



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 1, Part 1

1994, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [1994] 1 F.C., 3-202

Renvoi [1994] 1 C.F., 3-202

Published by
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.
Acting Commissioner for Federal Judicial Affairs

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

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

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Digests D-1

Barima v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 30

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Participation in armed opposition by farmers in Ghana to destruction of crops, farms by military in implementation of expropriation without compensation for forest reserve — Whether fear of prosecution for breach of law of general application or of persecution within Convention refugee definition.

Continued on next page

Publié par
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.
Commissaire à la magistrature fédérale par intérim

Bureau des arrêstistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Arrêstiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Arrêstistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

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

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Fiches analytiques..... F-1

Barima c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} inst.)..... 30

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le requérant s'était opposé par les armes, avec d'autres agriculteurs au Ghāna, contre des militaires qui détruisaient leurs récoltes et leurs fermes en exécution d'une expropriation sans indemnisation pour constituer une réserve forestière — Il importe de déterminer si le requérant craint d'être poursuivi pour avoir enfreint une loi d'application générale ou s'il craint d'être persécuté pour un des motifs énoncés dans la définition de réfugié au sens de la Convention.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada (C.A.) 154

Competition — Appeal and cross-appeal from Competition Tribunal decision dismissing application to vary earlier consent order under Competition Act, s. 92 — Merger of computer reservations systems by Air Canada, Canadian said to reduce competition in airline industry — Tribunal refusing to vary consent order as no change in circumstances — Words in Act, s. 106(a) must be given ordinary grammatical sense — Policy of Act explained — Imminent failure of Canadian change in circumstances leading to original order.

Canderel Ltd. v. Canada (C.A.) 3

Practice — Pleadings — Amendments — Appeal from denial of motion for leave to amend amended reply to notice of appeal for fourth time — Where delay in bringing motion too great, where new issue raised, and where amendment could lead to recall of all witnesses and experts, amendment refused — Amendment must be relevant, must not result in injustice not compensable by award of costs, and must serve interests of justice (legitimate expectation of courts, parties litigation coming to end).

LeBlanc v. National Bank of Canada (T.D.) 81

Practice — Variation of time — Application to extend time for filing application for judicial review of adjudicator's decision denying unjust dismissal complaint — Late filing of application said to result from delay in receiving English translation of decision — Adjudicator not exceeding jurisdiction in addressing issue of just cause — Factual and legal basis for judicial review not established — No reasonable explanation for delay — No reasonable chance of success in application for judicial review if extension granted.

Lee v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service, Pacific Region) (T.D.) 15

Penitentiaries — Transfers — Applications to quash decisions to transfer inmates from maximum security penitentiary to Special Handling Unit elsewhere — As result of refusal to extend time limit for response to notification of involuntary transfer, transfer decisions issued without benefit of applicants' submissions — Acting Deputy Commissioner refusing to alter Deputy Commissioner's transfer decisions — Internal grievances denied — Transfer decisions affecting inmates' residual liberties must comply with principles of fundamental justice,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada (C.A.) 154

Concurrence — Appel et appel incident d'une décision du Tribunal de la concurrence qui a rejeté la demande de modification d'une ordonnance antérieurement rendue sous le régime de l'art. 92 de la Loi sur la concurrence — Il y aurait diminution de la libre concurrence dans le secteur du transport aérien du fait du fusionnement des systèmes informatisés de réservation d'Air Canada et de Canadien — Le Tribunal a refusé de modifier l'ordonnance par ce motif qu'il n'y a pas eu changement dans les circonstances — Il faut donner aux termes de l'art. 106a) de la Loi leur sens grammatical ordinaire — Explication de la politique de la Loi — La faillite imminente de Canadien représente un changement dans les circonstances qui ont présidé à l'ordonnance primitive.

Canderel Ltée c. Canada (C.A.) 3

Pratique — Plaidoiries — Modifications — Appel interjeté contre le rejet de la requête visant l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, la réplique modifiée à l'avis d'appel — La modification est refusée lorsqu'il y a retard excessif à présenter une requête, lorsqu'une nouvelle question est soulevée et lorsque la modification pourrait entraîner le rappel de tous les témoins et les experts — La modification doit être pertinente, ne doit pas causer d'injustice que des dépens ne pourraient réparer, et elle doit servir les intérêts de la justice (l'attente légitime du tribunal et des parties qu'un litige prenne fin).

LeBlanc c. Banque nationale du Canada (1^{re} inst.)... 81

Pratique — Modification des délais — Requête en prorogation du délai imparti pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre ayant rejeté une plainte pour congédiement injuste — Le retard dans la présentation de la requête est attribué à la réception tardive de la traduction anglaise de la décision — L'arbitre n'a pas excédé sa compétence en statuant sur la question de la juste cause — Le fondement factuel et juridique de la demande de contrôle judiciaire n'a pas été établi — Le retard ne repose sur aucune explication satisfaisante — Même s'il y avait prorogation du délai, la demande de contrôle judiciaire n'aurait aucune chance raisonnable de succès.

Lee c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel, région du Pacifique) (1^{re} inst.)..... 15

Pénitenciers — Transfèrements — Demandes tendant à l'annulation de décisions ordonnant le transfèrement de détenus d'un pénitencier à sécurité maximale à une unité spéciale de détention d'un autre pénitencier — Étant donné le refus de prolonger le délai de réponse à l'avis de transfèrement non sollicité, les transfèrements ont été décidés sans que les requérants aient l'occasion de présenter leurs observations — Le sous-commissaire intérimaire a refusé de modifier les décisions de transfèrement prises par le sous-commissaire — Rejet des griefs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

including procedural fairness — Applicants denied opportunity to file meaningful responses when time limit not extended — Decision arbitrary, unnecessary — Commissioner's directive providing time limit merely guideline — Precise reasons for refusal required — Refusal to alter transfer decisions deficient as made with knowledge of information not provided to applicants prior thereto; not providing reasons therefor — Denial of internal grievance deficient as no reasons given — Oral hearings not required where information may originate with informers as not all parties before decision-maker at same time, no opportunity for cross-examination.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Decisions to transfer inmates from maximum security penitentiary to Special Handling Unit elsewhere interfering with residual liberty — Required to be made in accordance with principles of fundamental justice under Charter, s. 7 — Including procedural fairness i.e. reasonable opportunity to make meaningful response to allegations — Decisions affecting liberty must deal with principal elements of submissions.

Judicial review — Prerogative writs — *Certiorari* — Applications to quash decisions to transfer inmates from maximum security penitentiary to Special Handling Unit elsewhere — Decisions required to conform to principles of fundamental justice, including procedural fairness — Refusal to extend time limit to respond to notification of transfer depriving applicants of opportunity to present meaningful response — Precise reasons for refusal required — Transfer decisions invalid — Refusal to alter transfer decisions made with knowledge of information not previously provided to applicants — Decision-maker to disclose all relevant information in his possession, unless would reveal identity of informants — Doubtful subordinate can objectively, independently assess superior's decision.

Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 96

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Application for directions — Application for leave to commence s. 82.1 proceeding to challenge CRDD decision on applicant's refugee status — Reasons quoting testimony in detail although no transcript prepared by official court reporter until ordered by applicant after application commenced — Application record including memorandum of fact and law

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

internes — Toute décision de transfèrement susceptible d'affecter ce qui reste de liberté aux détenus doit être conforme aux principes de justice fondamentale, y compris à l'équité procédurale — En ne prolongeant pas les délais prévus, on a refusé aux requérants l'occasion de répondre utilement — La décision est arbitraire, inutile — La directive du Commissaire fixant les délais ne revêt qu'un caractère indicatif — Obligation de motiver de manière précise les décisions de refus — Le refus de modifier les décisions de transfèrement sont défectueuses car fondées sur des renseignements auxquels les requérants n'avaient pas eu accès; la décision n'a pas été motivée — Le rejet des griefs internes est défectueux puisqu'il n'est pas motivé — Il n'est pas nécessaire de prévoir une audition lorsque les renseignements sont fournis par des informateurs, car toutes les parties ne comparaissent pas devant le décisionnaire en même temps; aucune occasion de procéder au contre-interrogatoire.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les décisions ordonnant le transfèrement des détenus d'un pénitencier à sécurité maximale à une unité spéciale de détention d'un autre établissement privent le détenu de ce qui lui reste de liberté — D'après l'art. 7 de la Charte, de telles décisions doivent être conformes aux principes de justice fondamentale — Cela comprend le respect de l'équité procédurale et exige notamment une occasion raisonnable de répondre utilement aux allégations — Toute décision affectant la liberté doit tenir compte des principaux éléments présentés en réponse par les intéressés.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Certiorari* — Demandes tendant à l'annulation de décisions ordonnant le transfèrement de détenus d'un pénitencier à sécurité maximale à l'unité spéciale de détention d'un autre établissement — Les décisions doivent être conformes aux principes de justice fondamentale, y compris à l'équité procédurale — Le refus de prolonger les délais de réponse à l'avis de transfèrement prive les requérants de l'occasion de répondre utilement — Obligation de motiver de manière précise le refus — Invalidité des décisions de transfèrement — Refus de modifier les décisions de transfèrement fondées sur des renseignements auxquels les requérants n'avaient pas eu initialement accès — Le décisionnaire doit faire état de tous les renseignements pertinents dont il dispose, à moins que cela n'ait pour résultat de révéler l'identité des informateurs — Il est douteux qu'un subordonné puisse, de manière objective et indépendante, évaluer la décision de son supérieur.

Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} inst.)..... 96

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande de directives — Demande d'autorisation en vue d'intenter une procédure fondée sur l'art. 82.1 visant à contester une décision de la Section du statut de réfugié sur le statut de réfugié du requérant — Les témoignages sont cités en détail dans les motifs bien que des notes sténographiques n'ont pas été préparées par un sténographe judiciaire officiel avant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

stating quotations of Board's own notes inaccurate reflection of what happened — Response asserting no evidence inaccurately quoted — Reply memorandum including, under cover of affidavit, transcript of Board proceedings — While Federal Court Immigration Rules not specifically providing for filing of affidavit evidence in reply, applicant not precluded from seeking leave to file such material — Relying on Federal Court Rules 5, 6, Court having authority to grant leave to file copy of official transcript under cover of affidavit — Given nature of arguments, Court could also order transcript to be filed pursuant to Federal Court Immigration Rule 14(2) — Filing of transcript directed.

Schachtschneider v. Canada (C.A.)..... 40

Income tax — Income calculation — Deductions — Application to review TCC decision dismissing appeal from income tax assessment disallowing equivalent to married tax credit under ITA, s. 118(1)(b) — Taxpayer, married and living with spouse, claiming tax credit in respect of dependent child — S. 118 said to infringe freedom of religion (Charter, s. 2(a)), and to deny equal benefit of law (Charter, s. 15(1)) — Object of provision explained — ITA not discriminating between married and not married taxpayers.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Whether denial of tax credit under ITA, s. 118(1)(b) violation of taxpayer's freedom of religion — ITA secular statute with no religious purpose — Tax credits in s. 118(1) not directed at curtailing freedom of religion — Trivial, insubstantial interference with religion insufficient to violate Charter, s. 2(a) — S. 118(1) having no coercive effect.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Differential treatment of married and unmarried taxpayers under ITA, s. 118(1)(b) denial of equal benefit of law — Whether denial of equality discriminatory under Charter, s. 15(1) — Distinction between ground of discrimination and group discriminated against — Marital status analogous ground of discrimination for purposes of s. 15 — Married persons not discrete and insular minority nor independently disadvantaged group — S. 118(1)(b) not contravening equality provisions of Charter, s. 15(1) on grounds of marital status or religion.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que le requérant ne le demande après le début de la demande — Le dossier de la demande comprenant le mémoire des faits et du droit contient des citations des propres notes de la Commission qui ne reflètent pas ce qui s'est produit à l'audience — En réponse, il est soutenu que les témoignages n'ont pas été cités de façon imprécise — Au mémoire déposé en réplique est joint à titre d'affidavit, une transcription des procédures de la Commission — Bien que les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration ne prévoient pas précisément le dépôt de preuve par affidavit en réponse, le requérant n'est pas empêché de demander l'autorisation de déposer un tel document — Sur le fondement des Règles 5 et 6 des Règles de la Cour fédérale, la Cour est habilitée à accorder l'autorisation de déposer une copie des notes sténographiques officielles dans le cadre d'un affidavit — Compte tenu de la nature des arguments, la Cour peut également ordonner le dépôt des notes sténographiques aux termes de la Règle 14(2) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration — Le dépôt des notes sténographiques est ordonné.

Schachtschneider c. Canada (C.A.)..... 40

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Demande de contrôle d'une décision par laquelle la CCI a rejeté un appel d'une cotisation d'impôt sur le revenu refusant le crédit d'impôt équivalent à celui de personne mariée prévu à l'art. 118(1)(b) de la LIR — La contribuable, mariée et vivant avec son conjoint, demandait un crédit d'impôt pour un enfant à charge — Selon la contribuable, l'art. 118 violait la liberté de religion (art. 2a) de la Charte) et la privait du bénéfice égal de la loi (art. 15(1) de la Charte) — Explication de l'objet de la disposition — La LIR ne fait pas de distinction entre les contribuables mariés et non mariés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Il s'agit de savoir si le déni d'un crédit d'impôt visé à l'art. 118(1)(b) de la LIR viole ou non la liberté de religion de la contribuable — La LIR est une loi strictement laïque — Les crédits d'impôt prévus par l'art. 118(1) n'ont pas pour but de restreindre la liberté de religion — Une entrave négligeable ou insignifiante à la religion ne suffit pas pour violer l'art. 2a) de la Charte — L'art. 118(1) n'a aucun effet coercitif.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le traitement différent qu'accorde aux contribuables mariés et aux contribuables non mariés l'art. 118(1)(b) de la LIR constitue une privation du bénéfice égal de la loi — Il s'agit de savoir si le déni d'égalité est discriminatoire ou non aux termes de l'art. 15(1) de la Charte — Distinction entre le motif de discrimination et le groupe victime de discrimination — L'état matrimonial est un motif analogue de discrimination aux fins de l'art. 15 — Les personnes mariées ne constituent pas une minorité discrète et isolée, non plus qu'un groupe indépendamment défavorisé — L'art. 118(1)(b) ne viole pas les dispositions de l'art. 15(1) de la Charte en matière d'égalité pour des motifs d'état matrimonial ou de religion.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Vancouver Island Peace Society v. Canada (T.D.) 102

Environment — Application for judicial review of two Orders in Council approving visits of nuclear-powered and nuclear-armed vessels to Canadian ports — Applicants alleging failure to meet requirements of EARPGO as no initial assessment of potentially adverse environmental effects of proposed visits, nor reference of proposal to Minister of Environment for public review — Impugned Orders not subject to EARPGO.

Crown — Prerogatives — Prerogative of Crown to provide for visit of foreign naval vessels to Canadian ports not affected by statutes identified by applicants — Orders in Council adopted within authority and discretion of Governor in Council under recognized prerogative power — Not subject to EARPGO — Claim of bad faith against Governor in Council unfounded.

Judicial review — Prerogative writs — Application for *mandamus* to require respondents to conduct initial assessment under EARPGO, s. 10(1), for *certiorari* to quash decisions of Governor in Council — Decisions made in exercise of prerogative powers of Crown in regard to international relations, national defence — *Certiorari*, *mandamus* unavailable where decision legislative, not administrative or judicial.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Exclusive jurisdiction in Trial Division under Federal Court Act, s. 18(1) to hear and determine proceeding against Crown, including originating motion for judicial review — Issues justiciable, to be considered on merits.

Evidence — Admissibility of affidavits — No weight given opinion evidence of affiants not experts under R. 482 — Evidence of experts inadmissible as concerning legal issues not ones of scientific or technical nature — Hearsay evidence now admissible where reliable, necessary — Portions of affidavits and exhibits relevant to issues before Court admissible as hearsay.

Practice — Parties — Joinder — Inclusion of Prime Minister as respondent inappropriate as no relief sought against him — Other Ministers joined as respondents proper parties — No statute or rule requiring Attorney General be joined as respondent in originating motion instead of Her Majesty the Queen — Failure to name A.G. in lieu of Her Majesty not bar to present application.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Vancouver Island Peace Society c. Canada (1^{re} inst.) 102

Environnement — Demande de contrôle judiciaire de deux décrets approuvant les visites effectuées dans les ports canadiens par des navires à propulsion nucléaire et à charge nucléaire — Les requérants allèguent qu'il n'a pas été satisfait aux exigences du Décret sur les lignes directrices en ce sens qu'on n'a effectué aucune évaluation initiale des effets néfastes que peuvent avoir sur l'environnement les visites projetées, et qu'aucune proposition n'a été soumise au ministre de l'Environnement en vue de la tenue d'un examen public — Les décrets contestés ne sont pas assujettis au Décret sur les lignes directrices.

Couronne — Prerogatives — La prérogative royale approuvant la visite aux ports canadiens de navires de guerre étrangers n'est pas restreinte par les lois citées par les requérants — Les décrets ont été pris dans le cadre de la compétence et du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en vertu d'une prérogative reconnue — Ils ne sont pas assujettis au Décret sur les lignes directrices — L'allégation de mauvaise foi contre le gouverneur en conseil n'a pas été établie.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Demande de *mandamus* visant à contraindre les intimés à tenir une évaluation initiale comme l'exige l'art. 10(1) du Décret sur les lignes directrices, demande de *certiorari* visant à annuler les décisions du gouverneur en conseil — Décisions prises dans l'exercice de la prérogative royale en matière de relations internationales et de défense nationale — Un *certiorari* et un *mandamus* ne peuvent être accordés lorsque la décision est de nature législative, et non administrative ou judiciaire.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Compétence exclusive de la Section de première instance en vertu de l'art. 18(1) de la Loi sur la Cour fédérale pour connaître de toute procédure engagée contre la Couronne, dont la requête introductive d'instance de contrôle judiciaire — Les questions sont du ressort des tribunaux et doivent être examinées au fond.

Preuve — Admissibilité des affidavits — Il n'est pas tenu compte des témoignages d'opinion des déposants qui ne sont pas des experts aux termes de la Règle 482 — Les questions étant de nature juridique, et non scientifique ou technique, la preuve d'expert n'est pas admissible — La preuve par oui-dire est désormais admissible lorsqu'elle est fiable et nécessaire — Les passages des affidavits et des pièces pertinents quant aux questions dont la Cour est saisie sont admissibles à titre de oui-dire.

Pratique — Parties — Jonction — Il est contre-indiqué de constituer le premier ministre intimé lorsqu'aucune réparation n'est demandée contre lui — C'est à bon droit que les autres ministres ont été constitués intimés — Il n'existe aucune loi ou règle qui oblige de mettre en cause le procureur général comme intimé dans une requête introductive d'instance, plutôt que Sa Majesté la Reine — Le défaut de nommer le procureur général à la place de Sa Majesté n'entraîne pas l'irrecevabilité de la présente demande.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Practice — Pleadings — Motion to strike — Discretion to strike originating motion for judicial review exercised only where no basis for proceeding by originating motion.

SOMMAIRE (Fin)

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Le pouvoir discrétionnaire de radier une requête introductive d'instance de contrôle judiciaire ne doit être exercé que si la requête introductive d'instance est irrecevable.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 1, Part 1

1994, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

A-421-93

v.

Canderel Limited (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

A-421-93

c.

a

Canderel Limitée (*intimée*)

INDEXED AS: CANDEREL LTD. v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANDEREL LTÉE c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Létourneau JJ.A.—Montréal, August 3, 4 and 5, 1993.

b Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 3, 4 et 5 août 1993.

Practice — Pleadings — Amendments — Appeal from denial of motion for leave to amend amended reply to notice of appeal for fourth time — Where delay in bringing motion too great, where new issue raised, and where amendment could lead to recall of all witnesses and experts, amendment refused — Amendment must be relevant, must not result in injustice not compensable by award of costs, and must serve interests of justice (legitimate expectation of courts, parties litigation coming to end).

c *Pratique — Plaidoiries — Modifications — Appel interjeté contre le rejet de la requête visant l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, la réplique modifiée à l'avis d'appel — La modification est refusée lorsqu'il y a retard excessif à présenter une requête, lorsqu'une nouvelle question est soulevée et lorsque la modification pourrait entraîner le rappel de tous les témoins et les experts — La modification doit être pertinente, ne doit pas causer d'injustice que des dépens ne pourraient réparer, et elle doit servir les intérêts de la justice (l'attente légitime du tribunal et des parties qu'un litige prenne fin).*

The issue in the case, as agreed between the parties, was whether tenant inducement payments were deductible when made, as claimed by the respondent, or whether they should be amortized over the term of the lease, as determined by Revenue Canada (the timing issue). On the fifth day of the trial before the Tax Court of Canada, the Crown presented a motion for leave to amend its reply to the notice of appeal for the fourth time. The proposed amendment raised a new issue. The motion was dismissed on the grounds that the timing of the motion was not proper and that it could have been brought much earlier. There was an implicit rejection of the appellant's allegation of surprise to explain the delay in bringing the motion. This was an appeal from that interlocutory judgment.

d Les parties ont convenu que la question litigieuse consistait à savoir si les paiements incitatifs aux locataires étaient déductibles au moment où ils étaient faits, comme le soutenait l'intimée, ou s'ils devaient être amortis sur la durée du bail, comme l'a déterminé Revenu Canada (la question temps). Le cinquième jour du procès devant la Cour canadienne de l'impôt, la Couronne a présenté une requête visant à obtenir l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, sa réplique à l'avis d'appel. La modification proposée soulevait une nouvelle question. La requête a été rejetée au motif qu'elle n'avait pas été demandée au bon moment, et qu'elle aurait pu être présentée beaucoup plus tôt. Il y avait un rejet implicite de l'allégation de surprise qu'invoque l'appelante pour expliquer son retard à présenter la requête. Il s'agissait d'un appel à l'encontre de ce jugement interlocutoire.

Held, the appeal should be dismissed.

g *Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

It is well established that the Court of Appeal cannot intervene, in the absence of an error of law, with a discretionary order of a judge.

h Il est bien établi que la Cour d'appel ne peut intervenir, s'il n'y a pas eu erreur de droit, dans l'ordonnance discrétionnaire d'un juge.

With respect to amendments, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real question in controversy between the parties, provided, notably, to do so would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice (courts and parties having a legitimate expectation in the litigation coming to an end).

i En ce qui concerne les modifications, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice (les tribunaux et les parties s'attendant légitimement à ce que les litiges prennent fin).

