reply meeting conditions.

WALSH V. CANADA (A-118-06, A-119-06, 2007 FCA 222, Richard C.J., judgment dated 7/6/07, 6 pp.)

JUDGES AND COURTS

Request for Judge to recuse himself from hearing Attorney General's application (under *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.04) for protection of information found in documents expected to be disclosed to respondent—Request made after respondent filed notice of constitutional question with respect to validity of *Canada Evidence Act*, s. 38.11(2) (*ex parte* representations)—Request founded on Judge's role in development of *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 (which amended *Canada Evidence Act*, s. 38.11(2))—Review of applicable principles re: recusal—Judge's involvement in regard to development of *Anti-terrorism Act* clarified—No reasonable apprehension of bias—Nevertheless, s. 38 application, constitutional issue severed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. KHAWAJA (DES-2-06, 2007 FC 533, Mosley J., judgment dated 18/5/07, 24 pp.)

MARITIME LAW

Appeal, cross-appeal from Federal Court decision (T-2185-06, T-2142-06) striking out *in rem* portions of statement of claim; staying *in personam* portions of statement of claim—Federal Court erring in law with respect to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 43(2)—Relied on *Paramount Enterprises International, Inc. v. An Xin Jiang (The)*, [2001] 2 F.C. 551 (C.A.), but that case overturned by *Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. M/V Swift Fortune (The)*, 2007 SCC 13—Appellant not entitled to commence *in rem* proceedings under s. 22(2)(i)—Only claim asserted against Atlantic—Atlantic never owner of vessel—Moreover, Court's jurisdiction *in rem* only exercisable against ship where *in personam* liability on part of owner—*In personam* proceedings against Secunda, Pacific struck as no cause of action against them; stayed against Atlantic as required by *Commercial Arbitration Code*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, Sch., Art. 8—Proceedings not within Art. 9.

MARITIMA DE ECOLOGIA, S.A. DE C.V. V. MAERSK DEFENDER (THE) (A-599-06, 2007 FCA 194, Nadon J.A., judgment dated 18/5/07, 18 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Action for infringement of Canadian patent for vertical feed mixer to mix components of feed for livestock—Patent laid open for public inspection in 2001, issued in 2003—Defendants building, selling own brand of vertical feed mixer since 2001, redesigning mixer in 2005—Defendants' original design, but not re-designed mixer infringing patent—Damages calculated according to *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55(1) for period from grant of patent and according to s. 55(2) prior to grant of

PATENTS—Concluded

patent and after patent laid open for public inspection—General principles of damages reviewed, applied—Punitive damages not justified.

JAY-LOR INTERNATIONAL INC. V. PENTA FARM SYSTEMS LTD. (T-103-05, 2007 FC 358, Snider J., judgment dated 14/5/07, 118 pp.)

PRACTICE

Appeal from Federal Court decision (2006 FC 341) applying issue estoppel to preclude Pharmascience Inc. from relying on allegations in second notice of allegation (NOA) respecting Canadian patent owned by Abbott Laboratories—Whether generic drug manufacturers should be permitted to submit multiple NOAs in respect of patent, each one alleging patent invalid—Generics should in most circumstances be precluded by doctrine of issue estoppel from alleging for second time patent invalid, unless basis relied upon for subsequent allegation could not be determined with reasonable diligence at first instance—Specific grounds on which second person wishes to demonstrate invalidity not constituting separate issues for purposes of issue estoppel—Multiple NOAs from same generic relating to particular pharmaceutical, alleging invalidity of particular patent will generally not be permitted, even if different grounds for establishing invalidity put forward in each—Preconditions of operation of issue estoppel made out—Appeal dismissed.

ABBOTT LABORATORIES V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-151-06, 2007 FCA 140, Sexton J.A., judgment dated 5/4/07, 28 pp.)

Motion for interlocutory injunction restraining defendant from manufacturing, constructing, importing, exporting, selling, offering for sale or using defendant's ciprofloxacin intravenous formulation, or any other intravenous formulation of ciprofloxacin, on basis activities allegedly infringe Canadian Patent No. 1282006—Patent expiring on March 26, 2008—Test for whether entitled to interlocutory injunction established by S.C.C. in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—Defendant conceding serious issue to be tried—Evidence of irreparable harm must be clear, not speculative—Any permanent loss of market share on part of Bayer that may result from defendant's early entry into market not amounting to irreparable harm—Loss of time-limited monopoly readily compensable through award of damages—Motion dismissed.

BAYER HEALTHCARE AG V. SANDOZ CANADA INC. (T-762-06, 2007 FC 352, Mactavish J., judgment dated 26/4/07, 24 pp.)

Judicial review of Patented Medicine Prices Review Board's decision medicine Dovobet sold at excessive price following comparison with domestic therapeutic class and international prices for medicines in same therapeutic class—Board not erring in determination of proper therapeutic class under *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 85(1), in application of test for international pricing comparison under Act, s. 85(1)(c)—However, in calculating average transaction price, Board's refusal to consider impact of applicant's free distribution of Dovobet on basis applicant's compassionate-use program introduced primarily to artificially reduce average transaction price of Dovobet, unreasonable—Application allowed in part.

LEO PHARMA INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-863-06, 2007 FC 306, Blais J., judgment dated 21/3/07, 39 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of disciplinary hearing decision by Independent Chairperson convicting applicant of offence under *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 40(f)—Applicant originally charged with offence under Act, s. 40(a)—Chairperson lacked jurisdiction to change charge from s. 40(a) to s. 40(f)—Pursuant to Act, s. 41, it is for institution head, delegate to specify charge to be issued, not independent chairpersons—Inmate entitled to written notice of that charge—Application allowed.