In the case at bar, the real question in controversy had been known to both parties and agreed upon by them long before the trial began. All the facts were disclosed before the beginning of the trial. There was no justification for waiting until the fifth day of the trial to bring the motion for leave to amend. Further-

j En l'espèce, la question en litige était connue des parties et elles en avaient convenu longtemps avant le procès. Tous les faits avaient été déposés avant le procès. Il n'y avait aucune raison d'attendre le cinquième jour du procès pour présenter la requête en vue d'apporter une modification. De plus, la modifi-

more, the amendment could not stand with the admission by counsel for the appellant that the expenses were not on account of capital, and no leave was sought to withdraw that admission. While an admission may be withdrawn with leave of the Court, the motion to amend cannot be considered an implicit motion for leave to withdraw the admission.

On the facts of this case, it was open to the Trial Judge to find that the proposed amendment, in the circumstances, manner and time in which it was sought, by its very nature and by its impact on a trial that was coming to an end was an abuse of process.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(b).
Tax Court of Canada Rules (General Procedure),
 SOR/90-688, R. 54.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Queen v. Aqua-Gem Investment Ltd. (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (F.C.A.); *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 88 DTC 5028; 99 N.R. 75 (F.C.A.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Meyer v. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.); *Glisic v. Canada*, [1988] 1 F.C. 731; (1987), 80 N.R. 39 (C.A.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 38 (H.L.); *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen* (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Northwest Airporter Bus Service Ltd. v. The Queen and Minister of Transport (1978), 23 N.R. 49 (F.C.A.); *The Queen v. Special Risks Holdings Inc.*, [1984] CTC 563; (1984), 84 DTC 6215 (F.C.A.); affg [1984] CTC 71; (1983), 84 DTC 6054 (F.C.T.D.); *Francoeur v. Canada*, [1992] 2 F.C. 333 (C.A.); *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168; 211 A.P.R. 168 (C.A.); *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] S.C.R. 66; (1963), 63 DTC 1219; *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12; (1970), 70 DTC 6043 (Ex. Ct.).

APPEAL from an interlocutory judgment of the Tax Court of Canada ([1993] T.C.J. 298 (QL)) dismissing the appellant's motion, on the fifth day of trial and raising a new issue, for leave to amend her amended reply to the notice of appeal for a fourth time. Appeal dismissed.

cation n'était pas compatible avec l'aveu de l'avocat de l'appelante que les dépenses n'avaient pas été faites à titre de capital, et on n'a pas sollicité l'autorisation de retirer cet aveu. Bien qu'un aveu puisse être retiré avec l'autorisation de la Cour, la requête en modification ne peut être considérée une requête implicite en vue d'obtenir l'autorisation de retirer l'aveu.

Selon les faits de l'espèce, il était loisible au juge de première instance de conclure que la modification envisagée, dans les circonstances et au moment où elle était sollicitée, et de la façon dont elle était présentée, de sa nature même et par ses répercussions sur le procès qui arrivait à sa fin, constituait un abus des procédures de la Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(b).
Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688, Règle 54 (mod. par DORS/93-96, art. 10).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

La Reine c. Aqua-Gem Investment Ltd. (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.F.); *La Reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 88 DTC 5028; 99 N.R. 75 (C.A.F.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Meyer c. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.); *Glisic c. Canada*, [1988] 1 C.F. 731; (1987), 80 N.R. 39 (C.A.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 38 (H.L.); *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine* (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Northwest Airporter Bus Service Ltd. c. La Reine et Ministre des Transports (1978), 23 N.R. 49 (C.A.F.); *La Reine c. Special Risks Holdings Inc.*, [1984] CTC 563; (1984), 84 DTC 6215 (C.A.F.); conf. [1984] CTC 71; (1983), 84 DTC 6054 (C.F. 1^{re} inst.); *Francoeur c. Canada*, [1992] 2 C.F. 333 (C.A.); *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168; 211 A.P.R. 168 (C.A.); *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] R.C.S. 66; (1963), 63 DTC 1219; *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12; (1970), 70 DTC 6043 (C. de l'É.).

APPEL interjeté à l'encontre d'un jugement interlocutoire de la Cour canadienne de l'impôt ([1993] T.C.J. 298 (QL)) qui rejetait la requête de l'appelante, faite au cinquième jour du procès et soulevant une nouvelle question, présentée en vue d'obtenir l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, la réplique modifiée à l'avis d'appel. Appel rejeté.

COUNSEL:

Alnasir Meghji for appellant.
Guy Du Pont and *S. Klar* for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Phillips & Vineberg, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

DÉCARY J.A.: This is an appeal from an interlocutory judgment of the Tax Court of Canada [[1993] T.C.J. 298 (QL)] dismissing the appellant's motion for leave to amend her amended reply to the notice of appeal for a fourth time. The motion was made on the fifth day of the trial. The issue until then, as agreed between the parties, was whether tenant inducement payments, which the appellant had admitted to be a current expenditure, were deductible when made, as claimed by the respondent, or whether they should be amortized over the term of the lease, as determined by Revenue Canada (the timing issue). The appellant, through the proposed amendment, wanted to raise for the first time an argument (the capital expenditure issue), which she thus framed:¹

In the alternative, if this Honourable Court find that the payments of the tenant inducements in question are properly characterized as being on capital account, he submits that no amount in respect thereof may be deducted in computing the Appellant's income by virtue of paragraph 18(1)(b) of the *Act* other than those amounts in respect thereof which may be deducted pursuant to paragraph 20(1)(b) of the *Act*.

The Trial Judge, in refusing to grant leave to amend, found as follows:²

Basically the appeal of Canderel involves the issue of whether tenant inducement payments may be expensed when made, as is claimed, or whether such payments should be amortized over the term of a lease, as is the position of Revenue Canada.

In June of 1990 the appellant was reassessed with reference to the expensing of the payments in 1986 and such reassessment was objected to, subsequently confirmed, and the appeal

AVOCATS:

Alnasir Meghji pour l'appelante.
Guy Du Pont et *S. Klar* pour l'intimée.

a PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Phillips & Vineberg, Montréal, pour l'intimée.

b *Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement interlocutoire par lequel la Cour canadienne de l'impôt [[1993] T.C.J. 298 (QL)] rejetait la requête de l'appelante visant à obtenir l'autorisation de modifier, pour la quatrième fois, sa réplique modifiée à l'avis d'appel. La requête a été faite le cinquième jour du procès. La question litigieuse jusqu'alors, comme en ont convenu les parties, consistait à savoir si les paiements incitatifs aux locataires, que l'appelante a reconnu être une dépense courante, étaient déductibles au moment où ils étaient faits, comme le soutient l'intimée, où s'ils devaient être amortis sur la durée du bail, comme le soutient Revenu Canada (la question temps). L'appelante, au moyen de la modification envisagée, voulait soulever pour la première fois un argument (la question de la dépense en immobilisations), qu'elle a exprimé comme suit¹:

[TRADUCTION] Subsidièrement, si la Cour conclut que les paiements en question sont à juste titre qualifiés de paiements à titre de capital, il soutient qu'aucune somme s'y rapportant ne peut être déduite dans le calcul du revenu de l'appelante en vertu de l'alinéa 18(1)b) de la *Loi*, sauf les sommes qui peuvent être déduites conformément à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi*.

Le juge de première instance, en refusant l'autorisation de modifier la réplique, a conclu comme suit²:

Essentiellement, l'appel de Canderel soulève la question de savoir si les paiements incitatifs aux locataires peuvent être portés aux dépenses lorsqu'ils sont effectués, comme elle le prétend, ou s'ils doivent être amortis sur la durée du bail, comme le soutient Revenu Canada.

En juin 1990, ce dernier a établi à l'égard de l'appelante une nouvelle cotisation relativement aux paiements qu'elle avait portés aux dépenses en 1986. L'appelante s'y est opposée,

¹ A.B., at p. 40.

² A.B., at pp. 59-61.

¹ D.A., à la p. 40.

² D.A., aux p. 59 à 61.

filed. No mention was made of the payments being characterized on capital account.

The reply made no mention of capital, nor did an amended reply consented to by the appellant. In 1992 in the amended reply reference was made to the company in its financial statements capitalizing the payments and amortizing them over the term of the lease. This however was not the income tax treatment followed by the appellant.

After a status hearing held in August of 1992 the appeal was scheduled to be heard on March 3, 1993 and continuing for a total of three days.

Lists of documents were exchanged, examinations for discovery were held and the original date of March 3, 1993 for the hearing was adjourned so that two motions could be made, one by each party. Of significance at the motions' hearing was that the counsel who appeared for the respondent clearly indicated that the matter would be decided likely on the testimony of the various experts as to which method of expensing the payments was correct. No mention was made that such payments would be considered in whole or in part as capital.

The trial commenced on May 31, 1993 and on the sixth day, after several witnesses were heard, including various experts, this motion was presented to the Court.

It was the opinion of the Court that, given the delay in this motion, it is an abuse of process in that it could have been brought much earlier. The proposed amendment raised a new issue and therefore constituted a new reassessment. Such an amendment at a late stage was considered and refused in the case of *The Queen v. Cecil McLeod* (1990), 90 DTC 6281 (F.C.T.D.).

The timing of the amendment was not proper. It could lead to a recall of all the witnesses and the experts to consider in their testimony the proposed change. A similar situation was held to be an abuse of process in *Special Risks Holdings Inc. v. The Queen* (1984), 84 DTC 6054 (F.C.T.D.), where Walsh J., said at page 6057:

“ . . . no proceeding should be entertained, even if it might be found to have some relevance, when it seeks the introduction of material, which the parties could have sought to introduce many months earlier, and which if granted would have the effect of preventing the action from proceeding. For this reason alone therefore the motion is an abuse of the process of the Court and cannot be entertained.”

This judgment was upheld by the Federal Court of Appeal.

While it may be argued that the amendment could be remedied to the appellant by way of costs such does not override the decision in the *Special Risks Holding Inc.*, case (*supra*).

mais la nouvelle cotisation a ensuite été confirmée, et l'appel interjeté. Il n'a pas été mentionné que les paiements étaient qualifiés de paiements à titre de capital.

La réponse ne faisait pas mention de capital, ni d'ailleurs une réponse modifiée, à laquelle l'appelante a consenti. En 1992, la réponse modifiée mentionnait l'hypothèse que, dans ses états financiers, la compagnie avait capitalisé les paiements et les avait amortis sur la période du bail. Ce n'est toutefois pas le traitement fiscal qu'a adopté l'appelante.

À la suite de l'audience sur l'état de l'instance tenue en août 1992, l'appel a été fixé pour audition le 3 mars 1993, laquelle audition devait se poursuivre pendant trois jours.

Les parties ont échangé des listes de documents, tenu des interrogatoires préalables, et la date originale du 3 mars 1993 prévue pour l'audition a été reportée de façon à ce que chaque partie puisse présenter une requête. Il est à signaler qu'à l'audition de la requête, l'avocat de l'intimée a clairement indiqué que l'issue de l'affaire reposait vraisemblablement sur les témoignages des différents experts portant sur la façon appropriée de traiter les paiements. On n'a pas mentionné que ceux-ci seraient considérés en tout ou en partie comme des paiements à titre de capital.

Le procès s'est ouvert le 31 mai 1993 et, le sixième jour, après que plusieurs témoins, dont divers experts, eurent été entendus, la présente requête a été présentée à la Cour.

La Cour s'est dit d'avis que, compte tenu de sa tardiveté, la requête constituait un abus de procédure puisqu'elle aurait pu être présentée beaucoup plus tôt. La modification projetée soulevant une question supplémentaire, elle constituait une nouvelle cotisation. Une telle modification à une étape tardive a été considérée puis refusée dans l'arrêt *La Reine c. Cecil McLeod* (1990), 90 DTC 6281 (C.F. 1^{re} inst.).

La modification en question n'a pas été demandée au bon moment. Elle pourrait obliger les parties à rappeler tous les témoins et les experts à témoigner en tenant compte de la modification projetée. Dans l'arrêt *Special Risks Holdings Inc. c. La Reine* (1984), 84 DTC 6054 (C.F. 1^{re} inst.), on a jugé qu'une situation semblable constituait un abus de procédure. À la page 6057, le juge Walsh a dit:

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE] «Même si l'on estime qu'elle pourrait avoir une certaine pertinence, aucune procédure ne peut être admise quand elle a pour but d'introduire des documents que les parties auraient pu produire plusieurs mois auparavant et dont l'admission aurait pour effet de retarder l'instruction de l'action. Par conséquent, et pour ce seul motif, la requête constitue un usage abusif des procédures de la cour et ne peut être accueillie.»

La Cour d'appel fédérale a confirmé ce jugement.

Bien qu'on puisse soutenir que l'appelante pourrait être dédommagée de l'effet de la modification grâce aux frais, une telle solution ne l'emporte pas sur l'arrêt *Special Risks Holdings Inc.*, (précité).

The motion is dismissed, with costs, to the appellant and he is allowed to submit all documents which form the basis of his objection to the motion.

We may add that on May 16, 1989, the Minister of National Revenue (the Minister) had conceded that the payments in issue were deductible on account of income and were not eligible capital expenditures as that expression is defined in the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act). He had recognized that the issue was not one of deductibility, but one of timing of the deduction. Later, on February 14, 1990, the Minister's auditor had indicated in his report that [TRANSLATION] "The payments are deductible, but they should be amortized over the term of the lease, not deducted in the year they are made".³ Further, on August 18, 1992, during the examination for discovery on behalf of the Minister of his own auditor, the auditor admitted that there was an agreement between Revenue Canada and the taxpayer that the inducement payments were expenses incurred for the purposes of gaining or producing income from the taxpayer's business and that there was no issue here of these expenses being on account of capital within the meaning of paragraph 18(1)(b) of the Act. Finally, on May 31, 1993, the first day of the trial, counsel for the appellant stated as follows:⁴

Now, the issue at the end of the day . . . of course is, when you compute your profits under S. 9: what method of computing most nearly accurately reflects the profit for the year? That's the ultimate legal question in respect of any dispute under the *Income Tax Act* within the confines of 9(1).

At the beginning of the trial, counsel for the respondent made a rather extensive opening statement wherein he outlined respondent's case to the Court. The statement contained various allegation of fact upon which the respondent intended to rely in advancing its case or refuting the appellant's case. After hearing the outline of the respondent's case, counsel for the appellant objected to the admission of any evidence in respect of various facts outlined in the statement on the basis that a substantial number of these facts had not been pleaded in the notice of appeal. In particular, counsel objected to the admission of any evidence relating to Canderel's impair-

³ A.B., at p. 102.

⁴ Supp. A.B., at p. 41.

La requête est rejetée avec frais à l'appelante, qui est autorisée à soumettre tous les documents pertinents à ses objections à la requête.

Ajoutons que le 16 mai 1989, le ministre du Revenu national (le ministre) a concédé que les paiements litigieux étaient déductibles à titre de revenu et qu'ils ne constituaient pas des dépenses en immobilisations admissibles au sens de la définition de cette expression dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi). Il a reconnu que la question ne portait pas sur la déductibilité, mais sur le moment de la déduction. Plus tard, le 14 février 1990, le vérificateur du ministre a indiqué dans son rapport que «Les paiements sont déductibles mais sur la durée du bail et non au cours de l'année dans laquelle il[s] [sont] effectués»³. De plus, le 18 août 1992, au cours de l'interrogatoire préalable du vérificateur du ministre pour le compte de ce dernier, le vérificateur a admis l'existence d'une entente entre Revenu Canada et la contribuable selon laquelle les paiements incitatifs constituaient des dépenses engagées en vue de tirer un revenu de l'entreprise du contribuable, et que nul ne prétendait que les dépenses étaient faites à titre de capital au sens de l'alinéa 18(1)b) de la Loi. Finalement, le 31 mai 1993, soit le premier jour du procès, l'avocat de l'appelante a dit ce qui suit⁴:

[TRANSLATION] Eh bien, en fin de compte, la question . . . naturellement, est de savoir quelle méthode de calcul des bénéfices visés à l'article 9, reflète le plus exactement le bénéfice tiré pour l'année en cause? C'est là le point juridique essentiel de tout différend fiscal en ce qui concerne le paragraphe 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Au début du procès, l'avocat de l'intimée a fait un exposé préliminaire considérable dans lequel il traçait les grandes lignes de la position de sa cliente pour la Cour. L'exposé contenait différentes allégations de fait sur lesquelles l'intimée entendait se fonder à l'appui de sa position ou pour réfuter celle de l'appelante. Après avoir entendu les grandes lignes de la thèse de l'intimée, l'avocat de l'appelante s'est opposé à la recevabilité de tout élément de preuve ayant trait à différents faits relatés dans l'exposé, au motif qu'un nombre considérable d'entre eux n'avaient pas été plaidés dans l'avis d'appel. Plus particulièrement, l'avocat de l'appelante s'est opposé à la recevabilité

³ D.A., à la p. 102.

⁴ Supp. au D.A., à la p. 41.

ment of capital and Canderel's reputation. The Trial Judge dismissed the objection and the appellant did not appeal his ruling.

In his submissions, counsel for the appellant had said the following:⁵

Now at this date, in my respectful submission, this evidence should either not go in at all, or if it goes in, we should have time to examine it and, if necessary, ask questions in respect of it in the normal course of civil procedure by way of examination for discovery.

He did not intimate that he would seek leave to amend in order to add a new issue (the capital expenditure issue), nor did he ask to examine for discovery some witnesses with respect to this allegedly new evidence. He was satisfied with not appealing the ruling dismissing his objection. The trial, therefore, started and went on for four days on the very issue (the timing issue) that had been agreed upon by counsel. Counsel for the appellant conceded before us that the allegedly new evidence could have been brought by the respondent in support of the position it was taking with respect to the timing issue and was thus not necessarily related to the capital expenditure issue. One must assume that the Trial Judge in dismissing the objection found the allegedly new facts to be relevant to the timing issue, the only issue which was then before him.

On the fifth day of the trial, counsel for the appellant came up with his proposed amendment. He made his request on the basis that the respondent had led evidence in respect of various allegations of fact made in the opening statement that had not been pleaded and which, if accepted by the Court, might properly lead to the legal result that the payments were capital in nature.

In dismissing the motion to amend, the Trial Judge found, as we have seen, that the timing of the motion was "not proper" and that "it could have been

⁵ Supp. A.B., at p. 42.

de tout élément de preuve relatif à l'insuffisance de capital de Canderel et à la réputation de cette dernière. Le juge de première instance a rejeté l'objection, et l'appelante n'en a pas appelé de cette décision.

Dans ses observations, l'avocat de l'appelante disait ce qui suit⁵:

[TRADUCTION] À cette étape, à mon humble avis, ces éléments de preuve ne devraient pas du tout être accueillis, ou s'ils le sont, nous devrions avoir le temps de les étudier et, si nécessaire, de poser des questions à leur égard dans le cours normal des procédures civiles par voie d'examen préalable.

Il n'a pas laissé entendre qu'il demanderait l'autorisation de modifier la réplique afin d'ajouter une nouvelle question (celle de la dépense en immobilisations), pas plus qu'il n'a demandé à interroger au préalable quelques témoins à l'égard de ce qui serait de nouveaux éléments de preuve. Il lui convenait de ne pas en appeler de la décision qui rejetait son objection. Le procès a par conséquent commencé et il s'est poursuivi pendant quatre jours, consacré précisément à la question (la question temps) sur laquelle s'étaient entendus les avocats. L'avocat de l'appelante a concédé devant nous que la prétendue nouvelle preuve aurait pu être présentée par l'intimée à l'appui de sa position à l'égard du moment où devait se faire la déduction, et qu'elle n'était donc pas nécessairement reliée à la question de la dépense en immobilisations. On doit présumer que le juge de première instance, en rejetant l'objection, a conclu que les prétendus nouveaux faits étaient pertinents à la question temps, la seule question dont il était alors saisi.

Le cinquième jour du procès, l'avocat de l'appelante a présenté la modification qu'il voulait faire. Il a fait sa demande en alléguant que l'intimée avait soumis des éléments de preuve à l'égard de différentes allégations de faits contenues dans l'exposé préliminaire qui n'avaient pas été plaidés et qui, si la Cour les accueillait, pourraient avoir pour effet juridique d'accorder aux paiements le caractère de dépenses en immobilisations.

En rejetant la requête en modification, le juge de première instance a conclu, comme nous l'avons vu, qu'«elle n'avait pas été demandée au bon moment» et

⁵ Supp. au D.A., à la p. 42.

brought much earlier". Implicit in that finding, in our view, is the rejection of the appellant's allegation of surprise to explain why her motion was not made at an earlier time. There is, indeed, ample evidence to support this implicit finding of fact that the allegedly new evidence appeared in or transpired from the evidence already in the record. Suffice it to refer to the respondent's representations made in April 1989 to the Minister, to the examination for discovery of a representative of the respondent in August 1992, to the expert reports and to the further discovery by the appellant of a representative of the respondent five days before the date set for the beginning of the trial. Naivety and passivity should not be confused with lack of knowledge.

This Court, in *The Queen v. Aqua-Gem Investment Ltd.*,⁶ has reaffirmed that it "cannot intervene in the absence of an error of law" with a discretionary order of a judge. MacGuigan J.A. went on to quote from *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (F.C.A.), at page 5029, where Mahoney J.A. had applied the principles as stated by Lord Diplock in *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.) at page 317:

... an appellate court ought not to substitute its own "discretion" for that of the judge merely because its members would themselves have regarded the balance as tipped against the way in which he had decided the matter. They should regard their function as primarily a reviewing function and should reverse his decision only in cases either ... where they are satisfied that the judge has erred in principle by giving weight to something which he ought not to have taken into account or by failing to give weight to something which he ought to take into account;

With respect to amendments, it may be stated, as a result of the decisions of this Court in *Northwest Airporter Bus Service Ltd. v. The Queen and Minister of Transport*;⁷ *The Queen v. Special Risks Holdings Inc.*;⁸ *Meyer v. Canada*;⁹ *Glisic v.*

⁶ (1993), 93 DTC 5080 (F.C.A.) at p. 5096.

⁷ (1978), 23 N.R. 49 (F.C.A.).

⁸ [1984] CTC 563 (F.C.A.); affg [1984] CTC 71 (F.C.T.D.).

⁹ (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.).

qu'«elle aurait pu être présentée beaucoup plus tôt». À notre avis, cette conclusion comprend implicitement le rejet de l'allégation de l'appelante lorsqu'elle invoque la surprise pour expliquer pourquoi elle n'a pas fait sa requête plus tôt. Il existe de fait amplement de preuves pour appuyer cette conclusion de fait implicite que la prétendue nouvelle preuve était contenue dans la preuve déjà au dossier ou s'en dégageait. Il suffit de renvoyer aux observations que l'intimée a adressées au ministre en avril 1989, à l'examen préalable d'un représentant de l'intimée en août 1992, aux rapports des experts et à l'autre interrogatoire, par l'appelante, d'un représentant de l'intimée cinq jours avant la date fixée pour le début du procès. Il ne faut pas prendre la naïveté et la passivité pour l'absence de connaissance.