GIFFORD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1394-06, 2007 FC 606, Strayer D.J., judgment dated 6/6/07, 13 pp.)

Applicant, federal inmate suspected of ingesting intoxicant, asked by corrections officer on two occasions to provide urine samples under *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 40(1)—Applicant charged with two disciplinary offences after refusing to comply—Convicted on both charges by Independent Chairperson (ICP) at hearing—Proof that demand for urine sample based on reasonable grounds clear statutory pre-condition for conviction—Here, ICP not providing such proof—Convictions therefore set aside—ICP also erred by drawing adverse inference from fact applicant failed to challenge

PENITENTIARIES—Concluded

legitimacy of demands until hearing—Nature of offence with which inmate charged not altered by whether inmate took early steps to ascertain basis of demand or set demand aside—Applications allowed.

WEIR V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1333-06, T-1335-06, 2007 FC 482, O'Reilly J., judgment dated 4/5/07, 13 pp.)

PRACTICE**PARTIES**

Motion for directions regarding naming of respondents to appeal under *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 denied—Appeal concerning adequacy of offer of compensation made by Administrator of Ship-source Oil Pollution Fund—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 338 governing who shall be included as respondents—Administrator submitting wrongly named as respondent—Appellant responsible for correct identification of respondent—If decision to name Administrator as respondent incorrect, Crown may be without remedy, but no obligation on Crown at this stage to establish named correct respondent, or on Court to confirm Crown's position—Onus on Administrator to establish improperly joined—Administrator apparently independent from Crown when performing duties under *Marine Liability Act*—Arguably adverse in interest to Crown in role as guardian of Fund—Not misjoined as respondent.

CANADA V. ADMINISTRATOR OF THE SHIP-SOURCE OIL POLLUTION FUND (T-875-06, 2007 FC 548, Lafrenière P., order dated 23/5/07, 7 pp.)

PRIVILEGE

Application for compliance order under *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 289.1—Respondent lawyer refusing to provide documents, information as would require breach of governing Law Society's Code of Conduct—S. 293(1) defining "solicitor-client privilege"—Information, documents clearly not subject to solicitor-client privilege—Law Society of British Columbia seeking direction requiring Minister to name taxpayer as respondent to application pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 303; requiring sealing of documents and their submission to Court—*Professional Conduct Handbook* of Law Society of British Columbia not engaged as only requiring lawyer to claim solicitor-client privilege where document "is or may be privileged"—*M.N.R. v. Norris*, [2002] F.C.J. No. 1837 (QL) expressly determining r. 303 not applicable; summary application procedure in *Excise Tax Act* requiring service only on party from whom information sought.

M.N.R. V. CORNFIELD (T-2034-06, 2007 FC 436, Snider J., order dated 25/4/07, 16 pp.)

PUBLIC SERVICE**JURISDICTION**

Judicial review of Independent Third Party Reviewer's decision ordering respondent's permanent appointment as compensation service agent—*Directives on Recourse for Staffing*, part of Canada Revenue Agency's Staffing Program, listing among possible corrective measures "order correction of the error in the process"—Since finding Agency's assessment process tainted by errors in evaluation of respondent's authorized use of sick and family leave, Reviewer had reason to order error corrected, but exceeded jurisdiction when ordered indeterminate appointment—"Error in the Process" limiting scope of corrective measures to orders addressing, correcting procedural defects giving rise to arbitrary treatment experienced by respondent—Reviewer not authorized to issue final orders dictating substantive result of deficient process—Application allowed in part.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BEALL (T-937-06, 2007 FC 630, Kelen J., judgment dated 14/6/07, 14 pp.)

Appeal from Federal Court decision (2006 FC 381) allowing application for judicial review of Adjudicator's decision appellant's termination of employment void *ab initio*—Grievance of "decision to terminate" employment denied—Prior to adjudication hearing, appellant raising preliminary objection as to violation of right under collective agreement to union representation—Adjudicator holding grievance broad enough to include challenge to validity of disciplinary action because of denial of contractual process—Federal Court holding grievance relating only to decision to terminate, could not be referred to adjudication under *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92—Only those grievances presented to, dealt

PUBLIC SERVICE—Concluded

with by all internal levels of grievance process may be referred to adjudication—Wording of grievance not disclosing intention to allege rights to union representation under collective agreement violated—Appeal dismissed.

SHNEIDMAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-169-06, 2007 FCA 192, Sexton J.A., judgment dated 17/5/07, 13 pp.)

RCMP

Judicial review of RCMP Commissioner's decision affirming earlier RCMP Adjudication Board's decision ordering applicants' dismissal from RCMP constable positions—Formal disciplinary action taken against applicants after exchanging offensive, highly inappropriate electronic messages while on duty from police cars—(1) No institutional bias because Appropriate Officer responsible for prosecution outranking Board members at hearing—No link between Appropriate Officer's actual position in RCMP hierarchy, nature of contravention or sanction sought—(2) Denial of fair hearing because Appropriate Officer's representative referring to Appropriate Officer's personal opinion regarding loss of confidence in constables during closing submissions—Given senior rank within RCMP, such references raised possibility of influence on Board members, therefore reasonable apprehension of bias—Application allowed

KINSEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1180-06, T-1181-06, 2007 FC 543, de Montigny J., order dated 22/5/07, 52 pp.)