Cette Cour, dans l'arrêt *La Reine c. Aqua-Gem Investment Ltd.*,⁶ a réaffirmé qu'elle «ne peut intervenir s'il n'y a pas eu erreur de droit» dans l'ordonnance discrétionnaire d'un juge. Le juge MacGuigan, J.C.A., a ensuite cité l'arrêt *La Reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (C.A.F.), à la page 5029, dans lequel le juge Mahoney, J.C.A., avait appliqué les principes exposés par lord Diplock dans l'arrêt *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.), à la page 317:

... un tribunal d'appel ne devrait pas substituer son propre «pouvoir discrétionnaire» à celui du juge simplement parce que ses membres auraient personnellement jugé que la prépondérance de la preuve allait contre la décision qu'il a rendue dans l'espèce. Ils devraient considérer que leurs fonctions relèvent principalement de l'examen, et ils ne devraient infirmer la décision du juge que dans les circonstances où ... ils sont convaincus que le juge a commis une erreur de principe soit en attachant de l'importance à un élément dont il n'aurait pas dû tenir compte, soit en ne tenant pas compte d'un élément qu'il aurait dû prendre en considération;

En ce qui concerne les modifications, on peut dire, à la suite des décisions de cette Cour dans les affaires *Northwest Airporter Bus Service Ltd. c. La Reine et Ministre des Transports*;⁷ *La Reine c. Special Risks Holdings Inc.*;⁸ *Meyer c. Canada*;⁹ *Glisic c.*

⁶ (1993), 93 DTC 5080 (C.A.F.), à la p. 5096.

⁷ (1978), 23 N.R. 49 (C.A.F.).

⁸ [1984] CTC 563 (C.A.F.); conf. [1984] CTC 71 (C.F. 1^{re} inst.).

⁹ (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.).

*Canada*¹⁰ and *Françœur v. Canada*¹¹ and of the decision of the House of Lords in *Ketteman v. Hansel Properties Ltd*¹² which was referred to in *Françœur*, that while it is impossible to enumerate all the factors that a judge must take into consideration in determining whether it is just, in a given case, to authorize an amendment, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice.¹³

As regards injustice to the other party, I cannot but adopt, as Mahoney J.A. has done in *Meyer*,¹⁴ the following statement by Lord Esher, M.R. in *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), at page 558:

There is no injustice if the other side can be compensated by costs: but, if the amendment will put them into such a position that they must be injured, it ought not to be made.

and the statement immediately following:

And the same principle was expressed, I think perhaps somewhat more clearly, by Bowen, L.J., who says that an amendment is to be allowed "whenever you can put the parties in the same position for the purposes of justice that they were in at the time when the slip was made."

To apply that rule to the present case; if the amendment is allowed now, will the plaintiff be in the same position as if the defendants had pleaded correctly in the first instance?

¹⁰ [1988] 1 F.C. 731 (C.A.).

¹¹ [1992] 2 F.C. 333 (C.A.).

¹² [1988] 1 All ER 38 (H.L.).

¹³ Rule 54 of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, [SOR/90-688] which applies in this instance, is not substantially different from Rule 420 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663].

¹⁴ *Supra*, note 9 at p. 72.

*Canada*¹⁰ et *Françœur c. Canada*¹¹, et de la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Ketteman v. Hansel Properties Ltd*¹² citée dans l'arrêt *Françœur*, que même s'il est impossible d'énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s'il est juste, dans une situation donnée, d'autoriser une modification, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice¹³.

En ce qui concerne l'injustice causée à l'autre partie, je ne puis qu'adopter, comme l'a fait le juge Mahoney, J.C.A., dans l'arrêt *Meyer*¹⁴, les propos suivants de lord Esher, M.R., dans l'arrêt *Steward v. North Metropolitan Tramway Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), à la page 558:

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'injustice si la partie adverse peut être indemnisée au moyen d'une adjudication de dépens; cependant, si la modification aurait pour effet de placer la partie adverse dans une position telle qu'elle doive en subir un préjudice, elle ne doit pas être faite.

et les paroles qui leur font suite:

[TRADUCTION] Et le même principe a été exposé, un peu plus clairement je crois, par le juge Bowen, qui dit qu'une modification doit être autorisée «lorsqu'il est possible de mettre les parties dans la même situation, aux fins de la justice, que celle dans laquelle elles étaient lorsque l'erreur a été commise».

Lorsqu'il s'agit d'appliquer cette règle à la présente affaire, demandons-nous, dans l'éventualité où la modification serait accueillie présentement, si le demandeur serait dans la même position que celle dans laquelle il aurait été si les défendeurs avaient correctement plaidé dès le début?

¹⁰ [1988] 1 C.F. 731 (C.A.).

¹¹ [1992] 2 C.F. 333 (C.A.).

¹² [1988] 1 All ER 38 (H.L.).

¹³ La Règle 54 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)* [DORS/90-688] (mod. par DORS/93-96, art. 10), qui s'applique en l'espèce, ne diffère pas considérablement de la Règle 420 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663].

¹⁴ Précité, note 9 à la p. 72.

While written in a slightly different context, the following remarks by Stone J.A. in *Glisic*¹⁵ are particularly relevant:

In my view, a plaintiff ought not to be left to guess what provisions, in addition to those expressly pleaded, may be relied upon at trial by way of defence. The record suggests that the respondent was aware of this possible ground of defence shortly after the seizure occurred . . . Had it been properly raised prior to commencement of the trial, the appellant would have been able to prepare his case accordingly and, if he thought fit, to retain counsel. On the other hand, had it been raised earlier in the trial itself, before the parties had closed their respective cases, its propriety could have been ruled upon in good time and the learned Trial Judge could have determined whether any prejudice to the appellant might result.

As regards interests of justice, it may be said that the courts and the parties have a legitimate expectation in the litigation coming to an end and delays and consequent strain and anxiety imposed on all concerned by a late amendment raising a new issue may well be seen as frustrating the course of justice.¹⁶ The principles were in our view best summarized by Lord Griffiths, speaking for the majority, in *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*¹⁷

This was not a case in which an application had been made to amend during the final speeches and the court was not considering the special nature of a limitation defence. Furthermore, whatever may have been the rule of conduct a hundred years ago, today it is not the practice invariably to allow a defence which is wholly different from that pleaded to be raised by amendment at the end of the trial even on terms that an adjournment is granted and that the defendant pays all the costs thrown away. There is a clear difference between allowing amendments to clarify the issues in dispute and those that permit a distinct defence to be raised for the first time.

Whether an amendment should be granted is a matter for the discretion of the trial judge and he should be guided in the exercise of the discretion by his assessment of where justice lies. Many and diverse factors will bear on the exercise of this discretion. I do not think it possible to enumerate them all or wise to attempt to do so. But justice cannot always be measured in terms of money and in my view a judge is entitled to weigh in the balance the strain the litigation imposes on liti-

¹⁵ *Supra*, note 10, at p. 740.

¹⁶ See *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168 (C.A.); *Glisic v. Canada*, *supra*, note 10.

¹⁷ *Supra*, note 12, at p. 62.

Écrites dans un contexte légèrement différent, les remarques suivantes du juge Stone, J.C.A., dans l'arrêt *Glisic*¹⁵ n'en sont pas moins particulièrement pertinentes:

À mon avis, le demandeur ne devrait pas avoir à deviner quelles dispositions, à part celles expressément invoquées, peuvent être citées par la défense à l'instruction. Il ressort du dossier que l'intimée était, peu après la saisie, au courant de la possibilité de ce moyen de défense . . . Si ce moyen avait, de façon appropriée, été invoqué avant le commencement du procès, l'appellant aurait pu préparer sa défense en conséquence, et, s'il le jugeait approprié, retenir les services d'un avocat. D'autre part, s'il avait été soulevé plus tôt au procès lui-même, avant la clôture des plaidoiries des parties, sa validité aurait pu être tranchée en temps voulu, et le juge de première instance aurait pu déterminer s'il en résultait un préjudice pour l'appellant.

Pour ce qui est des intérêts de la justice, on peut dire que les tribunaux et les parties sont en droit de s'attendre à ce qu'un procès aboutisse, et les retards et la tension et les inquiétudes que suscite chez toutes les parties concernées une modification tardive soulevant une nouvelle question, peuvent fort bien être considérés comme un obstacle aux fins de la justice¹⁶. À notre sens, ces principes ont été le mieux résumés par lord Griffiths, s'exprimant pour la majorité, dans l'arrêt *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.*¹⁷:

[TRADUCTION] Il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle on avait demandé de faire une modification au cours des plaidoiries finales et la Cour n'étudiait pas la nature particulière d'une défense fondée sur la prescription. En outre, quelle que puisse avoir été la règle de conduite il y a cent ans, il n'est pas d'usage aujourd'hui d'autoriser invariablement qu'une défense entièrement différente de celle qui a été plaidée soit opposée au moyen de modifications au terme du procès, même à la condition qu'il y ait ajournement et que le défendeur paie tous les frais faits inutilement. Il existe une claire distinction entre les modifications ayant pour but de rendre plus claires les questions en litige, et celles qui permettent de soulever une défense différente pour la première fois.

Il appartient au juge de première instance de décider s'il y a lieu d'autoriser une modification, et il doit se laisser guider dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, par sa perception de la justice. De nombreux et divers facteurs influenceront sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Je ne crois pas possible ni sage de tenter de les énumérer tous. Mais la justice ne peut toujours se mesurer en fonction d'une somme d'argent, et à mon sens un juge est en droit de mettre dans la balance la

¹⁵ Précité, note 10, à la p. 740.

¹⁶ Voir l'arrêt *Johnston v. Law Society of Prince Edward Island* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 168 (C.A.); *Glisic v. Canada*, précité, note 10.

¹⁷ Précité, note 12, à la p. 62.

gants, particularly if they are personal litigants rather than business corporations, the anxieties occasioned by facing new issues, the raising of false hopes, and the legitimate expectation that the trial will determine the issues one way or the other. Furthermore, to allow an amendment before a trial begins is quite different from allowing it at the end of the trial to give an apparently unsuccessful defendant an opportunity to renew the fight on an entirely different defence.

Another factor that a judge must weigh in the balance is the pressure on the courts caused by the great increase in litigation and the consequent necessity that, in the interests of the whole community, legal business should be conducted efficiently. We can no longer afford to show the same indulgence towards the negligent conduct of litigation as was perhaps possible in a more leisured age. There will be cases in which justice will be better served by allowing the consequences of the negligence of the lawyers to fall on their own heads rather than by allowing an amendment at a very late stage of the proceedings. [My emphasis.]

and by Bowman T.C.J. in *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen*:¹⁸

... I prefer to put the matter on a broader basis: whether it is more consonant with the interests of justice that the withdrawal or amendment be permitted or that it be denied. The tests mentioned in cases in other courts are of course helpful but other factors should also be emphasized, including the timeliness of the motion to amend or withdraw, the extent to which the proposed amendments would delay the expeditious trial of the matter, the extent to which a position taken originally by one party has led another party to follow a course of action in the litigation which it would be difficult or impossible to alter and whether the amendments sought will facilitate the court's consideration of the true substance of the dispute on its merits. No single factor predominates nor is its presence or absence necessarily determinative. All must be assigned their proper weight in the context of the particular case. Ultimately it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done.

While it is true that leave to amend may be sought at any stage of a trial, it is safe to say that the nearer the end of the trial a motion to amend is made, the more difficult it will be for the applicant to get through both the hurdles of injustice to the other party and interests of justice. We note that in all the tax cases referred to by counsel for the appellant, the motion to amend had been made before trial or was

tension que le procès impose aux plaideurs, particulièrement s'il s'agit de particuliers plutôt que de sociétés commerciales, l'inquiétude de faire face à de nouvelles questions litigieuses, les vains espoirs soulevés, et l'attente légitime que le procès réglerait les questions dans un sens ou dans l'autre. De plus, autoriser une modification avant le début du procès est tout à fait différent de l'autoriser à la fin, pour donner à un défendeur qui ne semble pas avoir gain de cause la possibilité de reprendre la lutte avec une défense entièrement nouvelle.

Un autre facteur dont le juge doit tenir compte est la pression exercée sur les tribunaux par l'augmentation considérable des procès, et donc la nécessité que, dans l'intérêt public, les procédures soient conduites efficacement. Nous ne pouvons plus nous permettre de témoigner la même indulgence à l'égard de la conduite négligente des procès que celle peut-être possible à une époque moins fébrile. Dans certaines affaires, la justice sera mieux servie si les avocats doivent assumer les conséquences de leur incurie plutôt que d'être autorisés à faire une modification à une étape très tardive de la procédure. [C'est moi qui souligne.]

et par le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'arrêt *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine*:¹⁸

... Je préfère tout de même examiner la question dans une perspective plus large: les intérêts de la justice seraient-ils mieux servis si la demande de modification ou de rétractation était approuvée ou rejetée? Les critères mentionnés dans les affaires entendues par d'autres tribunaux sont évidemment utiles, mais il convient de mettre l'accent sur d'autres facteurs également, y compris le moment auquel est présentée la requête visant la modification ou la rétractation, la mesure dans laquelle les modifications proposées retarderaient l'instruction expéditive de l'affaire, la mesure dans laquelle la thèse adoptée à l'origine par une partie a amené une autre partie à suivre dans le litige une ligne de conduite qu'il serait difficile, voire impossible, de modifier, et la mesure dans laquelle les modifications demandées faciliteront l'examen par la Cour du véritable fond du différend. Il n'existe aucun facteur qui soit prédominant, ou dont la présence ou l'absence soit nécessairement déterminante. On doit accorder à chacun des facteurs le poids qui lui revient dans le contexte de l'espèce. Il s'agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l'intérêt qu'ont les tribunaux à ce que justice soit faite.

Même s'il est exact que l'autorisation de faire une modification peut être recherchée à toute hauteur de la procédure, on peut dire sans risque d'erreur que plus tardive est la demande, plus difficile il sera pour le requérant de surmonter le double obstacle que représentent pour lui l'injustice causée à la partie adverse et les intérêts de la justice. Nous notons que dans toutes les affaires fiscales mentionnées par l'avocat de l'appelante, la requête en modification

¹⁸ (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.), at p. 302.

¹⁸ (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.), à la p. 302.

made at trial but was to be expected by the opposing counsel during trial.¹⁹

In the case at bar, the real question in controversy (the timing issue) had been known to both parties and agreed upon by them long before the trial began. Facts enabling counsel for the appellant to try to characterize the payments on capital account were in evidence well before the trial began. Even when the allegedly undisclosed facts were disclosed to counsel just prior to the beginning of the trial, counsel did not then seek leave to amend and waited until ten o'clock on the night of the fourth day of the trial before he raised the issue with counsel for the respondent. By then, of course, witnesses, including expert witnesses, had already testified, and discoveries had been held. It was the view of the Trial Judge that the amendment "could lead to a recall of all the witnesses and the experts to consider in their testimony the proposed change."²⁰

Furthermore, the proposed amendment, while drafted "in the alternative", is obviously not an alternative argument. The Trial Judge would logically dispose of the capital expenditure issue before disposing of the timing issue. As conceded by counsel for the appellant, the Trial Judge, were he to deal first with the proposed issue as might be expected, would not even be in a position to rule in favour of the appellant on that issue because the appellant had admitted that the expenses were not on account of capital and had not sought leave to withdraw the admission. Counsel recognized, and I quote: "The amendment cannot stand with the admission." He expressed, however, the opinion that the motion to

¹⁹ In *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] S.C.R. 66, the amendment was sought after examination for discovery. In *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen*, *supra* note 18, it was sought before the examination for discovery of an officer of the Crown. In *Meyer v. Canada*, *supra*, note 9, the opposing counsel had been aware for three months before the trial began that an amendment to the statement of claim would likely be sought. In *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12 (Ex. Ct), the amendment was sought before trial.

²⁰ A.B., at p. 60.

avait été faite avant le procès, ou elle avait été faite au procès mais l'avocat de la partie adverse pouvait s'y attendre au cours du procès¹⁹.

En l'espèce, la véritable question en litige (la question temps) était connue des deux parties, et elles en avaient convenu longtemps avant le début du procès. Les faits permettant à l'avocat de l'appelante de tenter d'imputer les paiements au capital étaient déposés en preuve bien avant le début du procès. Même lorsque des prétendus faits non révélés ont été portés à la connaissance de l'avocat de l'appelante juste avant le début du procès, il n'a pas demandé l'autorisation d'apporter une modification, et il a attendu jusqu'à 22 heures le soir du quatrième jour du procès avant de soulever la question auprès de l'avocat de l'intimée. À ce stade, évidemment, les témoins, y compris les témoins experts, avaient déjà déposé, et les interrogatoires préliminaires avaient eu lieu. Le juge de première instance était d'avis que la modification «pourrait obliger les parties à rappeler tous les témoins et les experts à témoigner en tenant compte de la modification projetée²⁰».

De plus, la modification envisagée, bien qu'elle ait été rédigée «à titre subsidiaire», ne constitue évidemment pas un argument subsidiaire. Le juge de première instance statuerait logiquement sur la question de la dépense en immobilisations avant de régler la question temps. Comme l'a reconnu l'avocat de l'appelante, le juge de première instance, s'il devait statuer en premier lieu sur la question envisagée, comme on pourrait s'y attendre, ne serait même pas en mesure de conclure en faveur de l'appelante sur ce point parce que cette dernière avait admis que les dépenses n'avaient pas été faites à titre de capital, et elle n'avait pas demandé l'autorisation de retirer cet aveu. L'avocat de l'appelante a reconnu, et je le cite:

¹⁹ Dans l'affaire *Gardiner v. Minister of National Revenue*, [1964] R.C.S. 66, la modification a été demandée après l'examen au préalable. Dans l'affaire *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine*, précitée, note 18, la modification a été recherchée avant l'interrogatoire préalable d'un fonctionnaire de la Couronne. Dans l'affaire *Meyer c. Canada*, précitée, note 9, l'avocat de la partie opposée savait depuis trois mois avant le début du procès que la modification de la déclaration serait vraisemblablement demandée. Dans l'affaire *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 12 (C. de l'É.), la modification avait été recherchée avant le procès.

²⁰ D.A., à la p. 60.

amend implicitly constitutes a motion to withdraw the admission. We cannot agree. The case-law is clear: an admission may be withdrawn, but with leave of the Court, and we simply cannot find in this instance that leave was implicitly sought, assuming for the sake of discussion that it could have been so.

With an admission on file which is inconsistent and irreconcilable with the proposed amendment, what will the Trial Judge and the respondent do if the proposed amendment is granted? On what basis will the respondent prepare itself for the continuation of the trial? How can it rely on an admission the appellant obviously intends to ignore? How can an alternative argument be made when such argument is contrary to admissions agreed upon by both parties and upon which the trial proceeded and which have not been withdrawn? Surely, such an embarrassing pleading constitutes an "injustice" within the meaning of the rule respecting amendments and does not in any way help in determining the real question in controversy.

On the facts of this case, it was therefore open to the Trial Judge to find that the proposed amendment, in the circumstances, manner and time in which it was sought, by its very nature and by its impact on a trial that was coming to an end was an abuse of process. Master of the proceedings in his own house, the Trial Judge, who had taken charge of the case before it was to be heard and who had had the benefit of a pre-trial conference and of pre-trial motions, did not, in the exercise of his discretion, commit any error of law that would warrant our intervention.

The appeal shall be dismissed with costs.

[TRADUCTION] «La modification est incompatible avec l'aveu». Il a cependant exprimé l'opinion que la requête en modification constitue implicitement une requête en retrait de l'aveu. Nous sommes incapables de partager cette opinion. La jurisprudence est claire: un aveu peut être retiré, mais avec l'autorisation de la Cour, et nous ne pouvons absolument pas conclure en l'espèce que l'on a implicitement recherché une autorisation, en présumant aux fins de la discussion qu'on aurait pu le faire.

Vu la présence au dossier d'un aveu incompatible et ne pouvant se concilier avec la modification envisagée, que feront le juge de première instance et l'intimée si la modification est accordée? Sur quoi s'appuiera l'intimée pour faire face à la suite du procès? Comment peut-elle se fonder sur un aveu dont l'appelante entend évidemment ne pas faire de cas? Comment peut-on soulever un moyen subsidiaire qui est contraire aux aveux sur lesquels les parties se sont entendues, qui ont servi de fondement au procès, et qui n'ont pas été retirés? Assurément, un acte de procédure aussi embarrassant constitue une «injustice» au sens de la règle relative aux modifications, et il n'aide en rien à déterminer la véritable question en litige.

Selon les faits de l'espèce, il était donc loisible au juge de première instance de conclure que la modification envisagée, dans les circonstances et au moment où elle était sollicitée, et de la façon dont elle était présentée, de sa nature même et par ses répercussions sur le procès qui arrivait à sa fin, constituait un abus des procédures de la Cour. Maître de ses procédures chez lui, le juge de première instance, qui avait pris la direction de l'affaire avant qu'elle ne soit entendue, et qui avait bénéficié d'une conférence aussi bien que de requêtes préalables au procès, n'a pas, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, commis d'erreur de droit qui nous justifierait d'intervenir.

L'appel sera rejeté avec dépens.

	T-344-93		T-344-93
Roy Lee (Applicant)		Roy Lee (requérant)	
v.		c.	
Deputy Commissioner, Correctional Service of Canada, Pacific Region (Respondent)	T-345-93	^a Le sous-commissaire du Service correctionnel du Canada, région du Pacifique (intimé)	T-345-93
Allan Mathieson (Applicant)		^b Allan Mathieson (requérant)	
v.		c.	
Deputy Commissioner, Correctional Service of Canada, Pacific Region (Respondent)		^c Le sous-commissaire du Service correctionnel du Canada, région du Pacifique (intimé)	
<i>INDEXED AS: LEE v. CANADA (DEPUTY COMMISSIONER, CORRECTIONAL SERVICE, PACIFIC REGION) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: LEE c. CANADA (SOUS-COMMISSAIRE, SERVICE CORRECTIONNEL, RÉGION DU PACIFIQUE) (1^{re} INST.)</i>	
Trial Division, Rothstein J.—Vancouver, July 26 and 28, 1993.		^d Section de première instance, juge Rothstein—Vancouver, 26 et 28 juillet 1993.	
<i>Penitentiaries — Transfers — Applications to quash decisions to transfer inmates from maximum security penitentiary to Special Handling Unit elsewhere — As result of refusal to extend time limit for response to notification of involuntary transfer, transfer decisions issued without benefit of applicants' submissions — Acting Deputy Commissioner refusing to alter Deputy Commissioner's transfer decisions — Internal grievances denied — Transfer decisions affecting inmates' residual liberties must comply with principles of fundamental justice, including procedural fairness — Applicants denied opportunity to file meaningful responses when time limit not extended — Decision arbitrary, unnecessary — Commissioner's directive providing time limit merely guideline — Precise reasons for refusal required — Refusal to alter transfer decisions deficient as made with knowledge of information not provided to applicants prior thereto; not providing reasons therefor — Denial of internal grievance deficient as no reasons given — Oral hearings not required where information may originate with informers as not all parties before decision-maker at same time, no opportunity for cross-examination.</i>		^e <i>Pénitenciers — Transfèvements — Demandes tendant à l'annulation de décisions ordonnant le transfèrement de détenus d'un pénitencier à sécurité maximale à une unité spéciale de détention d'un autre pénitencier — Étant donné le refus de prolonger le délai de réponse à l'avis de transfèrement non sollicité, les transfèvements ont été décidés sans que les requérants aient l'occasion de présenter leurs observations — Le sous-commissaire intérimaire a refusé de modifier les décisions de transfèrement prises par le sous-commissaire — Rejet des griefs internes — Toute décision de transfèrement susceptible d'affecter ce qui reste de liberté aux détenus doit être conforme aux principes de justice fondamentale, y compris à l'équité procédurale — En ne prolongeant pas les délais prévus, on a refusé aux requérants l'occasion de répondre utilement — La décision est arbitraire, inutile — La directive du Commissaire fixant les délais ne revêt qu'un caractère indicatif — Obligation de motiver de manière précise les décisions de refus — Le refus de modifier les décisions de transfèrement sont défectueuses car fondées sur des renseignements auxquels les requérants n'avaient pas eu accès; la décision n'a pas été motivée — Le rejet des griefs internes est défectueux puisqu'il n'est pas motivé — Il n'est pas nécessaire de prévoir une audition lorsque les renseignements sont fournis par des informateurs, car toutes les parties ne comparaissent pas devant le décisionnaire en même temps; aucune occasion de procéder au contre-interrogatoire.</i>	
<i>Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Decisions to transfer inmates from maximum security penitentiary to Special Handling Unit elsewhere interfering with residual liberty — Required to be made in accordance with principles of fundamental justice under Charter, s. 7 — Including procedural fairness i.e. reasonable opportunity to make meaningful response to allegations — Decisions affecting liberty must deal with principal elements of submissions.</i>		^f <i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les décisions ordonnant le transfèrement des détenus d'un pénitencier à sécurité maximale à une unité spéciale de détention d'un autre établissement privent le détenu de ce qui lui reste de liberté — D'après l'art. 7 de la Charte, de telles décisions doivent être conformes aux principes de justice fondamentale — Cela comprend le respect de l'équité procédurale et exige notamment une occasion raisonnable de répondre</i>	
		^g	
		^h	
		ⁱ	
		^j	

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Applications to quash decisions to transfer inmates from maximum security penitentiary to Special Handling Unit elsewhere — Decisions required to conform to principles of fundamental justice, including procedural fairness — Refusal to extend time limit to respond to notification of transfer depriving applicants of opportunity to present meaningful response — Precise reasons for refusal required — Transfer decisions invalid — Refusal to alter transfer decisions made with knowledge of information not previously provided to applicants — Decision-maker to disclose all relevant information in his possession, unless would reveal identity of informants — Doubtful subordinate can objectively, independently assess superior's decision.

These were applications to quash the Deputy Commissioner's decisions to transfer the applicants from Kent, a maximum security institution, to the Special Handling Unit at the Saskatchewan Penitentiary, because he believed that the applicants had been involved in a conspiracy to commit prison breach. When prison officials learned of the conspiracy, the applicants were placed in solitary confinement. Six days later they each received a notification of recommendation for involuntary transfer indicating the reasons therefor. The applicants were given 48 hours to respond to the allegations against them pursuant to the Commissioner's directive on "Transfers of Inmates". The Acting Warden refused to extend the time to respond because he felt that the applicants posed a serious risk to the security and safety of both the institution and the community. The respondent's decisions transferring the applicants issued the following day, and the applicants were transferred the next day. The applicants filed their responses one week later. When they subsequently obtained further particulars of the alleged conspiracy, they filed further submissions. The Acting Deputy Commissioner for the Pacific Region refused to alter the transfer decisions. Although he referred to the original decisions as "my decision", the original transfer decisions were signed by the respondent. The applicants' internal grievances were also denied.

The issues were whether the transfer decisions were made in accordance with principles of natural justice or procedural fairness, which are embraced in the broader concept of fundamental justice.

Held, the applications should be allowed.

A decision to transfer an inmate to a prison where his freedom will be more severely restricted deprives the inmate of his residual liberty, and must be made in accordance with the principles of fundamental justice under Charter, section 7. Procedural fairness required that the inmates be given a reasonable

utilement aux allégations — Toute décision affectant la liberté doit tenir compte des principaux éléments présentés en réponse par les intéressés.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Demandes tendant à l'annulation de décisions ordonnant le transfèrement de détenus d'un pénitencier à sécurité maximale à l'unité spéciale de détention d'un autre établissement — Les décisions doivent être conformes aux principes de justice fondamentale, y compris à l'équité procédurale — Le refus de prolonger les délais de réponse à l'avis de transfèrement prive les requérants de l'occasion de répondre utilement — Obligation de motiver de manière précise le refus — Invalidité des décisions de transfèrement — Refus de modifier les décisions de transfèrement fondées sur des renseignements auxquels les requérants n'avaient pas eu initialement accès — Le décisionnaire doit faire état de tous les renseignements pertinents dont il dispose, à moins que cela n'ait pour résultat de révéler l'identité des informateurs — Il est douteux qu'un subordonné puisse, de manière objective et indépendante, évaluer la décision de son supérieur.

Il s'agissait de demandes tendant à l'annulation des décisions du sous-commissaire ordonnant le transfèrement des requérants de Kent, un établissement à sécurité maximale, à l'unité spéciale de détention du pénitencier de Saskatchewan, étant donné qu'il estimait que les requérants avaient participé à un complot d'évasion. Lorsque le complot a été porté à l'attention des responsables de la prison, les requérants ont été placés en quartier d'isolement. Six jours plus tard, chacun d'entre eux s'est vu notifier une recommandation de transfèrement non sollicitée motivée. Conformément à une directive du Commissaire sur le «transfèrement des détenus», on accorda à ceux-ci 48 heures pour répondre aux allégations les visant. Le directeur intérimaire refusa de prolonger le délai de réponse, estimant que les requérants posaient, pour la sécurité de l'établissement et de l'ensemble de la communauté, un risque grave. Les décisions de l'intimé ordonnant le transfèrement des requérants furent rendues le jour suivant et les requérants furent transférés le jour d'après. Les requérants transmièrent leurs observations une semaine plus tard. Lorsqu'ils finirent par obtenir des détails supplémentaires concernant le complot allégué, ils transmièrent des observations complémentaires. Le sous-commissaire intérimaire pour la région du Pacifique refusa de modifier l'ordre de transfèrement. Bien qu'il ait parlé de «ma décision», à l'origine les décisions de transfèrement avaient été signées par l'intimé. Les griefs internes présentés par les requérants ont également été rejetés.

Se posait la question de savoir si les décisions de transfèrement avaient été prises conformément aux principes de justice naturelle ou de l'équité procédurale qu'embrasse l'idée, plus large, de justice fondamentale.

Jugement: les requêtes doivent être accueillies.

La décision ordonnant le transfèrement d'un détenu vers un établissement où sa liberté sera plus sévèrement restreinte doit être prise en conformité avec les principes de justice fondamentale, comme le prévoit l'article 7 de la Charte. L'équité procédurale exige que l'on donne aux détenus l'occasion rai-

opportunity to file a meaningful response. That was denied when the Acting Warden refused to extend the time to file responses, with the result that the Deputy Commissioner, when making the transfer decisions, had only the information supplied by the Acting Warden upon which to base his decision. There was no indication that the Acting Warden gave any consideration to the possibility of any extension, even though at the time of the request the applicants had been in solitary confinement for one week. No explanation was given as to why the applicants would pose a risk even while in solitary confinement. That the Acting Warden chose not to follow the procedure for transferring inmates in emergency situations (i.e. without notification) indicated that the situation must not have been so urgent as to justify the refusal to grant an extension. The Commissioner's directives themselves do not have the force of law, but where they codify a principle of common law or, with reference to correctional institutions, apply provisions of the Charter, such codification would have the force of law because of the underlying legal force of what is codified. The refusal of an extension was unnecessary and arbitrary and deprived the applicants of their right to have their positions considered before the transfer decisions were made. The 48-hour provision was merely a guideline. In non-emergency situations, time to provide a meaningful response may involve a few extra days. Precise reasons should accompany a refusal of an extension. A general assertion about the risk to safety and security is insufficient. As the transfer decisions were made without any hearing contrary to procedural fairness, they were invalid.

The Acting Deputy Commissioner's refusal to alter the transfer decisions did not cure the deficiencies associated therewith. Additional information was provided to the applicants with said refusal which the applicants had not had when they were formulating their responses. The decision-maker must disclose all relevant information in his possession, unless to do so would reveal the identity of informants. The Acting Deputy Commissioner did not have the benefit of the applicants' submissions on the additional information. Again, the applicants were denied a fair hearing and decisions were made contrary to the principles of procedural fairness. The Acting Deputy Commissioner's decision was also deficient for not giving any reasons therefor. The Commissioner's directive required that the "reasons provided by the decision-maker shall indicate that consideration was given to the inmate's response". A statement that consideration was given to an inmate's response did not satisfy that requirement. Decisions dealing with a person's liberty must deal with the principal elements of the submissions. Finally, it was doubtful that a subordinate could approach the question of altering his superior's prior decision with the objectivity and independence that is required for a fair decision.

sonnable de répondre utilement. Les requérants ont été privés de cette occasion lorsque le directeur intérimaire a refusé de prolonger les délais de réponse et, donc, lorsque le sous-commissaire a pris les décisions ordonnant le transfèrement, il n'a pu se fonder que sur les renseignements fournis par le directeur intérimaire. Rien n'indique que le directeur intérimaire ait ne serait-ce que envisagé de prolonger les délais, bien que, à l'époque de la demande, les requérants se trouvaient depuis une semaine dans le quartier d'isolement. Aucun élément expliquant en quoi les requérants posaient un risque alors qu'ils se trouvaient dans le quartier d'isolement. Le fait que le directeur intérimaire ait choisi de ne pas suivre la procédure de transfèrement prévue pour les cas urgents (c'est-à-dire sans avis préalable) donne à penser que la situation n'était pas urgente au point de justifier le refus d'accorder une prolongation des délais. Les directives du Commissaire n'ont pas force de loi, mais lorsqu'elles ont pour effet de codifier un principe de common law ou, pour ce qui est des établissements correctionnels, lorsqu'elles assurent l'application des dispositions de la Charte, une telle codification aura force de loi parce que le principe ainsi codifié a lui-même force de loi. Le refus d'accorder une prolongation était inutile et arbitraire et a entraîné pour les requérants un déni de leur droit de faire connaître leur position avant que ne soit ordonné leur transfèrement. Le délai prévu de 48 heures n'a qu'une valeur indicative. Dans les cas non urgents, il peut s'agir simplement d'accorder quelques jours supplémentaires aux intéressés afin de leur permettre de répondre utilement. Tout refus de prolongation des délais doit être motivé de manière précise. Le fait d'invoquer, de manière générale, les exigences de la sécurité ne suffit pas. N'étant pas conformes à l'équité procédurale car les intéressés n'ont pas été entendus, les décisions de transfèrement sont invalides.

Le fait que le sous-commissaire intérimaire a refusé de modifier les décisions de transfèrement n'a pas remédié aux carences ainsi constatées. Des renseignements complémentaires ont été fournis aux requérants lorsqu'on leur a signifié le refus de prolongation, renseignements dont les requérants n'avaient pas disposé pour formuler leurs réponses. Le décisionnaire doit communiquer toute information pertinente dont il a connaissance à moins qu'une telle divulgation ait pour effet de révéler l'identité d'un informateur. Le sous-commissaire intérimaire n'a pas pu tenir compte des arguments des requérants au sujet des renseignements complémentaires. Les requérants se sont donc vu refuser une audition impartiale et les décisions en cause ont été prises contrairement aux principes de l'équité procédurale. La décision du sous-commissaire adjoint est également défectueuse du fait qu'elle n'est pas motivée. Selon la directive du Commissaire «la décision doit indiquer, lorsqu'il donne les motifs de sa décision, qu'il a pris en considération cette réponse [du détenu]». Il ne suffit pas, à cet égard, de noter simplement qu'il a été tenu compte de cette réponse. Toute décision touchant la liberté d'un individu doit tenir compte des principaux éléments des observations ainsi présentées. En dernier lieu, il est douteux qu'un subordonné puisse envisager, avec toute l'objectivité et l'indépendance que suppose une décision équitable, de modifier une décision prise par son supérieur.

The decisions denying the grievances were deficient in that they simply said that responses had been considered. Some explanation as to why the applicants were not believed was required.

Oral hearings are not a requirement of fundamental justice in proceedings involving involuntary transfers where some information may originate with informers. Not all parties would be before the decision-maker at the same time and there would be no opportunity for cross-examination. While appropriate in some circumstances, in view of the disposition herein, it was unnecessary for the Court to review all the information upon which the decisions were based.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Demaria v. Regional Classification Board, [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.); *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

CONSIDERED:

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

REFERRED TO:

Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada), [1989] 3 F.C. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 25 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 77 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Williams v. Canada (Correctional Service, Regional Transfer Board, Prairie Region)*, [1991] 1 F.C. 251; (1990), 38 F.T.R. 169 (T.D.).

APPLICATIONS to quash, for breach of natural justice or procedural fairness principles, decisions to transfer applicants from maximum security penitentiary to Special Handling Unit at another institution. Applications allowed.

Les décisions portant rejet des griefs étaient défectueuses car elles ne faisaient qu'affirmer qu'il a été tenu compte des réponses des détenus. Il y a lieu d'expliquer pourquoi ces réponses n'ont pas été jugées dignes de foi.

En matière de transfèrement non sollicité, la justice fondamentale n'exige pas que les intéressés soient entendus de vive voix lorsque certains renseignements sont rapportés par des informateurs. Toutes les parties ne comparaissent pas devant le décisionnaire en même temps et il ne peut donc pas y avoir de contre-interrogatoire. Si, dans certains cas, cette démarche mérite d'être suivie, compte tenu de la décision rendue en l'espèce, il n'y a pas lieu, pour la Cour, d'examiner tous les renseignements ayant contribué aux décisions en cause.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Demaria c. Comité régional de classement des détenus, [1987] 1 C.F. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.); *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

DÉCISION EXAMINÉE:

Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada), [1989] 3 C.F. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 25 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 77 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Williams c. Canada (Service correctionnel, Comité régional des transfèrements, Région des Prairies)*, [1991] 1 C.F. 251; (1990), 38 F.T.R. 169 (1^{re} inst.).

DEMANDES tendant à l'annulation, pour non-conformité aux principes de justice naturelle ou de l'équité procédurale, des décisions ordonnant le transfèrement des requérants d'un pénitencier à sécurité maximale à l'unité spéciale de détention d'un autre pénitencier. Demandes accueillies.

COUNSEL:

Sasha P. A. Pawliuk for applicant Lee.
 J. Peter Benning for applicant Mathieson.
 James A. Graham for respondent.

a

SOLICITORS:

Legal Services Society, Abbotsford, B.C., for applicant Lee.
 Conroy & Company, Abbotsford, B.C., for applicant Mathieson.
 Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver, B.C., for respondent.

b

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.: These are two applications for *certiorari* to quash decisions of the respondent transferring each of the applicants from Kent, a maximum security penitentiary, to the Special Handling Unit at the Saskatchewan Penitentiary at Prince Albert. A decision to transfer a prisoner to a penal institution where his freedom will be more severely restricted, as was the case here, is a committal to a "prison within a prison" which deprives the prisoner of his residual liberty. Such a decision must be made "in accordance with the principles of fundamental justice" under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. (See *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329 (C.A.), at page 337.) The issues in this case pertain to whether the transfer decisions were made in accordance with principles of natural justice or procedural fairness which are embraced in the broader concept of fundamental justice. (See *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pages 501-502.)

The decisions to transfer the applicants were made because the respondent believed that the applicants had been involved in a conspiracy to commit prison breach. The gist of the information that came to the knowledge of the respondent is taken from a progress

j

AVOCATS:

Sasha P. A. Pawliuk pour le requérant Lee.
 J. Peter Benning pour le requérant Mathieson.
 James A. Graham pour l'intimé.

PROCUREURS:

Legal Services Society, Abbotsford (C.-B.), pour le requérant Lee.
 Conroy & Company, Abbotsford (C.-B.), pour le requérant Mathieson.
 Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver (C.-B.) pour l'intimé.

c

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

LE JUGE ROTHSTEIN: Il s'agit de deux demandes de *certiorari* tendant à l'annulation des décisions de l'intimé, transférant chacun des requérants, de Kent, pénitencier à sécurité maximale, à l'unité spéciale de détention du pénitencier de Saskatchewan, à Prince Albert. La décision d'opérer le transfèrement d'un détenu vers un établissement pénitencier où sa liberté sera plus sévèrement restreinte, comme c'est le cas en l'espèce, équivaut à condamner le détenu à «une prison au sein de la prison», ce qui prive le détenu de ce qui lui restait de liberté. Une telle décision doit donc être prise «en conformité avec les principes de justice fondamentale» comme le prévoit l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (voir *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.), à la page 337). Il s'agit, en l'occurrence, de décider si les décisions de transfèrement ont été prises conformément aux principes de la justice naturelle ou de l'équité procédurale qu'embrasse l'idée, plus large, de justice fondamentale. (Voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pages 501 et 502.)

i

L'intimé a décidé d'opérer le transfèrement des requérants car il pensait que ceux-ci avaient participé à un complot d'évasion. L'essentiel des renseignements portés à la connaissance de l'intimé est exposé dans un document en date du 4 septembre 1992, pré-

summary appraisal and recommendation dated September 4, 1992, in the *Lee* matter.

A group of General Population inmates was planning a violent helicopter escape from Kent Institution sometime during the month of October, 1992. Although more inmates are involved it is intended that three will attempt to escape. LEE is believed to be one of the three intending to escape. LEE's involvement is seen to be as a leader in organizing the plot.

Inmate Rocha . . . was to be released on Mandatory Supervision in early October, 1992 and was to be a key organizer on the outside. He was to, with assistance, hijack the same helicopter and pilot that were used in a previous helicopter escape from Kent Institution which occurred on June 18, 1990. It was believed by the conspirators that this pilot knows the area very well, particularly at the institution. In order to ensure that the pilot complies with their wishes his wife was to be held hostage during the event. Should the pilot fail to co-operate or should the escape fail, the wife was to be killed.

The escape was to occur shortly after 1400 hrs on a week-day afternoon when the escapees and accomplices would be in the main Recreation Area as they are all kitchen workers (afternoon recreation is limited to "shift workers" which include kitchen workers). Just prior to the helicopter arriving, the group of inmates involved were to take the staff supervising the Recreation Area hostage and move them to the Recreation Yard. This was to help ensure that security staff would not shoot the conspirators. Automatic firearms were to be supplied from the helicopter as it landed in the Recreation Yard. The helicopter was to leave the institution with the escapees and proceed south over Mount Cheam into Washington State.

Following consultation with Ipso D. Dick, local R.C.M.P. has independently investigated the information provided and concluded that the substance of the information appears to be credible. Police agencies have assisted in the investigation and have confirmed that members of the conspiracy have the necessary associations to provide the weapons, manpower and other assistance needed to effect this plan.

Despite the appearance of maintaining a low profile and being a conscientious kitchen worker, LEE continues to exhibit violent and aggressive behavior. It is believed that LEE was the main organizer and recruited the other members based on their experience and ability to assist with this plan. LEE's ability to plan and arrange an escape involving the complexities of this plan clearly indicate a disregard for life and the criminal justice system. Another serious concern is the subject's alleged associates in the community which would be willing to participate in a conspiracy of this magnitude. As such, LEE is seen to present a serious and persistent risk to staff and offenders of

paré dans le cadre de l'affaire *Lee* et intitulé «Évaluation sommaire de la situation et recommandations».

[TRADUCTION] Un groupe de détenus appartenant à la population carcérale générale était en train de préparer une tentative d'évasion violente, par hélicoptère, de l'établissement Kent au cours du mois d'octobre 1992. Les détenus impliqués dans ce complot étaient plus nombreux que cela, mais l'intention était de favoriser l'évasion de trois d'entre eux. On considère que Lee est l'un des trois qui avaient l'intention de s'évader. On estime que Lee était l'un des principaux organisateurs de ce complot.

Le détenu Rocha . . . qui devait être libéré sous surveillance obligatoire au début du mois d'octobre 1992, devait être l'un des principaux organisateurs à l'extérieur. Aidé par d'autres, il devait s'emparer de l'hélicoptère et du pilote qui avaient été utilisés, le 18 juin 1990, pour effectuer une autre évasion par hélicoptère de l'établissement Kent. Les conspirateurs estimaient que ce pilote connaissait très bien la région, et notamment les alentours de l'établissement. Il était prévu de retenir la femme de celui-ci en otage pendant le déroulement des opérations, afin de garantir la collaboration du pilote. Il était prévu que sa femme serait tuée s'il refusait son concours ou si l'évasion échouait.

L'évasion devait se produire peu après 14 h un jour de semaine, alors que les candidats à l'évasion et leurs complices se trouvaient dans la zone de récréation principale puisqu'ils sont tous affectés aux travaux de cuisine (la période de récréation de l'après-midi est réservée aux équipes de travail, ce qui comprend les détenus affectés à la cuisine). Un peu avant l'arrivée de l'hélicoptère, le groupe de détenus en cause devait prendre en otage les gardiens surveillant la zone de récréation et les emmener dans la cour de récréation. Il s'agissait d'éviter que le personnel de sécurité ne tire sur les conspirateurs. Des armes automatiques devaient être sorties de l'hélicoptère au moment où il atterrissait dans la cour de récréation. L'hélicoptère devait alors repartir avec les évadés à bord et filer vers le sud, pour atteindre l'état de Washington en survolant le mont Cheam.