TRANSPORTATION

Judicial review of respondent's decision to seize shipping container holding two partially assembled imported superperformance cars, related parts on basis constituted "vehicles" as defined in *Motor Vehicle Safety Act*, S.C. 1993, c. 16, s. 2—"Vehicle" defined as "any vehicle . . . capable of being driven or drawn"—"Capable" interpreted as including potential for conversion—When imported, vehicle must have assembled body/chassis, installed power train so that vehicle immediately capable of being driven with minimum of activity—Container's contents not "readily" capable of being driven since lacking wheels, engine, requiring several days' work to assemble—Since container's contents seized not "vehicles" under Act, s. 2, respondent overreaching authority for seizure under Act, s. 15.

MACRO AUTO LEASING INC. V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-402-06, 2007 FC 521, Simpson J., judgment dated 16/5/07, 20 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

*** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

BREVETS

CONTREFAÇON

Action en contrefaçon d'un brevet canadien portant sur un mélangeur d'aliments pour animaux vertical servant à mélanger les composantes des aliments du bétail—Le brevet est devenu accessible au public en 2001 et a été délivré en 2003—Les défendeurs fabriquent et vendent leur propre marque de mélangeur d'aliments pour animaux vertical depuis 2001 et ils en ont repris la conception en 2005—La conception originale des défendeurs contrevenait au brevet, mais le mélangeur modifié n'y contrevenait pas—Les dommages-intérêts ont été calculés conformément à l'art. 55(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, pour la période après l'octroi du brevet et selon l'art. 55(2) pour la période entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public et l'octroi du brevet—Examen et application des principes généraux en matière de dommages-intérêts—Des dommages-intérêts punitifs n'étaient pas justifiés.

JAY-LOR INTERNATIONAL INC. C. PENTA FARM SYSTEMS LTD. (T-103-05, 2007 CF 358, juge Snider, jugement en date du 14-5-07, 118 p.)

PRATIQUE

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2006 CF 341) appliquant la fin de non-recevoir découlant d'une question déjà tranchée pour empêcher Pharmascience Inc. d'invoquer les allégations formulées dans son deuxième avis d'allégation concernant le brevet canadien appartenant à Abbott Laboratories—Il s'agissait de savoir si des fabricants de médicaments génériques devraient être autorisés à déposer de nombreux avis d'allégation relativement à un brevet, chaque avis précisant que le brevet est invalide—La doctrine de la fin de non-recevoir découlant d'une question déjà tranchée devrait, dans la plupart des cas, empêcher les fabricants de médicaments génériques d'alléguer l'invalidité d'un brevet une deuxième fois, à moins qu'on ne puisse d'abord établir le fondement de l'allégation ultérieure en faisant preuve de diligence raisonnable—Les motifs particuliers pour lesquels une deuxième personne souhaite établir l'invalidité d'un brevet ne constituent pas des questions distinctes pour l'application de la fin de non-recevoir découlant d'une question déjà tranchée—De nombreux avis d'allégation provenant du même fabricant de médicaments génériques quant à un médicament donné faisant état de l'invalidité d'un brevet donné ne sont généralement pas permis même s'ils contiennent divers motifs d'invalidité—Les conditions préalables à l'application de la fin de non-recevoir découlant d'une question déjà tranchée ont été remplies—Appel rejeté.

ABBOTT LABORATORIES C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-151-06, 2007 CAF 140, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 5-4-07, 28 p.)

Requête en injonction interlocutoire visant à empêcher la défenderesse de fabriquer, de construire, d'importer, d'exporter, de vendre, d'offrir de vendre ou d'utiliser sa formulation intraveineuse de ciprofloxacine ou toute autre formulation intraveineuse de ciprofloxacine au motif que ces activités contreferaient le brevet canadien n° 1282006—Le brevet expire le 26 mars 2008—Le critère servant à déterminer si la requérante a droit à une injonction interlocutoire a été formulé par la C.S.C. dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—La défenderesse a reconnu qu'il y avait une question sérieuse à juger—La preuve du préjudice irréparable doit être claire, et non spéculative—La part de marché que Bayer

BREVETS—Fin

pouvait perdre en permanence en raison de la pénétration précoce du marché par la défenderesse ne constitue pas un préjudice irréparable—L'octroi de dommages-intérêts permet de compenser facilement la perte d'un monopole d'une durée limitée—Requête rejetée.

BAYER HEALTHCARE AG C. SANDOZ CANADA INC. (T-762-06, 2007 CF 352, juge Mactavish, jugement en date du 26-4-07, 24 p.)

Contrôle judiciaire de la décision du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés rendue par suite d'une comparaison en fonction de la catégorie thérapeutique nationale et des prix internationaux des médicaments de la même catégorie thérapeutique et portant que le médicament Dovobet a été vendu à un prix excessif—Le Conseil n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a fixé la catégorie thérapeutique pertinente en vertu de l'art. 85(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 et en appliquant le critère visant la comparaison des prix internationaux en vertu de l'art. 85(1)c) de la Loi—Cependant, le refus du Conseil de prendre en compte, dans le calcul du prix de transaction moyen, l'effet de la distribution gratuite du Dovobet au motif qu'il croyait que le programme d'utilisation à titre humanitaire avait essentiellement été instauré pour réduire de façon artificielle le prix de transaction moyen du Dovobet était déraisonnable—Demande accueillie en partie.