Après avoir consulté Ipso D. Dick, les services locaux de la GRC ont procédé à une étude indépendante des renseignements fournis, concluant à la crédibilité de ces informations. D'autres services de police ont contribué à l'enquête et ont confirmé que les conspirateurs étaient effectivement à même d'obtenir les armes, les gens et les appuis nécessaires à la mise en œuvre de ce plan.

Bien qu'il essaye de ne pas se faire remarquer, et malgré la bonne volonté dont il fait preuve dans l'accomplissement de ses tâches à la cuisine, LEE continue de se montrer violent et agressif. Tout porte à croire que LEE était le principal organisateur et qu'il avait recruté les autres membres en fonction de leur expérience et de l'aide qu'ils étaient en mesure d'apporter dans l'exécution de ce plan. Le fait que LEE ait pu dresser un plan d'évasion aussi complexe est une manifestation évidente du mépris qu'il ressent à l'égard du système pénal et de la vie d'autrui. Un autre grave sujet de préoccupation sont ses collègues de l'extérieur qui avaient accepté de participer à un

Kent Institution. Of greater concern in this instance is the high degree of endangerment to the potential innocent victims in the community. As LEE has the capacity and resources to effect a conspiracy that would place in jeopardy the number of individuals involved clearly indicates a need for a transfer to a High Maximum Security Unit.

Lee was convicted of first degree murder on August 28, 1988, and is not eligible for parole for 25 years until August 27, 2013. Mathieson was convicted of manslaughter and conspiracy to commit prison breach. He was sentenced to 18 years commencing on May 30, 1984. At the relevant time they were inmates at Kent.

As a result of the information relating to the conspiracy coming to the attention of prison officials, Lee and Mathieson were placed in the solitary confinement unit at Kent on September 2, 1992. They were each told that they were suspected of being involved in a conspiracy to commit prison breach.

On September 8 they were each given documents entitled "Notification of recommendation for involuntary transfer/transfer to a high maximum security facility" issued by the Acting Warden of Kent, and a progress summary report. The notification indicated that the Acting Warden was recommending to the respondent that the applicants be transferred to the Special Handling Unit at Prince Albert. The reasons for the proposed transfers were indicated on the documents. The applicants were each given 48 hours to respond to the allegations against them.

On September 9, 1992, counsel that the applicants had retained, Ms. Sasha Pawliuk, sought an extension of time to respond. Ms. Pawliuk spoke with the Acting Warden to request the extension but this was denied. On September 10, the respondent's decisions transferring the applicants to Prince Albert were issued. On September 11, 1992, the applicants were transferred to Prince Albert and they continue there to this day.

complot d'une telle ampleur. C'est pourquoi on considère que LEE présente, pour le personnel ainsi que pour les autres détenus de l'établissement Kent, un risque grave et durable. Mais ce qui est encore plus préoccupant, en l'occurrence, c'est le grave danger que cela représente pour l'ensemble des citoyens, parmi lesquels se trouveraient éventuellement des victimes innocentes. LEE avait les aptitudes et les ressources nécessaires pour monter un complot mettant en danger tous les gens impliqués; cela démontre clairement la nécessité de le transférer à un quartier à haute sécurité maximale.

Le 28 août 1988, Lee a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Il ne sera pas admissible à la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans, c'est-à-dire avant le 27 août 2013. Mathieson a été déclaré coupable d'homicide involontaire et de complot d'évasion. Il a été condamné à 18 ans d'emprisonnement à partir du 30 mai 1984. À l'époque des faits, ils étaient tous les deux détenus à l'établissement Kent.

Après que le complot eut été porté à l'attention des responsables du pénitencier, Lee et Mathieson furent, le 2 septembre 1992, placés en quartier d'isolement à Kent. On indiqua à chacun qu'on les soupçonnait d'avoir participé à un complot d'évasion.

Le 8 septembre, on leur remit à chacun un document intitulé «Avis de recommandation pour le transfèrement non sollicité/Transfèrement dans un établissement à haute sécurité maximale», émis par le directeur intérimaire de Kent, ainsi qu'une évaluation sommaire de la situation. Selon cet avis, le directeur intérimaire recommandait à l'intimé que les requérants soient transférés à l'unité spéciale de détention à Prince Albert. Les motifs du transfèrement proposé étaient exposés dans les documents. On donna alors aux requérants 48 heures pour répondre aux accusations portées contre eux.

Le 9 septembre 1992, l'avocat retenu par les requérants, M^{me} Sasha Pawliuk, demanda une prolongation du délai de réponse. M^{me} Pawliuk s'entretint avec le directeur intérimaire au sujet de cette demande de prolongation mais n'obtint pas gain de cause. Le 10 septembre, l'intimé transmit sa décision ordonnant le transfèrement des requérants à Prince Albert. Le 11 septembre 1992, les requérants furent transférés à Prince Albert, où ils se trouvent encore.

On September 18, in the case of Lee, and September 21 in the case of Mathieson, Ms. Pawliuk filed responses with the respondent.

On September 24, 1992, the respondent wrote to Ms. Pawliuk stating:

I have reviewed your submission on behalf of Mr. Lee. I am forwarding it to the National Review Committee for their consideration.

No acknowledgement of receipt of the Mathieson submission was sent to Ms. Pawliuk.

Subsequent to filing the responses, Ms. Pawliuk obtained further particulars of the alleged conspiracy. These further particulars had been made available by prison officials to another of the alleged co-conspirators Martino Rocha. As a result of coming into possession of this further information, Ms. Pawliuk filed further submissions on October 6, 1992. In the case of Mr. Lee the further submission was sent to the National Review Committee because of the advice given to Ms. Pawliuk by the respondent that her earlier submission had been forwarded to the National Review Committee. In the case of Mr. Mathieson the further submission was made to the respondent.

On October 21, 1992, T. J. Sawatzky, Acting Deputy Commissioner for the Pacific Region wrote to Ms. Pawliuk refusing to "alter my decision". Although he refers to the original decision as "my decision" the original decisions transferring Lee and Mathieson appear to have been signed by the respondent.

On November 23, 1992, the applicants filed internal grievances to the Office of the Commissioner of Corrections in Ottawa. On March 9, 1993, the grievances were denied.

The process followed in these cases by the prison officials appear to have been guided by commissioner's directives entitled "Transfers of Inmates" dated July 12, 1991 [Commissioner's Directive, No. 540]. Counsel explained that Commissioner's directives have been held not to have the force of law but are considered merely directions as to the manner of carrying out duties in the administration of correctional

M^{me} Pawliuk fit parvenir à l'intimé les réponses prévues, le 18 septembre dans le cas de Lee, et le 21 septembre pour Mathieson.

Le 24 septembre 1992, l'intimé écrivit à M^{me} Pawliuk, lui indiquant:

[TRADUCTION] J'ai examiné les observations que vous m'avez transmises au sujet de Lee. Je les transmets à mon tour au Comité national d'examen.

Aucune lettre accusant réception des observations transmises au sujet de Mathieson ne fut envoyée à M^{me} Pawliuk.

Après avoir transmis les réponses en cause, M^{me} Pawliuk obtint d'autres détails au sujet du prétendu complot. Ces détails supplémentaires avaient été communiqués, par les responsables du pénitencier, à un certain Martino Rocha, un autre des prétendus conspirateurs. Ayant pris connaissance de ces renseignements, M^{me} Pawliuk fit parvenir, le 6 octobre 1992, des observations complémentaires. En ce qui concerne M. Lee, ces observations complémentaires furent envoyées directement au Comité national d'examen, étant donné que l'intimé avait dit à M^{me} Pawliuk que ses conclusions précédentes avaient été transmises au Comité national d'examen. Pour ce qui est de M. Mathieson, cependant, les conclusions complémentaires furent envoyées à l'intimé.

Le 21 octobre 1992, T. J. Sawatzky, sous-commissaire intérimaire pour la région du Pacifique, écrivit à M^{me} Pawliuk pour lui signaler son refus de [TRADUCTION] «modifier ma décision». Bien qu'il appelle la décision initiale «ma décision», il semblerait plutôt que la décision initiale ordonnant le transfèrement de Lee et de Mathieson ait été signée par l'intimé.

Le 23 novembre 1992, les requérants transmièrent au bureau du commissaire du Service correctionnel, à Ottawa, des griefs internes. Le 9 mars 1993, ces griefs furent rejetés.

La procédure suivie par les responsables du pénitencier, dans le cadre de ces deux affaires, semble se fonder sur les directives du commissaire portant sur le «transfèrement des détenus» en date du 12 juillet 1991 [Directive du commissaire, n^o 540]. L'avocat des requérants a expliqué que, d'après la jurisprudence, les directives du commissaire n'ont pas force de loi, n'étant que de simples instructions quant à la

institutions. (See *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at page 129.) However, where a directive codifies a principle of common law or, with reference to correctional institutions, applies provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or other statutes, such codification would, of course, have the force of law, not because of the Commissioner's directive *per se*, but because of the underlying legal force of what is codified.

Section 13 of the "Transfers of Inmates" Directive provides:

13. The inmate shall be informed, in writing, that he or she has the right to respond to the proposed transfer, in writing, within 48 hours of the notification.

It was pursuant to this directive that the Acting Warden provided information to the applicants on September 8, 1992, and established a 48-hour period for them to file their responses. The Acting Warden explained his reasons for refusing to allow the extension to file responses requested by Ms. Pawliuk in the cross-examination of his affidavit:

I can't recall specifically, but I believe the—I believe I indicated we thought these people were a real and present threat and it was an eminent threat; that it wasn't changed significantly by their being in segregation; that indeed it can, could be made even more dangerous or at least that is what my thoughts were at the time and that in, in numerous other cases of involuntary transfers—not numerous, we don't do very many involuntary transfers, but in other cases extensions have gone for I believe sometimes weeks or I think even months or more than a month. In this case I believe the danger was, was present. I believe it was imminent and I expressed—I had a high, high degree of concern for the security and safety of both the institution and the community in this regard. That's to the best of my recollection that phone call.

In insisting on the 48-hour deadline and refusing the extension of time request, I am of the opinion that the Acting Warden denied the applicants the opportunity to make effective responses. The result was that the respondent, when making his transfer decisions on September 10, 1992, had only the information sup-

manière d'exécuter les tâches propres à l'administration des établissements correctionnels. (Voir *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la page 129.) Cela dit, lorsqu'une directive a pour effet de codifier un principe de common law, ou, pour ce qui est des établissements correctionnels, d'assurer l'application des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou d'un texte législatif, une telle codification aura, bien sûr, force de loi, non parce qu'il s'agit d'une directive du commissaire, mais parce que le principe ainsi codifié a lui-même force de loi.

L'article 13 de la directive sur le «Transfèrement des détenus» prévoit que:

13. Il faut informer, par écrit, le détenu qu'il peut faire connaître sa réaction, de la même manière, à cette proposition de transfèrement dans les 48 heures qui suivent la réception de l'avis.

C'est en vertu de cette directive que le directeur intérimaire a fourni, le 8 septembre 1992, certains renseignements aux requérants en leur donnant 48 heures pour répondre. Contre-interrogé sur son affidavit, le directeur intérimaire a expliqué pourquoi il avait rejeté la demande de prolongation du délai de réponse, demandée par M^{me} Pawliuk:

[TRADUCTION] Je ne m'en souviens pas de manière précise, mais je pense que—je pense avoir dit à l'époque que, à notre avis, ces individus présentaient un danger réel et immédiat et que le risque était manifeste; que ce risque ne serait pas vraiment modifié par leur isolement; qu'en pareil cas le risque peut même être aggravé, ou c'est du moins ce que je pensais à l'époque et que, dans de nombreux autres cas de transfèrements non sollicités—je ne devrais pas dire nombreux, car nous n'opérons pas beaucoup de transfèrements non sollicités—mais dans d'autres cas, la prolongation des délais a parfois été de plusieurs semaines et même de plusieurs mois, ou du moins de plus d'un mois. Dans ce cas-ci, j'estimais que les intéressés posaient un risque immédiat. J'estimais que le danger était imminent et je dis—je m'inquiétais beaucoup de la sécurité, aussi bien celle de l'établissement que celle de l'ensemble de la population. Telle me semble effectivement avoir été la teneur de ce coup de téléphone.

En insistant sur ce délai de 48 heures et en rejetant la demande de prolongation, le directeur intérimaire, d'après moi, a refusé aux requérants l'occasion de répondre utilement aux accusations portées contre eux. Ainsi, lorsqu'il prit la décision de transfèrement, le 10 septembre 1992, l'intimé n'a pu se fonder que

plied by the Acting Warden upon which to base those decisions.

There is no indication of any consideration by the Acting Warden as to the possibility of any extension whatsoever, notwithstanding that by the time the discussion between the Acting Warden and counsel took place on September 9, the applicants had been in the solitary confinement unit for one week.

While it is alleged that the extension could not be granted because the applicants posed a serious risk even while in solitary confinement at Kent, there is nothing in the material before me to explain why this would be the case. In any event, emergency situations are covered in section 15 of the "Transfers of Inmates" Directive:

15. In an emergency situation, a transfer may take place without prior notification to the inmate. In such cases, the inmate shall be informed of the reasons of the transfer within two working days after placement in the receiving institution, and shall have the opportunity to respond, in writing, within 48 hours from the time of notification.

This was not the option chosen by the Acting Warden.

Because the applicants had been in solitary confinement for one week prior to the request for extension and because the Acting Warden had not chosen to act under section 15 of the Commissioner's Directive, I am forced to conclude that the situation was not so urgent as to justify the refusal to grant any extension of time for the filing of responses by the applicants.

The result was that the applicants made no submissions by the deadline set by the Acting Warden, and the Deputy Commissioner's decisions were based only on information he received from the Acting Warden.

As I have indicated, the Commissioner's directives themselves do not have the force of law. While nothing in the material suggests that the Acting Warden was not, in good faith, trying to adhere to the guidelines in the Commissioner's directives, I am nonetheless forced to conclude that the decision to refuse an extension of time was unnecessary and arbitrary and had the result of denying to the applicants their right

sur les renseignements que lui avait transmis le directeur intérimaire.

Rien ne porte à penser que le directeur intérimaire ait même envisagé d'accorder une prolongation du délai, bien que, le 9 septembre, lorsque le directeur intérimaire s'entretint avec l'avocate des requérants, ceux-ci se trouvaient déjà depuis une semaine dans le quartier d'isolement.

On fait valoir qu'une prolongation de délai ne pouvait pas être accordée aux requérants car ils posaient un grave danger, même dans le quartier d'isolement de Kent, mais aucun des éléments qui m'ont été fournis n'explique pourquoi il en était ainsi. En tout état de cause, l'article 15 de la directive sur le «Transfèrement des détenus» prévoit les cas d'urgence:

15. En cas d'urgence, un transfèrement peut avoir lieu sans que le détenu en soit prévenu. On doit alors lui en communiquer les motifs dans un délai de deux jours ouvrables après son placement dans l'établissement d'accueil et lui accorder un délai de 48 heures après la réception de l'avis pour répondre par écrit.

Mais ce n'est pas la manière dont a choisi d'agir le directeur intérimaire.

Étant donné que les requérants se trouvaient en isolement depuis une semaine avant que ne soit présentée la demande de prolongation du délai, étant donné aussi que le directeur intérimaire avait décidé de ne pas agir conformément à l'article 15 de la Directive du commissaire, je suis obligé de conclure que la situation en cause n'était pas urgente au point de justifier le rejet de la demande de prolongation du délai de réponse fixé aux requérants.

Il en résulta que les requérants ne présentèrent pas leurs observations avant l'expiration du délai fixé par le directeur intérimaire, et que les décisions du sous-commissaire furent ainsi uniquement fondées sur les renseignements transmis par le directeur intérimaire.

Je rappelle que les directives du commissaire n'ont pas, en elles-mêmes, force de loi. Dans les éléments produits devant la Cour, rien ne porte à penser que le directeur intérimaire n'a pas, de bonne foi, tenté de s'en tenir aux directives du commissaire. Je suis néanmoins forcé de conclure que le refus d'accorder une prolongation du délai était inutile et arbitraire, et a entraîné, pour les requérants, un déni de leur droit

to have their positions considered by the respondent before making his transfer decisions. I come to this decision bearing in mind the admonitions in the jurisprudence that prisons are not “choir schools” and that there is a heavy responsibility on prison administrators to have regard for the safety and security of prison guards and other personnel in an institution and, indeed, the prisoners themselves as well as the public. While, there may well be good reason for a 48-hour deadline for the filing of responses in some cases, the 48-hour provision should be treated, at most, as a guideline. What procedural fairness requires is that inmates be given a reasonable opportunity to file a meaningful response. In non-emergency situations, a few extra days may be involved. Where this cannot be accommodated, there is an obligation on the official refusing the extension request to give precise reasons as to why it cannot be accommodated. A general assertion about the risk to safety and security is insufficient.

Procedural fairness required that Lee and Mathieson be given the right to a fair hearing in respect of their proposed involuntary transfer to Prince Albert. In respect of the September 10, 1992 decisions, they were given no hearing at all. The September 10, 1992 decisions were not made in compliance with requirements of procedural fairness and were therefore invalid.

The question then arises whether, notwithstanding the deficiencies associated with the September 10, 1992 decisions, the situation was cured by the subsequent decisions of Mr. Sawatzky on October 21, 1992, after which submissions on behalf of the applicants had been filed. I am of the view that it was not. First, additional information was provided to counsel with the October 21, 1992 decisions. Although Mr. Sawatzky was of the view that the substance of the information he was providing with these decisions was not inconsistent with information already given to the applicants, there are some apparent differences. For example, the name of an additional alleged conspirator was included in the subsequent information but not in the original information. A more detailed explanation of the alleged arrangements for the prison escape was also given. This was information

de faire connaître leur position à l'intimé avant que celui-ci ne prenne sa décision de transfèrement. J'en arrive à cette conclusion tout en gardant à l'esprit les exhortations de la jurisprudence rappelant que les prisons ne sont pas des pensionnats pour enfants de chœur et que les administrateurs correctionnels ont la lourde responsabilité de veiller à la sécurité des gardiens et des autres membres du personnel du pénitencier, ainsi qu'à la sécurité des détenus eux-mêmes et de l'ensemble des citoyens. Si, dans certains cas, ce délai de réponse de 48 heures peut se justifier, dans la plupart des cas il convient de ne reconnaître à ce délai qu'une valeur indicative. L'équité procédurale exige que les détenus se voient donner l'occasion raisonnable de répondre utilement. Dans les cas où il n'y a pas urgence, il peut s'agir simplement d'accorder quelques jours supplémentaires. Dans les cas où cela n'est pas possible, l'administrateur qui refuse d'accorder une prolongation devra exposer les motifs précis de son refus. Ce n'est pas suffisant d'invoquer, de manière générale, les exigences de la sécurité.

L'équité procédurale exige qu'on accorde à Lee et Mathieson une audition impartiale sur la question de leur transfèrement non sollicité à Prince Albert. Or, pour ce qui est des décisions en date du 10 septembre 1992, ils n'ont pas eu la moindre occasion de se faire entendre. Les décisions en date du 10 septembre 1992 n'étaient donc pas conformes aux exigences de l'équité procédurale et elles sont, par voie de conséquence, invalides.

Il s'agit, ensuite, de savoir si les décisions prises ultérieurement par M. Sawatzky, c'est-à-dire le 21 octobre 1992, après qu'eurent été transmises les observations formulées au nom des requérants, ont permis de remédier aux carences des décisions du 10 septembre 1992. J'estime que ce n'est pas le cas. En premier lieu, des renseignements complémentaires accompagnaient les décisions en date du 21 octobre 1992 transmises à l'avocat des requérants. M. Sawatzky estime que, en gros, les renseignements qu'il fournissait avec ses décisions ne contrariaient en rien les renseignements déjà fournis aux requérants. On note pourtant certaines différences apparentes. Par exemple, les renseignements complémentaires comprennent le nom d'un autre prétendu conspirateur qui n'était pas nommé dans les renseignements initiaux. Les renseignements complémen-

Mr. Sawatzky had when he made his decision not to alter the original decisions. The applicants did not have that information and were therefore unable to use it in formulating their responses. "The burden is always on the authorities to demonstrate that they have withheld only such information as is strictly necessary for that purpose" (*Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74 (C.A.), at pages 77-78). It is not for the decision-maker to pick and choose the information that will be disclosed to various inmates. All information in his possession that is relevant must be disclosed unless to do so would reveal the identity of informants. When he made his October 21, 1992 decisions, Mr. Sawatzky did not have the benefit of the applicants' submissions on the additional information which he provided to Ms. Pawliuk with those decisions. Again, the applicants were denied a fair hearing and decisions were made contrary to the principles of procedural fairness.

A second deficiency with the October 21, 1992 decisions is that they set forth no reasons as to why the Acting Deputy Commissioner came to the conclusion not to alter the September 10, 1992 transfer decisions. Section 14 of the "Transfers of Inmates" Directive provides:

14. The inmate's written response to a proposed involuntary transfer shall be considered by the decision-maker. At such time as the decision-maker authorizes an involuntary transfer, the reasons for the decision shall be provided, in writing, to the inmate. In those cases where the inmate has provided a written response to the proposed involuntary transfer, the reasons provided by the decision-maker shall indicate that consideration was given to the inmate's response.

While I have indicated that Commissioner's directives themselves do not have the force of law, a directive such as section 14, in my view, adapts procedural fairness rights and indeed section 7 Charter protections to the situation of involuntary transfers. It is not sufficient for inmates to be given the right to make submissions. The submissions must be considered by

taires comprenaient également une explication plus détaillée de ce qui aurait été prévu dans le cadre du projet d'évasion. Il s'agit du renseignement dont M. Sawatzky disposait lorsqu'il décida de ne pas revenir sur sa décision initiale. Mais les requérants, eux, ne possédaient pas ces renseignements et n'ont donc pas pu s'en servir dans leurs réponses. «Il incombe toujours aux autorités d'établir qu'elles n'ont refusé de transmettre que les renseignements dont la non-communication était strictement nécessaire à de telles fins» (*Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74 (C.A.), à la page 78). Il n'appartient pas aux décisionnaires de choisir et de trier les informations qui seront divulguées à un détenu. Toute information pertinente dont ils ont connaissance doit être communiquée à moins qu'une telle divulgation ait pour effet de révéler l'identité d'un informateur. En prenant ses décisions en date du 21 octobre 1992, M. Sawatzky n'a pas pu tenir compte des arguments des requérants au sujet des renseignements complémentaires qu'il avait fournis à M^{me} Pawliuk en même temps qu'il lui signifiait ses décisions. Les requérants se sont donc vu refuser une audition impartiale et les décisions en cause ont été prises contrairement aux principes de l'équité procédurale.

Les décisions en date du 21 octobre 1992 sont marquées d'une deuxième carence en ce qu'elles n'indiquent pas la raison pour laquelle le sous-commissaire intérimaire avait décidé de ne pas modifier les décisions de transfèrement en date du 10 septembre 1992. L'article 14 de la directive sur le «Transfèrement des détenus» prévoit que:

14. La réponse du détenu au sujet d'un transfèrement non sollicité doit être examinée par le décideur. Lorsque le décideur autorise un transfèrement non sollicité, il doit indiquer, par écrit, les motifs de sa décision au détenu. Dans le cas où ce dernier a répondu par écrit au sujet de la proposition, le décideur doit indiquer, lorsqu'il donne les motifs de sa décision, qu'il a pris en considération cette réponse.

J'ai rappelé que les directives du commissaire n'ont pas, en elles-mêmes, force de loi, mais j'estime qu'une directive telle que cet article 14 est une adaptation, au cas des transfèvements non sollicités, des droits découlant de l'équité procédurale et même des garanties de l'article 7 de la Charte. Il ne suffit pas de donner aux détenus le droit de présenter leurs obser-

the decision-maker. The requirement that the decision-maker shall indicate that consideration has been given to inmates' responses is not one that is satisfied by lip service. It is not sufficient for a decision to simply state, as was the case here, that consideration was given to an inmate's response. Such a statement does not go far enough in satisfying the requirement that the response was, in fact, considered. Decisions dealing with the liberty of persons, even within the confines of a prison, must come to grips with the principal elements of relevant submissions. In this context, the words of Estey J. in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at pages 705-706 are worth noting:

The law reports are replete with cases affirming the desirability if not the legal obligation at common law of giving reasons for decisions . . . This obligation is a salutary one. It reduces to a considerable degree the chances of arbitrary or capricious decisions, reinforces public confidence in the judgment and fairness of administrative tribunals, and affords parties to administrative proceedings an opportunity to assess the question of appeal and if taken, the opportunity in the reviewing or appellate tribunal of a full hearing which may well be denied where the basis of the decision has not been disclosed.

While the decision of Estey J. in *Northwestern Utilities* pre-dates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, his words are all the more important today.

Counsel for the respondent argued that because the applicants had allowed the September 10, 1992 decisions to be made without making submissions, adherence to the rules of procedural fairness should not be strictly required with respect to the October 21, 1992 decisions. I have some doubt about the validity of this proposition generally but, in any event, I have found the September 10, 1992 decisions to be invalid. For the October 21, 1992 decisions to have cured the deficiency would require that at least they be made in accordance with minimum standards of procedural fairness.

Finally, with respect to the October 21, 1992 decisions, I would observe that it was the Acting Deputy Commissioner who was deciding not to alter the September 10, 1992 decisions of his superior, the Deputy Commissioner. My decision that the October 21,

Encore faut-il que le décisionnaire tienne compte de ces observations. L'obligation, pour le décisionnaire, d'indiquer qu'il a effectivement tenu compte des réponses formulées par les détenus ne doit pas seulement être respectée en paroles. En l'espèce, la décision notait simplement qu'il avait tenu compte de la réponse du détenu, mais cela ne suffit pas. Une telle mention ne satisfait pas à l'obligation de tenir effectivement compte de la réponse du détenu. La décision touchant la liberté des personnes, même en milieu carcéral, doit tenir compte des principaux éléments des observations ainsi présentées. Il est utile, dans ce contexte, de rappeler les paroles du juge Estey dans l'affaire *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, aux pages 705 et 706:

Les recueils judiciaires regorgent de jugements affirmant qu'il est souhaitable sinon obligatoire en *common law*, de rendre des décisions motivées . . . Cette obligation est salutaire: elle réduit considérablement les risques de décisions arbitraires, raffermir la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratifs et permet aux parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel et, le cas échéant, au tribunal siégeant en révision ou en appel d'accorder une audition complète, qui serait peut-être inaccessible si les motifs de la décision n'étaient pas révélés.

Si la décision rendue par le juge Estey dans l'affaire *Northwestern Utilities* est antérieure à la *Charte canadienne des droits et libertés*, ses paroles ont acquis, depuis, une importance encore plus grande.

Le conseil de l'intimé a fait valoir que les requérants ayant permis que les décisions en date du 10 septembre 1992 soient prises sans présenter leurs observations, il n'y aurait pas lieu d'appliquer strictement aux décisions du 21 octobre 1992 les règles de l'équité procédurale. J'ai quelques doutes quant à la validité générale de cette proposition mais, quoi qu'il en soit, j'ai conclu à l'invalidité des décisions du 10 septembre 1992. Pour que les décisions du 21 octobre 1992 aient remédié aux carences ainsi constatées, il aurait fallu, au moins, que ces décisions soient prises conformément aux exigences minimales de l'équité procédurale.

Enfin, en ce qui concerne les décisions du 21 octobre 1992, je relève que c'est le sous-commissaire intérimaire qui a décidé de ne pas modifier les décisions prises, le 10 septembre 1992, par son supérieur, le sous-commissaire. Mais ce n'est pas sur ce point-là

1992 decisions of the Acting Deputy Commissioner did not conform with normal standards of procedural fairness is not based on this point. However, I must say that I have serious doubt that a subordinate can approach the question of altering his superior's prior decision with the objectivity and independence that is required for a fair decision.

Finally there are the March 9, 1993 decisions denying the grievances of the applicants. These decisions state in part:

... comments from your Solicitor have been considered in the response to this grievance. CSC considers the information received regarding the escape plot to be reliable. Disclosure of the identity of informants will not be provided. I support the decision to transfer you to the Special Handling Unit. CSC considers the information regarding the escape plot to be valid and reliable. Proper procedures were followed when you were transferred from Kent to the Special Handling Unit. Your grievance is, therefore, denied.

In my view these decisions suffer from the same deficiency as the October 21, 1992 decisions of Mr. Sawatzky. It is insufficient to simply say that responses have been considered. If statements of the applicants in their submissions are not believed, then some explanation as to why they are not believed must be given. The obligation to consider submissions is not satisfied by a mere assertion to that effect.

Although the foregoing reasons are sufficient to dispose of this application, I will comment briefly on two other arguments of the applicants. One is that the applicants had a right to an oral hearing. Counsel relied on *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, in which it was held that fundamental justice in the circumstances of that case required an oral hearing where serious issues of credibility were involved. While I can appreciate that in appropriate cases an oral hearing may be a requirement of fundamental justice, I do not see that to be the case in the context of proceedings involving involuntary transfers where certain information originates with informers. In these cases, not all parties are before the decision-maker at the same time. There can be no opportunity for cross-examination. The cases suggest that an oral hearing is not a requirement in these circumstances. (See *Demaria*,

que je me suis fondé pour conclure que les décisions du sous-commissaire intérimaire, en date du 21 octobre 1992, n'étaient pas conformes aux exigences normales de l'équité procédurale. Je doute d'ailleurs fort qu'un subordonné puisse songer à modifier une décision prise par son supérieur avec toute l'objectivité et l'indépendance que suppose une décision équitable.

Et, enfin, il y a les décisions en date du 9 mars 1993, rejetant les griefs formulés par les requérants. Ces décisions contiennent le passage suivant:

[TRADUCTION] ... a été tenu compte des observations de votre avocat pour formuler la réponse à votre grief. Le SCC estime que les renseignements transmis au sujet du projet d'évasion sont fiables. Nous ne révélerons pas l'identité des informateurs. Je suis favorable à la décision de vous transférer dans une unité spéciale de détention. Le SCC estime que les renseignements touchant le projet d'évasion sont exacts et dignes de foi. Votre transfèrement de l'établissement Kent à l'unité spéciale de détention s'est effectué conformément aux procédures prévues. Par conséquent, votre grief est rejeté.

J'estime que ces décisions-là comportent les mêmes lacunes que les décisions prises par M. Sawatzky le 21 octobre 1992. Il ne suffit pas simplement de dire qu'il a été tenu compte des réponses. Si les déclarations faites par les requérants dans leurs observations ne sont pas considérées comme dignes de foi, il y a lieu d'expliquer pourquoi elles ne le sont pas. Il ne suffit pas, pour satisfaire à l'obligation de tenir compte d'observations, d'affirmer qu'il en a été tenu compte.

Ces motifs, à eux seuls, permettraient de trancher cette demande, mais je vais évoquer brièvement deux autres arguments présentés par les requérants. Le premier est que les requérants avaient droit à être entendus de vive voix. Leur avocat se fonde en cela sur *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, où la Cour a décidé que la justice fondamentale exige la tenue d'une audition lorsque se posent de sérieuses questions de crédibilité. Je reconnais que, le cas échéant, la justice fondamentale peut exiger la tenue d'une audition, mais j'estime qu'il n'en est pas ainsi de procédures de transfèrement non sollicité où certains renseignements sont rapportés par des informateurs. Dans ce genre d'affaires, toutes les parties ne comparaissent pas devant le décisionnaire en même temps. Il ne peut donc pas y avoir contre-interrogatoire. La jurisprudence porte à penser que, dans de telles circons-

supra, at pages 77-78 and *Williams v. Canada (Correctional Service, Regional Transfer Board, Prairie Region)*, [1991] 1 F.C. 251 (T.D.), at page 261.)

A second argument relates to whether the applicants were given sufficient details of the allegations against them in order to make meaningful responses. This raises a very difficult problem where the information originates from informers whose identity must be protected. The difficulty is made even greater when, as in this case, what is alleged is a conspiracy to commit a crime in the future. Here, details as to the proposed prison breach were provided. However, the real issue is whether there was indeed a conspiracy and whether the applicants were involved. Whether additional information about the conspiracy could have been provided without disclosing the identity of informants, I am unable to say. During argument it was suggested by counsel for the applicants that all the information upon which the decisions were based should be reviewed by the Court to see what more could have been given to the applicants. In an appropriate case there might be merit to such an approach. In view of my disposition of this matter, it is not necessary in this case.

The decisions transferring the applicants to the Special Handling Unit at Saskatchewan Penitentiary in Prince Albert are quashed.

tances, une audition ne s'impose pas. (Voir *Demaria, supra*, aux pages 77 et 78 ainsi que *Williams c. Canada (Service correctionnel, Comité régional des transfèrements, Région des Prairies)*, [1991] 1 C.F. 251 (1^{re} inst.), à la page 261.)

Un second argument a trait à la question de savoir si les requérants se sont vu communiquer avec assez de précision les allégations portées contre eux pour pouvoir y répondre utilement. Cela pose un problème extrêmement délicat lorsque les renseignements en cause ont été donnés par des informateurs dont l'identité doit être protégée. La difficulté s'aggrave lorsque, comme c'est le cas en l'occurrence, on fait état d'un complot en vue de commettre, ultérieurement, une infraction. Dans le cas présent, les détails touchant le projet d'évasion ont été fournis. Mais ce qu'il s'agit de savoir c'est si, effectivement, il y a eu complot et si les requérants y étaient partis. Je ne saurais dire s'il était possible de leur fournir des précisions supplémentaires au sujet du complot sans révéler l'identité des informateurs. Au cours de sa plaidoirie, l'avocat des requérants a demandé que tous les renseignements ayant contribué aux décisions en cause soient soumis, pour examen, à la Cour qui pourrait ainsi décider si d'autres précisions n'auraient pas pu être fournies aux requérants. Dans certains cas, cette démarche mériterait peut-être d'être suivie. Étant donné la décision que j'ai rendue en l'espèce, il n'y a pas lieu de le faire ici.

Les décisions ordonnant le transfèrement des requérants à l'unité spéciale de détention du pénitencier de la Saskatchewan à Prince Albert sont annulées.

Yaw Twum Barima (*Applicant*)

A-856-92

v.

Minister of Employment and Immigration
(*Respondent*)

INDEXED AS: BARIMA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto, August 11; Ottawa, August 17, 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Participation in armed opposition by farmers in Ghana to destruction of crops, farms by military in implementation of expropriation without compensation for forest reserve — Whether fear of prosecution for breach of law of general application or of persecution within Convention refugee definition.

The applicant, a citizen of Ghana, had been chairman of the executive committee of a local farmers' association. Their lands were expropriated, without compensation, for a government forest reserve. They made their opposition known but did not take legal proceedings. When the military moved in to level crops and buildings, some of the villagers, including the applicant, took up arms in defence of their property. Soldiers and villagers were killed and many villagers arrested. Fearing that if apprehended, he would be dealt with by a harsh and biased system of "public tribunals" operating outside the regular legal system, the applicant fled and came to Canada. He claimed Convention refugee status on the grounds of a fear of persecution because of his political opinion and his membership in a social group. The Refugee Division dismissed his claim on the basis that his fear of persecution was in fact a fear of prosecution for having violated an ordinary law of general application and that upon his return to Ghana, there was no more than a mere possibility that he would be persecuted by the authorities for any of the reasons set out in the Convention refugee definition. This was an application for judicial review to set aside that decision.

Held, the application should be dismissed.

On the evidence before the Refugee Division, it was open to it to conclude that the action of the applicant was not indicative or demonstrative of political opinion within the meaning of Convention refugee in subsection 2(1) of the *Immigration Act*. Nor did the Refugee Division err in finding that any punishment of the applicant would not be related to the grounds of persecution defined in the definition of Convention refugee. Furthermore, it was open to the Refugee Division to conclude

Yaw Twum Barima (*requérant*)

A-856-92

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: BARIMA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 11 août; Ottawa, 17 août 1993.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le requérant s'était opposé par les armes, avec d'autres agriculteurs au Ghana, contre des militaires qui détruisaient leurs récoltes et leurs fermes en exécution d'une expropriation sans indemnisation pour constituer une réserve forestière — Il importe de déterminer si le requérant craint d'être poursuivi pour avoir enfreint une loi d'application générale ou s'il craint d'être persécuté pour un des motifs énoncés dans la définition de réfugié au sens de la Convention.

Le requérant, citoyen ghanéen, était président du comité exécutif d'une association locale d'agriculteurs dont les membres allaient être expropriés sans indemnisation de leurs terres qui seraient affectées à une réserve forestière publique. Ils ont manifesté leur opposition contre l'expropriation projetée, mais n'ont pas intenté d'action en justice. Quand des militaires sont venus pour raser leurs cultures et leurs bâtiments, certains villageois, dont le requérant, ont pris les armes pour défendre leurs biens. Des soldats et des villageois ont trouvé la mort et de nombreux villageois ont été arrêtés. Craignant, en cas d'arrestation, d'être traduit devant le système des «tribunaux publics», un système sévère et partial qui fonctionne en dehors du système judiciaire normal, le requérant a pris la fuite et est venu au Canada où il a demandé le statut de réfugié au sens de la Convention en invoquant la crainte d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social. La section du statut de réfugié a rejeté la demande du requérant au motif que sa crainte d'être persécuté était en fait une crainte d'être poursuivi pour avoir enfreint une loi ordinaire d'application générale et que la possibilité qu'il fût persécuté par les autorités à son retour au Ghana pour l'un quelconque des motifs énoncés dans la définition de réfugié au sens de la Convention était une simple éventualité et pas plus. Par cette demande de contrôle judiciaire, le requérant vise à faire annuler cette décision.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Il ressort de la preuve dont disposait la section du statut de réfugié en l'espèce qu'il lui était permis de conclure que le geste du requérant n'indiquait ni ne manifestait aucune opinion politique telle que l'entend la définition de réfugié au sens de la Convention dans le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*. La section du statut ne s'est pas non plus trompée en concluant que, quel que soit le châtimeur que risque le requérant, ce châtimeur ne serait pas relié à un motif de persécution men-

that any prosecution or punishment the applicant might face would be in relation to his actions, not in relation to his membership or his position in the farmers' group.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 51.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689.

CONSIDERED:

Musial v. Minister of Employment and Immigration, [1982] 1 F.C. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.).

REFERRED TO:

Re Inzunza and Minister of Employment and Immigration (1979), 103 D.L.R. (3d) 105 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "political".
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, September 1979.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW to set aside the decision of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board that fear of persecution following armed opposition to lawful expropriation did not justify the applicant's claim to Convention refugee status. Application dismissed.

COUNSEL:

John A. Ligtenberg for applicant.
Sally E. Thomas for respondent.

SOLICITORS:

McIver & McIver, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

tionné dans la définition de réfugié au sens de la Convention. En outre, il lui était permis de conclure que toute poursuite ou tout châtement que risque le requérant serait relié à ses actes et non pas à son appartenance au groupe des agriculteurs ou aux fonctions qu'il y occupait.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 51.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689.

DÉCISION EXAMINÉE:

Musial c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1982] 1 C.F. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Re Inzunza et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1979), 103 D.L.R. (3d) 105 (C.A.F.).

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «*political*».
Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au statut de réfugié*, Genève, septembre 1979.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE visant à faire annuler la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que la crainte de persécution à la suite de l'opposition par les armes à une expropriation licite ne justifiait pas la revendication par le requérant du statut de réfugié au sens de la Convention. Demande rejetée.

AVOCATS:

John A. Ligtenberg pour le requérant.
Sally E. Thomas pour l'intimé.

PROCUREURS:

McIver & McIver, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

MACKEY J.: This is an application for judicial review to set aside the decision made March 2, 1992 by John Williams, Q.C. and J. Pearce, members of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board, wherein they determined that the applicant is not a Convention refugee. The application was heard in Toronto on August 11, 1993, when decision was reserved. After further consideration of submissions then made, on the following day an order issued dismissing the application. These are reasons for that order, filed in accord with section 51 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

The applicant is a citizen of Ghana, born in 1957, who arrived in Canada on January 28, 1991 and claimed Convention refugee status on the grounds of a fear of persecution because of his political opinion and his membership in a social group. He had been chairman of the executive committee of a local farmers' association. In May 1989 members of the association learned from an announcement by the government that their lands would be expropriated for a government forest reserve, without compensation. They raised their concerns with the local agricultural officer and petitioned against the proposed expropriation, without success. In June 1990, representatives of the association spoke with Commander Obimpe, Head of Agriculture, about the situation but that did not lead to any change, though the farmers were not given a specific date to leave their property. They did not commence legal proceedings to contest the planned expropriation, in the applicant's view because they had too little time, and government would not have agreed in any case.

On or about November 10, 1990 the farmers' village was besieged by members of the military, who proceeded to cut down crops and tear down buildings. Some of the villagers, including the applicant, took up arms, or in the case of the applicant, a stick, in defence of their property and in the ensuing battle soldiers and villagers were killed and many villagers arrested. The applicant escaped and went into hiding in Accra. His wife informed him that the military was looking for him. Fearing severe punishment if he were apprehended, because of his position in the

LE JUGE MACKEY: Il s'agit d'une requête en contrôle judiciaire visant à faire annuler la décision du 2 mars 1992 d'un comité de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, composé de MM. John Williams, c.r., et J. Pearce, qui a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Après avoir entendu la requête le 11 août 1993 à Toronto, j'ai réservé ma décision. Suite à un examen complémentaire des arguments présentés à cette audience, j'ai rendu le lendemain une ordonnance rejetant la requête. Voici les motifs de mon ordonnance, que je fais déposer conformément à l'article 51 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

Le requérant, citoyen ghanéen né en 1957, est arrivé le 28 janvier 1991 au Canada où il a demandé le statut de réfugié au sens de la Convention en invoquant la crainte d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social. Il était président du comité exécutif d'une association locale d'agriculteurs. En mai 1989, les membres de cette association ont appris dans un communiqué du gouvernement qu'ils allaient être expropriés sans indemnisation de leurs terres qui seraient affectées à une réserve forestière publique. Ils ont présenté leurs doléances au fonctionnaire agricole local et fait une pétition contre l'expropriation projetée, mais sans succès. En juin 1990, leurs représentants ont parlé de cette situation au commandant Obimpe, chef de l'agriculture, sans obtenir aucun changement. Cependant, on ne leur a fixé aucun délai précis pour quitter leurs terres. Ils n'ont pas intenté d'action en justice pour contester l'expropriation projetée car, de l'avis du requérant, ils n'avaient pas assez de temps et d'ailleurs le gouvernement ne se serait pas rendu à leurs arguments.

Aux environs du 10 novembre 1990, des militaires ont assiégé le village des agriculteurs et se sont mis à couper les cultures et à démolir les bâtiments. Certains agriculteurs, dont le requérant, ont pris les armes, un bâton dans le cas du requérant, pour défendre leurs terres et, dans le combat qui s'est ensuivi, des soldats et des villageois ont trouvé la mort. De nombreux villageois ont été arrêtés. Le requérant a pris la fuite pour se cacher à Accra. Sa femme l'a informé que les militaires le recherchaient. Craignant un châtement sévère en cas d'arrestation, en raison

farmers' association and because he believed he would be perceived by government as an enemy of the State, he fled Ghana and came to Canada.

In particular, the applicant feared he would be dealt with by the system of "public tribunals", established in Ghana to deal with crimes perceived by the government to be serious or to involve security offenses. Documentary evidence, which the panel accepted, indicated that the public tribunals operated outside the regular legal system, that they did not provide a fair trial for accused and they imposed severe penalties, including the death sentence.

In its decision, after reviewing the evidence before it, the panel of the Refugee Division considering his claim concludes:

In order for the claimant to be determined to be a Convention refugee, the evidence must establish that he has good grounds (*Adjei v. M.E.I.*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.)) for fearing persecution in Ghana for one of the reasons set out in the definition of Convention refugee contained in the *Immigration Act*.

In the panel's view, the central issue in determining whether the claimant is a Convention refugee is whether his fear is of prosecution for breach of a law of general application, or persecution within the Convention refugee definition.

The claimant claims to have a well-founded fear of persecution by reason of his political opinion and membership in a particular social group.

The particular social group of which the claimant was a member is the Village Co-operative, of which he was its president. The Village Co-operative was not a political organization, but rather a communal group established to represent the collective interests of the farmers of the village. The claimant was not involved in any political organization or activities. No evidence was adduced to suggest or establish that he was perceived by the government as being engaged in any political activities contrary to the interests of the state, and he was not involved in any such activities. He was the innocent victim of a government policy of land expropriation without benefit of compensation.

On the evidence, rather than seeking legal means of redress, the claimant, together with his equally aggrieved farm neighbours, engaged in armed conflict with military government forces who were carrying out a decree to clear their expropriated farmlands.

des fonctions qu'il occupait au sein de l'association des agriculteurs et du fait que le gouvernement voyait en lui un ennemi de l'État, il s'est enfui du Ghâna pour venir au Canada.