LEO PHARMA INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-863-06, 2007 CF 306, juge Blais, jugement en date du 21-3-07, 39 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Rejet de l'appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ([2007] 2 R.C.F. 578)—La Cour a répondu « oui » à la question certifiée de savoir si la période quinquennale prévue à l'art. 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, s'applique aux périodes précédant le 28 juin 2002—La Cour a répondu « non » à la question certifiée de savoir, si tel était le cas, si l'application rétroactive de l'art. 28 contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ann. B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

CHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-363-06, 2007 CAF 205, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 29-5-07, 2 p.)

Demande de sursis d'une mesure de renvoi jusqu'à ce que la demande de contrôle judiciaire soit tranchée—Le demandeur, un Grenadien, a déposé une demande pour des motifs d'ordre humanitaire—Cette demande reposait en grande partie sur le degré d'établissement du demandeur au Canada grâce à ses entreprises, sa famille et la collectivité—Application du critère tripartite—Le demandeur a soulevé une question sérieuse quant à l'intérêt supérieur de ses neveux (perte du soutien affectif et financier)—La perte des entreprises du demandeur et les difficultés affectives et financières que subiraient ses neveux, sa fiancée et sa sœur si le demandeur était renvoyé constituaient un préjudice irréparable (soit un préjudice non réparable et ne donnant pas droit à des dommages indemnifiables)—La prépondérance des inconvénients favorisait le demandeur puisqu'il a fait état d'une question sérieuse et d'un préjudice irréparable—Il a été sursis à la mesure de renvoi jusqu'à ce que la demande pour des motifs d'ordre humanitaire soit tranchée en raison de circonstances inhabituelles et exceptionnelles—Demande accueillie.

NATOO C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-1341-07, 2007 CF 402, juge Shore, jugement en date du 17-4-07, 19 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Appels interjetés à l'encontre du rejet, par la Cour fédérale ([2007] 1 R.C.F. 561), de la demande de contrôle judiciaire de la décision refusant le statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)—Les demandeurs se sont enrôlés volontairement dans l'armée américaine, mais ils se sont opposés à la guerre en Irak par la suite—Ils ont déserté et ont demandé le statut de réfugié au Canada—En droit des réfugiés, un demandeur d'asile doit, avant de se réclamer de la protection d'un État étranger, nécessairement se réclamer de la protection de son État (et cette protection ne doit pouvoir être fournie)—Les appelants n'avaient pas droit au statut de réfugié puisqu'ils ne satisfaisaient pas au premier critère—Il n'était donc pas nécessaire

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

de répondre à la question certifiée (c.-à-d. si la preuve faisant état de l'illégalité de l'action militaire est pertinente) puisque cette question était liée à la deuxième étape de l'analyse—Appels rejetés.

HINZMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-182-06, A-185-06, 2007 CAF 171, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 30-4-07, 26 p.)

DROIT MARITIME

Appel et appel incident à l'encontre de la décision de la Cour fédérale (T-2185-06, T-2142-06) radiant les parties réelles de la déclaration et suspendant les parties personnelles de la déclaration—Le juge a commis une erreur de droit à l'égard de l'art. 43(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—Le juge a invoqué la décision rendue dans l'arrêt *Paramount Enterprises International, Inc. c. An Xin Jiang (Le)*, [2001] 2 C.F. 551 (C.A.), décision qui a été infirmée par l'arrêt *Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. M/V Swift Fortune (Le)*, 2007 CSC 13—L'appelante n'est pas habilitée à intenter une action réelle en application de l'art. 22(2*i*)—La seule revendication vise Atlantic—Atlantic n'a jamais été propriétaire du navire—Qui plus est, la compétence de la Cour en matière réelle ne peut être exercée contre le navire que lorsqu'il y a une responsabilité personnelle du propriétaire—Les actions personnelles contre le Secunda et le Pacific ont été radiées parce qu'il n'y avait pas de cause d'action contre eux; l'action contre l'Atlantic a été suspendue comme l'exige l'art. 8 du *Code d'arbitrage commercial* L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, ann.—Les actions ne sont pas visées par l'art. 9.

MARITIMA DE ECOLOGIA, S.A. DE C.V. C. *MAERSK DEFENDER (LE)* (A-599-06, 2007 CAF 194, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 18-5-07, 18 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2006 CF 997) portant que la Commission canadienne des droits de la personne avait compétence pour entendre une plainte (omission de prendre des mesures en faveur de l'appelante pendant sa grossesse) contre la Chambre des communes—La compétence de la Commission est écartée par la *Loi sur les relations de travail au Parlement* (la LRTP), L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 33—L'art. 2 dispose que la LRTP s'applique lorsque d'autres lois fédérales réglementent des « questions semblables » à celles que réglemente la LRTP—Une présumée violation des droits de la personne est sujette à un grief en application de l'art. 62—Comme une plainte présentée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP) est une « question semblable » à une plainte déposée en application de l'art. 62, la LRTP a, à première vue, préséance—Les exceptions au critère des « questions semblables » (la discrimination systémique, la convention collective contrevient à la LCDP, la dénonciation) sont inapplicables—Pour ce qui est de l'argument relatif au recours, la décision définitive rendue dans le cadre de la procédure prévue par la LRTP est susceptible de contrôle judiciaire.

DUPÉRÉ C. CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) (A-394-06, 2007 CAF 180, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 7-5-07, 10 p.)