^a En particulier, le requérant craint être traduit devant le système des «tribunaux publics» qui ont été établis au Ghâna pour juger les crimes considérés graves par le gouvernement ou les atteintes à la sécurité. Selon la preuve documentaire admise par le comité de la section du statut de réfugié, les «tribunaux publics» fonctionnent en dehors du système judiciaire normal, ne garantissent pas aux accusés un procès impartial et prononcent des peines sévères, y compris la peine de mort.

^b Dans sa décision, le comité de la section du statut de réfugié qui a examiné la demande du requérant a conclu ce qui suit à la lumière de la preuve qui lui a été présentée:

^c [TRADUCTION] Pour se faire reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, le demandeur doit établir (*Adjei c. M.E.I.*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.)) qu'il craint avec raison d'être persécuté au Ghâna pour un des motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention» dans la *Loi sur l'immigration*.

^d Le comité est d'avis que pour déterminer si le demandeur est ou non un réfugié au sens de la Convention, il importe de déterminer s'il craint d'être poursuivi pour avoir enfreint une loi d'application générale ou s'il craint d'être persécuté pour un des motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention».

^e Le demandeur prétend craindre avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social.

^f Le groupe social en question était une coopérative de village, dont il était le président. Cette coopérative était non pas une organisation politique, mais plutôt un groupement communautaire dont le but était de défendre les intérêts collectifs des agriculteurs du village. Le demandeur n'a pris part à aucune organisation ou activité politique. Rien dans la preuve présentée n'établit ou n'indique que le gouvernement le considère comme quelqu'un exerçant des activités politiques contraires aux intérêts de l'État, et il n'a pris part à aucune activité de ce genre. Il était la victime innocente d'une politique gouvernementale d'expropriation des terres sans indemnisation.

^g Il ressort de la preuve que le demandeur, au lieu d'utiliser les voies de recours légales, a pris part, avec d'autres agriculteurs également lésés, dans un conflit armé avec les forces militaires gouvernementales chargées de dégager des terres agricoles visées par un décret d'expropriation.

No evidence was adduced to suggest or establish that the claimant's breaking of the law was based on any of the grounds set out in the definition of Convention refugee. His sole reason for taking the law into his own hands was in an attempt to prevent the soldiers from levelling his crops and farm buildings, and forcing him off his farm.

Paragraphs 56 and 57 of the United Nations Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status provide useful guidance on the issue of prosecution versus persecution.

56. Persecution must be distinguished from punishment for a common law offence. Persons fleeing from prosecution or punishment for such an offence are not normally refugees. It should be recalled that a refugee is a victim—or potential victim—of injustice, not a fugitive from justice.

57. The above distinction, may, however, occasionally be obscured. In the first place, a person guilty of a common law offence may be liable to excessive punishment, which may amount to persecution within the meaning of the definition. Moreover, penal prosecution for a reason mentioned in the definition (for example, in respect of "illegal" religious instruction given to a child) may in itself amount to persecution.

The panel members find that the claimant's illegal actions have made him a fugitive from justice, even though he has been a victim of injustice by having his farm taken from him without being compensated for the loss. However, the injustice is outside any of the five grounds of persecution as set out in the Convention refugee definition.

Paragraph 57 of the Handbook raises the issue of the punishment being excessive for having committed a common law offence. In this regard, the claimant testified that upon his return he would be summarily tried by a Tribunal and sentenced to death.

Counsel, in his submission, opined that the claimant would be persecuted upon his return to Ghana because there is a denial of fair public trial in that country, according to the current country documentation ["Country Reports on Human Rights Practices for 1990", U.S. Department of State Reports, February 1991]. A separate public tribunal system was set up by the government in 1982 to bypass the regular court system and speed up the judicial process by restricting procedural rights of defendants. Most sensitive cases and those involving security issues and capital punishment are heard by public tribunals. Law 24 empowers public tribunals to impose the death penalty for any crime specified a capital offense by the government, or if the tribunal determines that it is merited in a particular case, even if the crime is not punishable by the death penalty under the regular statutes.

In this particular case, there is no evidence before the panel to establish that any formal charges were ever laid against the claimant, so that it would be speculative for the panel to deter-

Rien dans la preuve présentée n'établit ou n'indique que le délit commis par le demandeur était motivé par un des motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention». L'unique raison qui l'a poussé à se faire justice à lui-même, c'est qu'il voulait empêcher les soldats d'abattre ses cultures et ses bâtiments agricoles et de le chasser de ses terres.

Les paragraphes 56 et 57 du guide des Nations Unies intitulé Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié donnent d'utiles éléments permettant de distinguer entre être persécuté et être persécuté.

56. Il faut distinguer nettement la persécution d'avec le châtimeut prévu pour une infraction de droit commun. Les personnes qui s'enfuient pour échapper aux poursuites ou au châtimeut pour une infraction de ce genre ne sont normalement pas des réfugiés. Il convient de rappeler qu'un réfugié est une victime—ou une victime en puissance—de l'injustice, et non une personne qui cherche à fuir la justice.

57. Dans certains cas cependant, cette distinction peut être assez confuse. En premier lieu, une personne qui s'est rendue coupable d'une infraction de droit commun peut être frappée d'une peine disproportionnée équivalant à une persécution au sens de la définition. En outre, des poursuites pénales intentées pour l'un des motifs mentionnés dans la définition (par exemple, pour avoir fait donner «illégalement» une instruction religieuse à un enfant) peuvent en elles-mêmes constituer une forme de persécution.

Le comité conclut que le demandeur, du fait des actes illégaux qu'il a commis, est un fugitif recherché par la justice, même s'il est la victime d'une injustice parce qu'il a été exproprié de ses terres sans indemnisation. Cependant, l'injustice n'est pas au nombre des motifs de persécution énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention».

Le paragraphe 57 du Guide soulève la question de la sévérité excessive du châtimeut pour une infraction de droit commun. À cet égard, le demandeur déclare qu'il serait sommairement jugé par un «tribunal public» et condamné à mort dès son retour.

Son avocat soutient qu'il serait persécuté dès son retour au Ghana parce qu'il n'y a pas dans ce pays de garanties concernant le droit à un jugement public et impartial, comme l'indique la documentation actuelle sur ce pays ["Country Reports on Human Rights Practices for 1990", U.S. Department of State Reports, février 1991]. Le gouvernement y a établi en 1982 un système de «tribunaux publics» distincts pour contourner le système des tribunaux ordinaires et accélérer le processus judiciaire en limitant les garanties procédurales dont jouissent les défendeurs. Les «tribunaux publics» sont saisis des affaires très délicates, des crimes contre la sécurité et des crimes passibles de la peine capitale. La loi 24 les autorise à prononcer la peine de mort pour tout crime désigné infraction capitale par le gouvernement ou lorsqu'ils la jugent indiquée, même si le crime reproché n'est pas punissable de la peine de mort en droit commun.

En l'espèce, rien dans la preuve présentée au comité n'indique que le demandeur a fait l'objet d'accusations formelles de sorte que le comité ne pourrait que conjecturer au sujet des

mine what charge the claimant would be subject to upon his return, the penalty that he might be subjected to if convicted, or if he would even receive a fair public trial, depending on whether or not he would be before a public tribunal, or before a regular court of justice.

However, both the issue of the excessiveness of the penalty in relation to the crime, and the matter of denial of a fair trial, only become matters for consideration by the panel members if it is first determined that there is a nexus between the persecution as alleged by the claimant, and any one of the grounds in the Convention refugee definition. The key question is whether the claimant will suffer an unduly severe sentence, or be denied a fair public trial, because of his having a well-founded fear of persecution because of his race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion.

In the opinion of the panel members, the claimant fears prosecution for having violated an ordinary law of general application, and that there is no nexus between his fear of persecution and the stated grounds of persecution as set out in the definition of Convention refugee in the *Immigration Act*.

The RHO suggests that paragraph 85 of the Handbook may assist the panel in determining whether the claimant's fear is that of persecution or prosecution. However, paragraph 85 and related paragraphs 84 and 86, only have application if the claimant is, or is perceived by authorities to be a political offender. The panel members are of the opinion that the government of Ghana does not perceive the claimant to be a political offender, but rather a person who has taken the law into his own hands in defying a government decree to surrender his farm property to the government without benefit of compensation. Consequently, the panel members find paragraphs 84 through 86 not to be applicable in this particular case.

On the evidence, the panel members are of the opinion that the claimant's fear of persecution lacks an objective basis, and that upon his return to Ghana there is no more than a mere possibility that he will be persecuted by the authorities for any of the reasons set out in the Convention refugee definition.

It is urged by the applicant that the panel erred in excluding the conduct of the applicant from the definition of political activity or opinion, that by excluding reference to paragraph 85 in the United Nations *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* the panel erred in failing to give proper consideration to the likelihood of excessive punishment as an indication of persecution, and finally that the panel erred in failing to deal with the applicant's claim as it concerned membership in a social group.

accusations qui seraient lancées contre le demandeur à son retour, de la peine qu'il risquerait s'il était déclaré coupable, ou même de la possibilité pour lui d'avoir un procès public et impartial selon qu'il était traduit devant un «tribunal public» ou un tribunal ordinaire.

a Cependant, le comité ne peut examiner les deux questions de la sévérité du châtement par rapport au crime commis et de l'absence du droit à un procès impartial qu'après avoir jugé qu'il existe un lien entre la persécution invoquée par le demandeur et l'un quelconque des motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention». Il importe de savoir si le demandeur, oui ou non, se verra imposer une peine excessivement sévère ou sera privé du droit à un procès public et impartial parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques.

c De l'avis du comité, le demandeur craint d'être poursuivi pour avoir enfreint une loi ordinaire d'application générale et il n'existe aucun lien entre sa crainte d'être poursuivi et les motifs de persécution énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention» dans la *Loi sur l'immigration*.

d Selon l'agent des audiences, le paragraphe 85 du Guide pourrait aider le comité à trancher la question de savoir si le demandeur craint d'être poursuivi ou d'être persécuté. Cependant, ce paragraphe et les paragraphes 84 et 86 connexes ne s'appliquent que si le demandeur est un délinquant politique ou est considéré tel par les autorités. Le comité est d'avis que le gouvernement ghanéen considère le demandeur non pas comme un délinquant politique, mais comme quelqu'un qui a tenté de se faire justice à lui-même en refusant d'obéir à un décret lui intimant de céder sans indemnisation ses terres au gouvernement. Par conséquent, il conclut que les paragraphes 84 à 86 ne s'appliquent pas à l'espèce.

e Le comité estime que, à la lumière de la preuve, la crainte du demandeur d'être persécuté n'a pas de fondement objectif et que la possibilité qu'il soit persécuté par les autorités à son retour au Ghana pour l'un quelconque des motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention» est une simple éventualité et pas plus.

g Le requérant soutient que le comité s'est trompé en concluant que les actes qu'il a commis ne rentrent pas dans la définition des activités ou des opinions politiques. Il soutient aussi que par son refus de se référer au paragraphe 85 du guide des Nations Unies intitulé *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, le comité s'est trompé en s'abstenant d'apprécier adéquatement si la probabilité d'un châtement excessif constitue un indice de persécution. Il soutient enfin que le comité s'est trompé en s'abstenant d'examiner sa prétention concernant son appartenance à un groupe social.

The applicant relies upon the definition of “political” from *Black’s Law Dictionary* (5th ed.) to urge that the activity of the applicant, and his association, in forcibly resisting the military action to destroy their crops and their village and to drive them from their lands, was political activity which demonstrated their opposition to the government and its policy of expropriation. It was also urged that the government of Ghana would perceive the activity as political and as demonstrating opposition to the government, the test enunciated by Kelly D.J. in *Re Inzunza and Minister of Employment and Immigration* (1979), 103 D.L.R. (3d) 105 (F.C.A.), at page 109. However, counsel acknowledges that there was no evidence but only a logical inference concerning the view which the government had of the farmers’ resistance by force to its action to take over the expropriated lands.

In the broad sense of the word “political”, the conduct of the applicant here might be deemed to be political and demonstrative against a particular policy of government, just as the activities of committed environmentalists who seek to disrupt the lawful activities of others in this country could be deemed political in the sense of demonstrating action and commitment against a particular policy of government. As the Supreme Court of Canada indicates in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at page 746, the words “political opinion” as used in the definition of Convention refugee in subsection 2(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)] concern in a general sense “any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged.” Persecution stems from the desire to put down any dissent, viewed as a threat to the persecutors, whether they be government, or a group opposed to government in circumstances where government may not be able to provide protection. The political opinion may not have been expressed outright, it may be perceived from the actions of the claimant, and it need not necessarily conform to the claimant’s true beliefs. In *Ward* the claimant’s fear of persecution by the execution of a death sentence threatened by his former Irish nationalist confrères for his assisting hostages to escape, was, in the circumstances of that case, considered to

S’appuyant sur la définition du terme «*political*» ([TRANSDUCTION] «politique») dans le *Black’s Law Dictionary* (5^e éd.), le requérant prétend que son geste et celui de son association, soit la résistance par la force contre les militaires qui allaient détruire leurs cultures et leur village et les chasser de leurs terres, constitue une activité politique qui manifestait leur opposition au gouvernement et à sa politique d’expropriation. Il prétend aussi que le gouvernement ghanéen considérerait ce geste comme une activité politique et comme une manifestation d’opposition au gouvernement, soit le critère énoncé par le juge suppléant Kelly dans *Re Inzunza et Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1979), 103 D.L.R. (3d) 105 (C.A.F.), à la page 109. Son avocat reconnaît cependant qu’il y a non pas une preuve, mais seulement une déduction logique quant à la manière dont le gouvernement considérerait la résistance par la force qu’ont opposée les agriculteurs à son expropriation de leurs terres.

Au sens large du terme «politique», le geste du requérant en l’espèce peut être considéré comme une activité politique et une manifestation d’opposition à l’égard d’une politique gouvernementale déterminée, de la même manière que les actes commis par des écologistes engagés qui perturbent les activités licites des autres citoyens peuvent être considérés comme une activité politique en ce sens qu’ils manifestent une opposition active contre une politique gouvernementale déterminée. Comme la Cour suprême du Canada le dit dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, à la page 746, l’expression «opinion politique» employée dans la définition de réfugié au sens de la Convention dans le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1)], peut généralement être interprétée comme désignant «toute opinion sur une question dans laquelle l’appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé». La persécution découle du désir de réprimer toute dissidence qui est perçue comme une menace par les persécuteurs, qu’il s’agisse du gouvernement ou, lorsque les circonstances sont telles qu’elles empêchent le gouvernement d’assurer une protection, d’un groupe opposé au gouvernement. Il n’est pas nécessaire que les opinions politiques aient été exprimées de manière manifeste, elles peuvent être imputées au demandeur en raison de ses actes et elles n’ont pas à être néces-

be fear of persecution related to political opinion, manifested by his act which was not merely an isolated incident devoid of greater implications.

In this case, the claimant Barima had not expressed any political opinion; the attribution of political opinion arises from the act, in which he engaged with others, of forcibly resisting military action to occupy their farmlands, destroy their houses and dispossess the farmers. Did the Refugee Division err in finding that this activity may have made him a fugitive from justice in Ghana but that it was not related to political opinion, rather it was simply intended to prevent the military from levelling his crops and buildings and forcing him off his farm?

In *Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290 (C.A.), refusal of a claim to Convention refugee status based upon fear of prosecution for evading military service requirements for what were claimed to be political motives was not subject to judicial review for the interpretation of Convention refugee applied by the Immigration Appeal Board could not be said to be an error in law where the Board considered the facts, including the motives claimed by the applicant.

In my view, on the evidence before the Refugee Division in this case, it was open to it to conclude that the action of the applicant was not indicative or demonstrative of political opinion within the meaning of Convention refugee in subsection 2(1) of the *Immigration Act*. While the result in *Ward, supra*, was different, the decision of the Refugee Division here is consistent with the principles enunciated by the Supreme Court in that case. Even if, on the evidence, I might have reached a different conclusion,

sairement conformes à ses convictions profondes. Dans l'arrêt *Ward*, la crainte du demandeur d'être persécuté par la menace d'exécution d'un arrêt de mort que ses anciens camarades nationalistes irlandais avaient prononcé contre lui pour avoir aidé des otages à s'évader était assimilée, dans les circonstances de cette affaire-là, à de la crainte d'être persécuté du fait des opinions politiques manifestées à travers son acte, qui n'était pas un incident isolé sans grandes implications.

En l'espèce, le demandeur Barima n'a exprimé aucune opinion politique, celle qui lui a été attribuée découle du geste de résistance, qu'il a opposé par la force avec d'autres agriculteurs, à l'action des militaires qui voulaient occuper leurs terres, détruire leurs maisons et les déposséder. La section du statut de réfugié s'est-elle trompée en concluant que ce geste a pu faire de lui un fugitif recherché par la justice ghanéenne, qu'il n'était aucunement relié à une opinion politique, mais qu'il visait simplement à empêcher les militaires d'abattre ses cultures et ses bâtiments et de le chasser de sa ferme?

Dans *Musial c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 290 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a statué que le rejet d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention fondée sur la crainte du demandeur d'être poursuivi pour avoir refusé le service militaire en invoquant des raisons politiques n'était pas susceptible de contrôle judiciaire parce qu'on ne pouvait pas dire qu'il y avait erreur de droit dans l'application, par la Commission d'appel de l'immigration, de son interprétation de la définition de «réfugié au sens de la Convention» quand la Commission avait apprécié des faits, y compris les motifs invoqués par le demandeur.

À mon avis, il ressort de la preuve dont disposait la section du statut de réfugié en l'espèce qu'il lui était permis de conclure que le geste du requérant n'indiquait ni ne manifestait aucune opinion politique telle que l'entend la définition de réfugié au sens de la Convention dans le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*. Quoique l'issue de *Ward* (précité) soit différente, la décision de la section du statut de réfugié en l'espèce est compatible avec les principes énoncés par la Cour suprême dans cet arrêt. Même si

this Court will not intervene by judicial review unless the interpretation of the Act by the Refugee Division, a tribunal with particular expertise in the application of the Act, is unreasonable, and I do not find it so.

For essentially the same reason I am not persuaded that the decision erred in excluding from consideration paragraph 85 of the United Nations *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* in assessing whether the fear of the applicant was of persecution related to political opinion because of the possibility of imposition of particularly severe punishment if the applicant returned to Ghana. Paragraph 85 provides in part:

85. . . . Prosecution for an offence may, depending upon the circumstances, be a pretext for punishing the offender for his political opinions or the expression thereof. Again, there may be reason to believe that a political offender would be exposed to excessive or arbitrary punishment for the alleged offence. Such excessive or arbitrary punishment will amount to persecution.

The possibility of excessive punishment was not ignored by the panel, for it makes reference to that possibility, and the applicant's fear of that as persecution, in its reference to paragraph 57 of the United Nations Handbook which also raises the possibility of excessive punishment as persecution, or of penal prosecution related to a ground included in the definition of Convention refugee. But its conclusion is, in the facts of this case, that any punishment of the applicant would not be related to the grounds of persecution defined in the definition of Convention refugee. The Refugee Division found "no nexus between his fear of persecution and the stated grounds of persecution as set out in the definition of Convention refugee in the *Immigration Act*". Again, in my view, that application of the Act to the facts of this case cannot be said to be unreasonable, and this Court ought not, therefore, to intervene.

j'étais arrivé à une conclusion différente à la lumière de la preuve, je n'interviendrais par voie de contrôle judiciaire que si je constatais que l'interprétation de la *Loi sur l'immigration* par la section du statut de réfugié, qui est un organisme parajudiciaire spécialisé dans l'application de cette Loi, était déraisonnable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Pour essentiellement la même raison, je ne suis pas persuadé que la section du statut de réfugié se soit trompée en refusant de se référer au paragraphe 85 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* des Nations Unies pour apprécier si la crainte du requérant est une crainte d'être persécuté du fait de ses opinions politiques parce qu'il risque de subir un châtement particulièrement sévère s'il retourne au Ghana. Voici un extrait du paragraphe 85 en question:

85. . . . Les poursuites intentées pour une infraction peuvent, dans certains cas, n'être qu'un prétexte pour sanctionner les opinions politiques du délinquant ou l'expression de ses opinions politiques. Il peut aussi y avoir lieu de penser qu'un délinquant politique risque de se voir infliger un châtement excessif ou arbitraire pour le délit prétendument commis. Ce châtement excessif ou arbitraire équivaudra à des persécutions.

Le comité n'a pas refusé d'examiner la possibilité d'un châtement excessif, car il a abordé cette possibilité, ainsi que l'assimilation de la crainte du requérant d'un tel châtement à de la persécution, lorsqu'il a mentionné le paragraphe 57 du *Guide des Nations Unies* traitant aussi de la possibilité de l'assimilation d'un châtement excessif, ou encore de poursuites pénales reliées à un motif inclus dans la définition de réfugié au sens de la Convention, à de la persécution. Mais la conclusion à laquelle il est arrivé est que, à la lumière des faits de l'espèce, quel que soit le châtement que risque le requérant, ce châtement ne serait pas relié à un motif de persécution mentionné dans la définition de réfugié au sens de la Convention. La section du statut de réfugié a conclu qu'il n'y avait [TRADUCTION] «aucun lien entre sa crainte d'être persécuté et les motifs précis énoncés dans la définition de réfugié au sens de la Convention dans la *Loi sur l'immigration*». J'estime, je le répète, que l'application de la Loi en question aux faits de l'espèce ne peut être considérée déraisonnable et que cette Cour ne devrait pas, par conséquent, intervenir.

Finally, I do not accept that the Refugee Division made no decision on the applicant's claim of fearing persecution because of his membership in a social group. The decision does make reference to the particular social group in which the applicant was involved, "the Village Co-operative, of which he was its president", "a communal group established to represent the collective interests of the farmers of the village". As earlier noted, in its final four paragraphs the decision states that:

The key question is whether the claimant will suffer an unduly severe sentence, or be denied a fair public trial, because of his having a well-founded fear of persecution because of his race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion.

In the opinion of the panel members, the claimant fears prosecution for having violated an ordinary law of general application, and that there is no nexus between his fear of persecution and the stated grounds of persecution as set out in the definition of Convention refugee in the *Immigration Act*.

On the evidence, the panel members are of the opinion that the claimant's fear of persecution lacks an objective basis, and that upon his return to Ghana there is no more than a mere possibility that he will be persecuted by the authorities for any of the reasons set out in the Convention refugee definition.