FONCTION PUBLIQUE**COMPÉTENCE**

Contrôle judiciaire de la décision d'une tierce partie indépendante, qui a ordonné que la défenderesse soit nommée en permanence au poste d'agente du service de rémunération—La *Directive sur les recours en matière de dotation*, qui fait partie du Programme de dotation de l'Agence du revenu du Canada, prévoit, parmi les mesures correctives éventuelles, le fait d'[TRADUCTION] « ordonner la rectification de toute erreur survenue dans le processus »—Comme la tierce partie indépendante a déclaré que le processus d'évaluation de l'Agence était entaché d'erreurs quant à l'évaluation de l'emploi autorisé de congés de maladie et de congés pour obligations familiales par la défenderesse, elle avait raison d'ordonner la rectification de l'erreur, mais elle a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a ordonné la nomination pour une période indéterminée—L'[TRADUCTION] « erreur survenue dans le processus » restreint la portée des mesures correctives aux ordonnances traitant des vices de procédure donnant lieu au traitement arbitraire que la défenderesse a subi et les rectifiant—La tierce partie indépendante n'était pas autorisée à rendre des ordonnances définitives qui imposent un résultat de fond au processus incomplet—Demande accueillie en partie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BEALL (T-937-06, 2007 CF 630, juge Kelen, jugement en date du 14-6-07, 14 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin

Appel de la décision de la Cour fédérale (2006 CF 381) accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre portant que le congédiement de l'appelante était nul *ab initio*—Rejet du grief à l'encontre de la décision de licencier l'appelante—Avant l'audience d'arbitrage, l'appelante a soulevé une objection préliminaire quant à la violation du droit, prévu dans la convention collective, à la présence d'un représentant syndical—L'arbitre a déclaré que le texte du grief était suffisamment général pour englober une contestation de la validité de la mesure disciplinaire en raison du non-respect des garanties contractuelles—La Cour fédérale a statué que le grief ne parlait que de la décision de licencier l'appelante et qu'il ne pouvait être soumis à l'arbitrage en application de l'art. 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35—Seuls les griefs présentés aux divers paliers internes du processus d'arbitrage et traités par ceux-ci peuvent être soumis à l'arbitrage—Le libellé du grief ne faisait pas état de l'intention d'alléguer qu'il y avait eu violation du droit à la présence d'un représentant syndical—Appel rejeté.

SHNEIDMAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-169-06, 2007 CAF 192, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 17-5-07, 13 p.)

GRC

Contrôle judiciaire de la décision du commissaire de la GRC confirmant la décision antérieure du comité d'arbitrage de la GRC, qui a renvoyé les demandeurs de leur poste de gendarme de la GRC—Des mesures disciplinaires officielles ont été prises contre les demandeurs après qu'ils ont échangé des messages électroniques répréhensibles et très inopportuns de leur auto-patrouille pendant leur service—1) Il n'y avait pas de partialité institutionnelle parce que l'officier compétent chargé de la poursuite avait un niveau hiérarchique supérieur à celui des membres du comité—Il n'y avait aucun lien entre le poste réel de l'officier compétent au sein de la hiérarchie de la GRC et la nature de l'infraction ou de la sanction demandée—2) Il y avait atteinte au droit à une audition impartiale parce que le représentant de l'officier compétent a fait référence à l'avis personnel de l'officier compétent, qui a déclaré ne plus faire confiance aux gendarmes pendant son plaidoyer final—Vu son rang supérieur au sein de la GRC, cette référence a soulevé la possibilité d'influence sur les membres du comité et a donc donné lieu à une crainte raisonnable de partialité—Demande accueillie.

KINSEY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1180-06, T-1181-06, 2007 CF 543, juge de Montigny, ordonnance en date du 22-5-07, 52 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

« Abri fiscal »—Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2006 CCI 230) accueillant l'appel de l'intimé à l'encontre des nouvelles cotisations établies en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, pour les années d'imposition 1998 et 1999—En 1998, l'intimé a acquis une licence d'utilisation du programme indiciel Trafalgar—Il s'est prévalu d'une déduction pour amortissement de 50 000 \$ relativement au coût d'acquisition de la licence—Il s'agissait de savoir si la licence constituait un « abri fiscal » au sens de l'art. 237.1(1) de la Loi—Le juge Ryer : Un bien ne constitue pas un abri fiscal à moins que des déclarations ou des annonces semblables à celles prévues dans la définition d'« abri fiscal » aient été faites à son égard—Toutes les conditions énoncées dans la définition d'« abri fiscal » ont été remplies; toutes les licences commercialisées par TCL Trafalgar ou pour son compte, y compris la licence que l'intimé a acquise, sont des abris fiscaux—Il aurait fallu obtenir un numéro d'identification d'abri fiscal avant de vendre les licences—Appel accueilli, le juge Evans souscrivant aux motifs, mais ne restreignant pas l'application de la décision aux déclarations qui ont effectivement été faites.

CANADA C. BAXTER (A-212-06, 2007 CAF 172, juges Evans et Ryer, J.C.A., jugement en date du 30-4-07, 32 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2005 CCI 671) rejetant un appel en matière d'impôt sur le revenu pour les années 1998, 1999 et 2000—Il s'agissait de savoir si la pension alimentaire pour enfants que l'appelante a reçue de son ex-conjoint pendant les années en cause était imposable—La pension alimentaire pour enfants n'est pas imposable selon l'art. 56(1*b*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, si l'appelante l'a reçue de son ex-conjoint aux termes d'un accord ou d'une ordonnance à la date d'exécution ou postérieurement et avant la fin de l'année relativement à une période ayant commencé à cette date ou postérieurement—La pension alimentaire pour enfants n'est assujettie au nouveau régime que si elle est payable aux termes d'un accord ou d'une ordonnance dont la date d'exécution est le 1^{er} mai 1997 ou une date

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

ultérieure—Tous les paiements de pension alimentaire pour enfants étaient payables aux termes de l'accord de séparation de 1998, et non de l'ordonnance provisoire de 1994—Comme la pension alimentaire pour enfants était payable à compter du 1^{er} mai 1998, elle était assujettie au nouveau régime et n'était donc pas imposable—Appel accueilli—Le juge Nadon, dissident : Ni l'accord de séparation de 1998 ni le jugement de divorce de 1999 n'a modifié la pension alimentaire pour enfants payable à l'appelante par son ex-conjoint en vertu de l'ordonnance provisoire de 1994—Les paiements sont demeurés inchangés à 1 000 \$ par mois pour les deux enfants issus du mariage—Il n'y avait pas de « date d'exécution » au sens de l'art. 56.1(4).

HOLBROOK C. CANADA (A-565-05, 2007 CAF 145, juge Nadon et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-4-07, 15 p.)

Déductions

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2006 TCC 545) rejetant l'appel en matière d'impôt sur le revenu du contribuable pour 2004—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu à juste titre que les frais de déménagement ne sont déductibles en vertu de l'art. 62(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 que lorsqu'ils ont été acquittés—Appel rejeté.

ZADOR C. CANADA (A-412-06, 2007 CAF 175, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 30-4-07, 2 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel à l'encontre de la décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant des appels en matière d'impôt sur le revenu (2006 CCI 240) visant des cotisations et des déterminations des pertes—L'appelante achète des aéronefs et des automotrices et les donne à bail à long terme à une société en exploitation—Citibanque Canada (CC), le propriétaire de l'appelante, finance les opérations de l'appelante en matière de location de matériel—L'appelante s'est prévaluée d'une déduction pour amortissement du matériel loué lorsqu'elle a préparé sa déclaration de revenus—La Cour de l'impôt a conclu à juste titre que les gains et pertes sur change étranger de l'appelante découlant des prêts de CC constituaient des gains et des pertes en capital—Cependant, l'appelante avait droit à une déduction en 1993 au titre d'une partie d'une perte autre qu'en capital subie en 1991, sans accroître la déduction de 1989—L'art. 111(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* confère au contribuable le droit de choisir de répartir la perte autre qu'en capital d'une année donnée sur la période qui y est précisée—Exception faite des art. 111(3)a)(i) et 111(3)b)(i), le ministre ne peut imposer une répartition particulière au contribuable—Appel accueilli en partie.

CCLI (1994) INC. C. CANADA (A-237-06, 2007 CAF 185, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 14-5-07, 17 p.)

NOUVELLES COTISATIONS

Appels à l'encontre d'ordonnances de la Cour canadienne de l'impôt ([2006] 3 C.T.C. 2280) permettant à l'intimée de modifier sa réponse à l'avis d'appel—Il s'agissait de savoir si le ministre avait le droit, en l'absence de fraude, de modifier sa réponse après l'expiration du délai prévu pour établir de nouvelles cotisations—Analyse de l'art. 152(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Les conditions suivantes s'appliquent lorsque le ministre invoque l'art. 152(9) : le ministre ne peut pas inclure des transactions qui n'étaient pas visées par la nouvelle cotisation; le droit du ministre de présenter un autre argument à l'appui de la cotisation est assujetti aux art. 152(9)a) et b), qui traitent du préjudice du contribuable; le ministre ne peut pas se servir de l'art. 152(9) pour établir une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu à l'art. 152(4) ou pour percevoir de l'impôt en sus du montant visé par la cotisation contestée—La réponse modifiée proposée satisfaisait à ces conditions.

WALSH C. CANADA (A-118-06, A-119-06, 2007 CAF 222, juge en chef Richard, jugement en date du 7-6-07, 6 p.)

PRATIQUE

Contrôle judiciaire de la deuxième décision révisée que le ministre du Revenu national a rendue à l'égard de la demande que le demandeur a présentée en application de l'art. 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour faire annuler les intérêts débiteurs imputés à la succession de son père pendant les années d'imposition en cause—Le père défunt du demandeur a contracté une dette fiscale considérable, composée principalement d'intérêt, de son vivant—Lorsque le ministre a reçu la « demande d'équité » en application de l'art. 220(3.1) de la Loi, le cadre de référence qui s'appliquait dans le cadre de l'analyse était les circonstances de la succession en tant que contribuable, et non les circonstances des bénéficiaires de la succession—Au deuxième palier de révision, le ministre a littéralement transposé la première décision qui avait été annulée par la Cour fédérale

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

dans sa propre décision—Les similitudes entre le contenu et le libellé de la décision en cause et celui de la décision antérieure qui a été annulée par la Cour fédérale sont troublantes—Le demandeur avait le droit de s'attendre à ce que le ministre fasse preuve d'ouverture d'esprit pour rendre la deuxième décision à la lumière d'une nouvelle appréciation de l'affaire et du bien-fondé de celle-ci—La deuxième décision n'était pas raisonnable—Demande accueillie.

SUCCESSION DOBSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1559-05, 2007 CF 565, juge de Montigny, ordonnance en date du 29-5-07, 14 p.)

SOCIÉTÉS

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2006 CCI 80) rejetant la demande de crédits d'impôt remboursables au motif que l'appelante n'était pas une société privée sous contrôle canadien (SPCC) en 1999—Selon l'art. 125(7*b*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les actions détenues par des actionnaires non admissibles (des non-résidents et certaines sociétés publiques) sont traitées comme si elles appartenaient à une « personne donnée » hypothétique—Si la personne donnée exerce un contrôle sur une société à un moment donné, la société n'est pas une SPCC—1) Des « non-résidents et des sociétés publiques » exerçaient le contrôle sur les actions de catégorie B parce que la Banque de Montréal exerçait un contrôle sur leur propriétaire (BMCC), même si les actions de BMCC étaient assujetties à l'entente de gestion entre BMCC et une autre société privée canadienne—L'entente de gestion n'était pas déterminante pour ce qui est du contrôle de droit puisqu'il ne s'agissait pas d'un acte constitutif, elle n'attribuait pas d'actions de BMCC à une société privée—2) Les options d'achat d'actions ordinaires ont été octroyées à des employés résidents et non-résidents—Dès qu'une option est visée par l'art. 251(5*b*), elle est réputée avoir été levée—Comme les options étaient réputées avoir été levées, l'appelante était contrôlée par des non-résidents et des actionnaires publics et elle n'était donc pas une SPCC—Appel rejeté.

SEDONA NETWORKS CORP. C. CANADA (A-136-06, 2007 CAF 169, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 30-4-07, 13 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Requête pour que le juge se retire et n'entende pas la demande du procureur général (présentée en application de l'art. 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5) en vue de la protection de renseignements se trouvant dans les documents qui doivent être divulgués à l'intimé—La requête a été soumise après le dépôt, par l'intimé, d'un avis de question constitutionnelle quant à la validité de l'art. 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* (présentation d'arguments en l'absence d'autres parties)—La requête reposait sur le rôle que le juge a joué dans l'élaboration de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41 (qui a modifié l'art. 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*)—Examen des principes applicables en matière de récusation—Le rôle du juge dans l'élaboration de la *Loi antiterroriste* a été précisé—Aucune crainte raisonnable de partialité—Néanmoins, la demande présentée en application de l'art. 38 et la question constitutionnelle ont été scindées.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KHAWAJA (DES-2-06, 2007 CF 533, juge Mosley, jugement en date du 18-5-07, 24 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision dans laquelle le président indépendant a reconnu, à la suite d'une audience disciplinaire, que le demandeur était coupable d'une infraction en vertu de l'art. 40*f*) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20—Au départ, le demandeur a été inculpé en vertu de l'art. 40*a*) de la Loi—Le président n'avait pas compétence pour changer le chef d'accusation de l'art. 40*a*) à l'art. 40*f*)—L'art. 41 de la Loi dispose qu'il incombe au directeur du pénitencier ou à son délégué de préciser l'accusation à porter, pas aux présidents indépendants—Le détenu avait droit à un avis écrit précisant l'accusation—Demande accueillie.

GIFFORD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1394-06, 2007 CF 606, juge suppléant Strayer, jugement en date du 6-6-07, 13 p.)

Un agent de correction a exigé à deux reprises que le demandeur, un détenu sous responsabilité fédérale soupçonné d'avoir ingéré une substance intoxicante, fournisse des échantillons d'urine en application de l'art. 40(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20—Le demandeur a été accusé de deux infractions disciplinaires après avoir refusé de se conformer à ces demandes—À l'audience, le président indépendant l'a déclaré coupable

PÉNITENCIERS—Fin

des deux infractions—L'existence d'une preuve que la demande d'échantillon d'urine reposait sur des motifs raisonnables est manifestement la condition préalable d'une déclaration de culpabilité—En l'espèce, le président indépendant n'a pas fourni cette preuve—Les condamnations ont donc été annulées—Le président indépendant a aussi commis une erreur en tirant une conclusion défavorable du fait que le demandeur n'a pas contesté la légitimité des demandes avant l'audience—Le fait que le détenu a pris ou non des démarches au début de la procédure pour établir avec précision la demande ou pour l'annuler ne modifie pas la nature de l'infraction dont il est accusé—Demandes accueillies.

WEIR C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1333-06, T-1335-06, 2007 CF 482, juge O'Reilly, jugement en date du 4-5-07, 13 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Contrôle judiciaire du référendum organisé pour ratifier un accord de règlement intervenu entre les Premières nations et le gouvernement du Canada—Les ratifications devaient avoir lieu conformément au *Règlement sur les référendums des Indiens*, C.R.C., ch. 957—Les demandeurs contestaient la validité du référendum—Le recours prévu à l'art. 22 du Règlement (plainte au ministre) ne constituait pas un recours subsidiaire adéquat en l'espèce—Le contrôle judiciaire constitue une opposition plus directe et claire au référendum—Les demandeurs n'ont pas établi qu'il y avait lieu de conclure qu'il existait un risque sérieux que le référendum ne reflète pas la volonté des électeurs ou que des électeurs éventuels ont effectivement été privés du droit de vote—Demande rejetée.

PREMIÈRE NATION DE KEY C. PREMIÈRE NATION DE KEY (T-892-06, 2007 CF 581, juge Phelan, jugement en date du 1-6-07, 18 p.)

ÉLECTIONS

Contrôle judiciaire de la déclaration du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et du décret ultérieur—Les demandeurs se seraient livrés à un achat de votes pendant le processus électoral—La GRC a enquêté sur l'élection tenue le 13 juin 2005—Les demandeurs n'ont pas été avisés de l'enquête et personne n'a tenté de les interroger pendant l'enquête—Le système législatif permet au ministre de mener une enquête sans l'aide d'un enquêteur désigné conformément à l'art. 13(2) du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952—Les demandeurs avaient droit à un degré élevé d'équité procédurale en raison du caractère définitif et de l'importance de la décision du ministre—La non-divulgation des résultats de l'enquête et le fait ne pas permettre aux demandeurs d'y donner suite contrevenaient à leur droit à l'équité procédurale—Demande accueillie.

ROSS C. CANADA (T-2049-06, 2007 CF 499, juge Blais, jugement en date du 11-5-07, 31 p.)

TAXATION

Contrôle judiciaire de la décision du représentant du M.R.N. rejetant les demandes d'équité au troisième palier en vue d'une nouvelle cotisation en application de l'art. 152(4.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Selon cet article, le ministre a le pouvoir discrétionnaire de procéder à une nouvelle cotisation de l'assujettissement à l'impôt au-delà de l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation—Il s'agissait de savoir si le salaire que les demandeurs, des Indiens inscrits demeurant sur une réserve, ont touché de l'usine ne se trouvant pas sur une réserve était « situé sur une réserve » pour être admissible à l'exemption d'impôt sur le revenu prévue à l'art. 87(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. 1-5—L'application de la jurisprudence pertinente à chaque année d'imposition (1988-1998) n'indiquait pas que le *situs* du revenu d'emploi des demandeurs était sur une réserve—Demandes rejetées.

WYSEC. M.R.N. (T-1799-05, T-1800-05, T-1801-05, T-1802-05, 2007 CF 535, juge Lemieux, jugement en date du 18-5-07, 37 p.)

PRATIQUE**PARTIES**

Rejet de la requête visant à obtenir des directives concernant la désignation des intimés dans le cadre d'un appel intenté en vertu de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6—Appel au sujet de l'offre de règlement faite par

PRATIQUE—Fin

l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires—La règle 338 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, régit les personnes qui sont désignées à titre d'intimées—L'administrateur prétend qu'il a été désigné à tort à ce titre—Il incombe à l'appelant d'identifier correctement les intimés—Si la décision de désigner l'administrateur à titre d'intimé est erronée, la Couronne peut ne pas avoir de recours; cependant, la Couronne n'est pas tenue, à cette étape, d'établir qu'elle a désigné le bon intimé et la Cour n'a pas à confirmer la position de la Couronne—Il incombe à l'administrateur de démontrer qu'il a fait l'objet d'une jonction erronée—L'administrateur est censément indépendant de la Couronne lorsqu'il s'acquitte de ses fonctions en vertu de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*—On peut soutenir qu'il a des intérêts opposés à ceux de la Couronne lorsqu'il fait fonction de gardien de la Caisse—Il n'a pas fait l'objet d'une fausse constitution à titre d'intimé.

CANADA C. ADMINISTRATEUR DE LA CAISSE D'INDEMNISATION DES DOMMAGES DÛS À LA POLLUTION PAR LES HYDROCARBURES CAUSÉE PAR LES NAVIRES (T-875-06, 2007 CF 548, notaire Lafrenière, ordonnance en date du 23-5-07, 7 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Demande d'ordonnance présentée en application de l'art. 289.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15—L'intimé, un avocat, refusait de divulguer des documents et des renseignements au motif qu'il contreviendrait au code de déontologie du Barreau—L'art. 293(1) définit l'expression « privilège des communications entre client et avocat »—Les renseignements et les documents n'étaient manifestement pas visés par le privilège des communications entre client et avocat—La Law Society of British Columbia sollicitait des directives obligeant le ministre à désigner le contribuable à titre d'intimé dans le cadre de la requête en application de la règle 303 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, et exigeant que les documents soient scellés et présentés à la Cour—Le *Professional Conduct Handbook* de la Law Society of British Columbia ne trouve pas application puisqu'il oblige seulement l'avocat à se prévaloir du privilège des communications entre client et avocat lorsque le document [TRADUCTION] « est ou peut être privilégié »—L'arrêt *M.R.N. c. Norris*, [2002] F.C.J. No. 1837 (QL) précise expressément que la règle 303 est inapplicable; la procédure de demande sommaire énoncée dans la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit que la signification ne vise que la partie à qui des renseignements ont été demandés.

M.R.N. C. CORNFIELD (T-2034-06, 2007 CF 436, juge Snider, ordonnance en date du 25-4-07, 16 p.)

TRANSPORTS

Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de saisir un conteneur d'expédition contenant deux voitures importées de haute performance partiellement assemblées et des pièces connexes au motif qu'il s'agissait de « véhicules » au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité automobile*, L.C. 1993, ch. 16—« Véhicule » s'entend d'un « véhicule automobile, ou faisant partie d'un attelage automobile, qui peut circuler sur la route »—« [P]eut » est interprété de façon à inclure la possibilité de conversion—Lorsqu'un véhicule est importé, sa carrosserie ou son châssis doit être assemblé et il doit être doté d'un groupe motopropulseur pour qu'il puisse être conduit immédiatement avec un minimum d'effort—Le contenu du conteneur ne pouvait pas être conduit « facilement » puisqu'il n'avait pas de roues ou de moteur et qu'il fallait plusieurs jours de travail pour l'assembler—Comme le contenu du conteneur saisi n'était pas un « véhicule » au sens de l'art. 2 de la Loi, le défendeur a outrepassé ses pouvoirs de saisie prévus à l'art. 15 de la Loi.

MACRO AUTO LEASING INC. C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-402-06, 2007 CF 521, juge Simpson, jugement en date du 16-5-07, 20 p.)