In my view that passage clearly deals with all grounds included in the definition, including membership in a social group, and political opinion. In *Ward, supra*, the meaning of "social group" is discussed, but even conceding that the farmers' association in this case is such a group, just as the Supreme Court concluded in *Ward*, it was open to the Refugee Division here to conclude that any prosecution or punishment the applicant might face would be in relation to his actions, not in relation to his membership or his position in the farmers' group. Again, on the facts of this case I cannot conclude that the Refugee Division was unreasonable in its conclusion that the applicant's membership in the farmers' association or co-operative was not a likely reason for any prosecution or punishment he might face if he were now returned to Ghana.

For these reasons, an order issued dismissing this application for judicial review.

Enfin, je n'accepte pas le moyen selon lequel la section du statut de réfugié n'a pas statué sur la prétention du requérant qui disait craindre d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social. La décision mentionne expressément le groupe social en question, soit «une coopérative de village, dont il était le président», «un groupement communautaire dont le but était de défendre les intérêts collectifs des agriculteurs du village». Comme cité plus haut, la décision disait, dans ses quatre derniers paragraphes, que:

[TRADUCTION] Il importe de savoir si le demandeur, oui ou non, se verra imposer une peine excessivement sévère ou sera privé du droit à un procès public et impartial parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques.

De l'avis du comité, le demandeur craint d'être poursuivi pour avoir enfreint une loi ordinaire d'application générale et il n'existe aucun lien entre sa crainte d'être poursuivi et les motifs de persécution énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention» dans la *Loi sur l'immigration*.

Le comité estime que, à la lumière de la preuve, la crainte du demandeur d'être persécuté n'a pas de fondement objectif et que la possibilité qu'il soit persécuté par les autorités à son retour au Ghana pour l'un quelconque des motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention» est une simple éventualité et pas plus.

À mon avis, il est manifeste que ce passage aborde tous les motifs énoncés dans la définition, y compris l'appartenance à un groupe social et les opinions politiques. L'arrêt *Ward* (précité) a analysé le sens de l'expression «groupe social», mais en supposant, comme la Cour suprême l'a fait dans cet arrêt, que l'association des agriculteurs dont il est question en l'espèce soit un tel groupe, il est quand même permis à la section du statut de réfugié de conclure que toute poursuite ou tout châtement que risque le requérant serait relié à ses actes et non pas à son appartenance au groupe des agriculteurs ou aux fonctions qu'il y occupait. Je le répète, je ne peux pas conclure, à la lumière des faits de l'espèce, que la section du statut de réfugié a été déraisonnable en concluant qu'il est improbable que l'appartenance du requérant à l'association ou à la coopérative des agriculteurs soit un motif de toute poursuite ou tout châtement auquel s'exposerait le requérant si on le renvoyait au Ghana.

Par ces motifs, je rends une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire.

A-1190-91

Elaine Schachtschneider (*Applicant/Appellante*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)*INDEXED AS: SCHACHTSCHNEIDER v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Linden J.J.A. and Gray D.J.—Toronto, May 17; Ottawa, July 6, 1993.

Income tax — Income calculation — Deductions — Application to review TCC decision dismissing appeal from income tax assessment disallowing equivalent to married tax credit under ITA, s. 118(1)(b) — Taxpayer, married and living with spouse, claiming tax credit in respect of dependent child — S. 118 said to infringe freedom of religion (Charter, s. 2(a)), and to deny equal benefit of law (Charter, s. 15(1)) — Object of provision explained — ITA not discriminating between married and not married taxpayers.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Whether denial of tax credit under ITA, s. 118(1)(b) violation of taxpayer's freedom of religion — ITA secular statute with no religious purpose — Tax credits in s. 118(1) not directed at curtailing freedom of religion — Trivial, insubstantial interference with religion insufficient to violate Charter, s. 2(a) — S. 118(1) having no coercive effect.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Differential treatment of married and unmarried taxpayers under ITA, s. 118(1)(b) denial of equal benefit of law — Whether denial of equality discriminatory under Charter, s. 15(1) — Distinction between ground of discrimination and group discriminated against — Marital status analogous ground of discrimination for purposes of s. 15 — Married persons not discrete and insular minority nor independently disadvantaged group — S. 118(1)(b) not contravening equality provisions of Charter, s. 15(1) on grounds of marital status or religion.

This was an application to review a decision of the Tax Court of Canada dismissing the taxpayer's appeal from her 1989 income tax assessment. The taxpayer lived with her husband and child during the relevant period. She claimed the "equivalent to married" tax credit for her dependent child under paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act*. Her position was that she married, rather than just living with her husband, because the latter arrangement was prohibited by her religion. The Minister rejected her claim on the basis that married persons living with their spouses were not entitled to that credit;

A-1190-91

Elaine Schachtschneider (*requérante/appelante*)

c.

^a **Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*RÉPERTORIÉ: SCHACHTSCHNEIDER c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney et Linden, J.C.A. et juge suppléant Gray—Toronto, 17 mai; Ottawa, 6 juillet 1993.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Demande de contrôle d'une décision par laquelle la CCI a rejeté un appel d'une cotisation d'impôt sur le revenu refusant le crédit d'impôt équivalent à celui de personne mariée prévu à l'art. 118(1)(b) de la LIR — La contribuable, mariée et vivant avec son conjoint, demandait un crédit d'impôt pour un enfant à charge — Selon la contribuable, l'art. 118 violait la liberté de religion (art. 2a) de la Charte et la privait du bénéfice égal de la loi (art. 15(1) de la Charte) — Explication de l'objet de la disposition — La LIR ne fait pas de distinction entre les contribuables mariés et non mariés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Il s'agit de savoir si le déni d'un crédit d'impôt visé à l'art. 118(1)(b) de la LIR viole ou non la liberté de religion de la contribuable — La LIR est une loi strictement laïque — Les crédits d'impôt prévus par l'art. 118(1) n'ont pas pour but de restreindre la liberté de religion — Une entrave négligeable ou insignifiante à la religion ne suffit pas pour violer l'art. 2a) de la Charte — L'art. 118(1) n'a aucun effet coercitif.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le traitement différent qu'accorde aux contribuables mariés et aux contribuables non mariés l'art. 118(1)(b) de la LIR constitue une privation du bénéfice égal de la loi — Il s'agit de savoir si le déni d'égalité est discriminatoire ou non aux termes de l'art. 15(1) de la Charte — Distinction entre le motif de discrimination et le groupe victime de discrimination — L'état matrimonial est un motif analogue de discrimination aux fins de l'art. 15 — Les personnes mariées ne constituent pas une minorité discrète et isolée, non plus qu'un groupe indépendamment défavorisé — L'art. 118(1)(b) ne viole pas les dispositions de l'art. 15(1) de la Charte en matière d'égalité pour des motifs d'état matrimonial ou de religion.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire concernant une décision de la Cour Canadienne de l'impôt, qui avait rejeté l'appel de la contribuable à l'égard de sa cotisation d'impôt sur le revenu pour l'année 1989. Durant la période en cause, la contribuable vivait avec son époux et son enfant. Elle s'était prévalu, pour ce dernier, du crédit d'impôt «équivalent à celui de personne mariée» prévu à l'alinéa 118(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La position de la contribuable était qu'elle s'était mariée, plutôt que de cohabiter simplement avec son conjoint, parce qu'il s'agissait là d'une pratique que sa

nor was she entitled to a tax credit under paragraph 118(1)(a) because, while married, she did not support her husband. Accordingly, she was only entitled to claim, in addition to the single status exemption, the lesser deduction for her child under paragraph 118(1)(d). As a result, the taxpayer paid more income tax in 1989 than she would have had to pay had she not been married and had she been allowed to claim an equivalent to married credit for her son. In taxpayer's opinion, paragraph 118(1)(b) of the Act violates her freedom of religion under paragraph 2(a) of the Charter in so far as it imposes a substantial financial burden on her for adhering to her religion. The issue was whether the taxing provision in question has the effect of infringing the taxpayer's freedom of religion accorded by paragraph 2(a) of the Charter and her right to equality on the basis of her marital status and religion under subsection 15(1) of the Charter.

Held (Linden J.A. concurring in the result), the application should be dismissed.

Per Mahoney J.A.: In the first of a triad of cases, the Supreme Court of Canada has defined freedom of religion in a broad sense as embracing both the absence of coercion and constraint and the right to manifest religious beliefs and practices. In the present case, the taxpayer asserted indirect coercion respecting her freedom of religion. Subsection 118(1) of the *Income Tax Act* does not, directly or indirectly, coerce anyone. It does not impose a sanction on anyone and does not engage freedom of religion and conscience. The incidental cost to the taxpayer and her husband of continuing to cohabit in matrimonial status, occasioned by the birth of a child to the union, did not interfere with their religious belief or practice.

A tax credit is a benefit under the law and subsection 118(1) provides a greater benefit to a taxpaying couple with a child cohabiting common law than to a married couple in like circumstances. However, the provision of different tax credits because of different family and personal circumstances has nothing to do with religion and cannot be characterized as discrimination based on religion. Moreover, the inequality in benefit under the law did not arise simply by reason of the taxpayer's marital status. It was the birth of the child that gave rise to significant inequality. The present case cannot be disposed of on an acceptance, even for purposes of argument, that marital status is an analogous ground to those enumerated in subsection 15(1) of the Charter. Whether or not it finds discrimination offensive to subsection 15(1), a court is not invited to proclaim an analogous ground as a broad category in the fashion the enumerated grounds themselves have been expressed; rather, it is invited to define the ground in terms of the discrete and insular minority distinguished by a personal characteristic analogous to those of the enumerated grounds. The group in issue, which is composed of married persons with a child, liv-

religion interdisait. Le ministre avait rejeté sa prétention parce que les personnes mariées qui vivent avec leur conjoint n'avaient pas droit à ce crédit; elle n'avait pas droit non plus au crédit d'impôt visé à l'alinéa 118(1)a) parce qu'elle était mariée, mais ne subvenait pas aux besoins de son époux. En conséquence, elle n'avait le droit de demander, outre l'exemption pour personne vivant seule, que la déduction moins élevée pour son enfant qu'accorde l'alinéa 118(1)d). La contribuable avait donc payé plus d'impôt sur le revenu en 1989 qu'elle aurait dû verser si elle n'avait pas été mariée et avait eu le droit de se prévaloir, pour son fils, d'un crédit équivalent à celui de personne mariée. La requérante a soutenu que l'alinéa 118(1)b) de la Loi viole la liberté de religion que lui garantit l'alinéa 2a) de la Charte, en ce sens que la Loi lui impose un fardeau financier considérable parce qu'elle adhère à sa religion. Le point en litige consistait à savoir si la disposition fiscale en question avait pour effet de violer la liberté de religion que reconnaît à la contribuable l'alinéa 2a) de la Charte ainsi que son droit à l'égalité du fait de son état matrimonial et de sa religion, aux termes du paragraphe 15(1) de la Charte.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A., motifs concordants quant au résultat): la demande doit être rejetée.

Le juge Mahoney, J.C.A.: Dans le premier d'une série de trois arrêts, la Cour suprême du Canada a défini la liberté de religion dans un sens large; cette liberté embrasse à la fois l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et ses pratiques religieuses. En l'espèce, la contribuable faisait état d'une coercition indirecte à l'égard de sa liberté de religion. Le paragraphe 118(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne fait preuve de coercition à l'égard de personne, ni directement ni indirectement; il n'impose de sanction à personne et ne met nullement en cause la liberté de religion et de conscience. Le coût imprévu qu'imposait à la contribuable et à son époux le fait d'avoir à cohabiter en tant que mari et femme du fait de la naissance d'un enfant issu de leur union ne portait pas atteinte à leur croyance ou à leur pratique religieuse.

Un crédit d'impôt est un avantage prévu par la loi, et le paragraphe 118(1) accorde à un couple contribuable non marié qui a un enfant un avantage supérieur à celui dont bénéficie un couple marié dont la situation est similaire. Cependant, le fait de prévoir des crédits d'impôt qui diffèrent selon les circonstances familiales et personnelles n'a rien à voir avec la religion et ne peut être qualifié de mesure discriminatoire fondée sur la religion. De plus, l'inégalité de bénéfice de la loi ne résultait pas simplement de l'état matrimonial de la contribuable. C'était la naissance de l'enfant qui avait donné lieu à une inégalité marquée. On ne peut trancher cette affaire en acceptant, ne serait-ce qu'à titre d'exemple, que l'état matrimonial est un motif analogue aux motifs énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte. Qu'une cour juge ou non qu'une mesure discriminatoire viole le paragraphe 15(1), elle n'est pas invitée à proclamer qu'un motif analogue constitue une catégorie étendue de la même manière que les motifs énumérés ont eux-mêmes été énoncés; elle est plutôt invitée à définir le motif en fonction de la minorité discrète et isolée que distingue une caractéristique personnelle analogue à celles que comportent les motifs énu-

ing together and not supporting each other, is not disadvantaged in the context of its place in the entire social, political and legal fabric of our society; it is not a distinct and insular minority within the contemplation of section 15 of the Charter. The distinction made by subsection 118(1) of the Act between married and unmarried persons in those like circumstances is not discriminatory.

Per Linden J.A. (concurring in the result): The Income Tax Act is a secular statute with no religious purpose whatsoever. The equivalent to married credit in paragraph 118(1)(b) of the Act recognizes the reduced ability of taxpayers to pay tax where they assume responsibility for supporting a dependent person. There is no religious purpose associated with the objectives of that provision. A trivial or insubstantial interference with religion is insufficient to violate paragraph 2(a) of the Charter. Any potential effect upon freedom of religion herein can only be described as "minuscule", "trivial" or "insubstantial". The relationship between section 118 of the Act and the ability to practice one's religion is too remote to offend the Charter.

Paragraph 118(1)(b) draws a distinction between married and unmarried taxpayers, and its operation provides a greater benefit to the latter group. Although this differential treatment constitutes a denial of equal benefit of the law, subsection 15(1) will not be violated unless the denial of equality is determined to be discriminatory. It is important to distinguish between the ground of discrimination and the group which is discriminated against. A ground of discrimination does not necessarily refer to a particular group. Distinguishing between the ground of discrimination and the group discriminated against permits a court to use one as a reference point to identify the other. The main ground of discrimination urged on behalf of the taxpayer was marital status which is not included among the prohibited grounds of discrimination in subsection 15(1), but can properly be considered an analogous ground for the purposes of that provision. This ground of discrimination should not be confused with the group claiming discrimination, that is married people. Since married persons are not a discrete and insular minority, nor are they an independently disadvantaged group, the taxpayer could not claim to be discriminated against as a married person. As to whether advantaged people may also be discriminated against, suffice it to say that, in order to establish the indicia of discrimination, a member of an advantaged group would have to show direct or immediate prejudice and stereotyping, although not necessarily intentional discrimination. The standard and the method of analysis applicable to both advantaged and disadvantaged groups would remain the same. Unlike the guarantee of freedom of religion in paragraph 2(a) of the Charter, the promise of equality in section 15 does not exclude claims on the basis that the violation is minuscule, trivial or insubstantial. Nevertheless, the taxpayer's challenge to the tax credit system cannot succeed on the basis of religious discrimination. There was no evidence

mérés. Le groupe dont il est question, qui se compose de conjoints mariés ayant un enfant issu du mariage, qui vivent ensemble et dont l'un ne subvient pas aux besoins de l'autre, n'est pas défavorisé par la place qu'il occupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société; il ne s'agit pas d'une minorité distincte et isolée au sens où l'envisage l'article 15 de la Charte. La distinction que fait le paragraphe 118(1) de la Loi entre les personnes mariées et les personnes non mariées dans ces mêmes circonstances n'est pas discriminatoire.

Le juge Linden, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): La *Loi de l'impôt sur le revenu* est un texte de loi laïc, dénué de tout caractère religieux. Le crédit équivalent à celui de personne mariée visé à l'alinéa 118(1)b) de la Loi reconnaît que les contribuables sont moins en mesure de payer de l'impôt lorsqu'il leur incombe de subvenir aux besoins d'une personne à charge. Aucune fin religieuse n'est associée aux objectifs que vise cette disposition. Une entrave négligeable ou insignifiante à la religion ne suffit pas pour qu'il y ait violation de l'alinéa 2a) de la Charte. Tout effet possible sur la liberté de religion en l'espèce ne peut être qualifié que d'«infime», de «négligeable» ou d'«insignifiant». Le rapport qu'il y a entre l'article 118 de la Loi et la capacité d'exercer sa religion est trop éloigné pour qu'il y ait violation de la Charte.

L'alinéa 118(1)(b) fait une distinction entre les contribuables mariés et les contribuables non mariés, et son application favorise ces derniers. Bien que cette différence de traitement constitue une privation du bénéfice égal de la loi, il n'y a violation du paragraphe 15(1) que si le déni d'égalité est jugé discriminatoire. Il est important de faire une distinction entre le motif de discrimination et le groupe qui est victime de discrimination. Un motif de discrimination ne fait pas nécessairement référence à un groupe particulier. Le fait de différencier le motif de discrimination et le groupe contre lequel s'exerce la discrimination permet à une cour d'utiliser l'un des deux comme point de référence pour déterminer l'autre. Le principal motif de discrimination invoqué pour la contribuable était l'état matrimonial, qui ne fait pas partie de la liste des motifs de discrimination illicites énumérés au paragraphe 15(1); cependant, il est justifié de considérer l'état matrimonial comme un motif analogue aux fins de cette disposition. Il ne faudrait pas confondre ce motif de discrimination avec le groupe qui soutient être victime de discrimination, c'est-à-dire les personnes mariées. Comme les personnes mariées ne constituent pas une minorité discrète et isolée, pas plus qu'il ne s'agit d'un groupe indépendamment défavorisé, la contribuable ne pouvait prétendre être victime de discrimination à titre de personne mariée. Quant au fait que les personnes favorisées puissent être victimes de discrimination elles aussi, il suffit de dire que, pour établir les indices de la discrimination, une personne appartenant à un groupe favorisé aurait à faire la preuve qu'il existe des préjugés et des stéréotypes directs ou immédiats, mais pas nécessairement une discrimination délibérée. La norme et la méthode d'analyse applicables aux groupes favorisés et aux groupes défavorisés resteraient les mêmes. Contrairement à la garantie de liberté de religion que reconnaît l'alinéa 2a) de la Charte, la garantie d'égalité prescrite à l'ar-

that such system creates invidious stereotyping or prejudice against the majority of religions.

ticle 15 n'exclut pas les plaintes qui reposent sur le fait que la violation en question est infime, négligeable ou insignifiante. Néanmoins, la contribuable ne peut obtenir gain de cause lorsqu'elle conteste le système des crédits d'impôt pour cause de discrimination religieuse. Il n'y avait aucune preuve que ce système crée des stéréotypes ou des préjugés injustes à l'égard de la majorité des religions.

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], ss. 2(a), 15(1),(2).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 117.1 (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 91), 118 (as am. by S.C. 1993, c. 24, s. 52), (1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 92), 252 (as am. by S.C. 1993, c. 24, s. 140).
Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al., [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 562; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

APPLIED:

Re MacVicar and Superintendent of Family & Child Services et al. (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; [1987] 3 W.W.R. 176; 10 B.C.L.R. (2d) 234; 29 C.R.R. 37 (S.C.).

CONSIDERED:

Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; (1989), 59

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2a), 15(1),(2).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 117.1 (mod. par S.C. 1988, ch. 55, art. 91), 118 (mod. par L.C. 1993, ch. 24, art. 52), (1) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 92), 252 (mod. par L.C. 1993, ch. 24, art. 140).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, ch. L-13.
Loi sur les droits de la personne, S.M. 1974, ch. 65.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

R. c. Big M. Drug Mart Ltd. et autres, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 562; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

DÉCISION APPLIQUÉE:

Re MacVicar and Superintendent of Family & Child Services et al. (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; [1987] 3 W.W.R. 176; 10 B.C.L.R. (2d) 234; 29 C.R.R. 37 (C.S.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Brooks c. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; (1989), 59

D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man. R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

REFERRED TO:

Mercier (M.) v. M.N.R., [1992] 1 C.T.C. 2506; (1992), 92 DTC 1693 (T.C.C.); *Bailey et al. v. Minister of National Revenue* (1980), 1 C.H.R.R. D/193 (C.H.R.T.); *Weronski (J.H.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2431; (1991), 91 DTC 1105; 35 R.F.L. (3d) 441 (T.C.C.); *Druker v. C.I.R.*, 697 F. 2d 46 (2nd Cir. 1982).

AUTHORS CITED

Bittker, Boris I. "A Comprehensive Tax Base as a Goal of Income Tax Reform" (1967), 80 *Harv. L. Rev.* 925.
 Bittker, Boris I. "Federal Income Taxation and the Family" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 1389.
 Blumberg, Grace. "Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers" (1972), 21 *Buff. L.R.* 49.
 Canada. House of Commons, *Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for all*, Ottawa, Queen's Printer, 1985.
 McCaffery, Edward J. "Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code" (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983.
 Morrison, Richard J. and Jillian Oderkirk. *Married and Unmarried Couples: The Tax Question*, 1991.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Tax Court of Canada ([1991] T.C.J. No. 1023 (QL)) which dismissed the taxpayer's appeal from an income tax assessment disallowing the "equivalent to married" tax credit under paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act*. Application dismissed.

COUNSEL:

Marvin J. Huberman for applicant/appellant.

J. Paul Malette and *David W. Chodikoff* for respondent.

SOLICITORS:

Morris, Rose, Ledgett, Toronto, for applicant/appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man. R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

DÉCISIONS CITÉES:

Mercier (M.) c. M.R.N., [1992] 1 C.T.C. 2506; (1992), 92 DTC 1693 (C.C.I.); *Bailey et al. c. Ministre du revenu national* (1980), 1 C.H.R.R. D/193 (T.C.O.P.); *Weronski (J.H.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2431; (1991), 91 DTC 1105; 35 R.F.L. (3d) 441 (C.C.I.); *Druker c. C.I.R.*, 697 F. 2d 46 (2nd Cir. 1982).

DOCTRINE

Bittker, Boris I. «A Comprehensive Tax Base as a Goal of Income Tax Reform» (1967), 80 *Harv. L. Rev.* 925.
 Bittker, Boris I. «Federal Income Taxation and the Family» (1975), 27 *Stan L. Rev.* 1389.
 Blumberg, Grace. «Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers» (1972), 21 *Buff. L.R.* 49.
 Canada. Chambre des Communes, *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985.
 McCaffery, Edward J. «Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code» (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983.
 Morrison, Richard J. et Jillian Oderkirk. *Married and Unmarried Couples: The Tax Question*, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire concernant une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([1991] A.C.I. n° 1023 (QL)), qui a rejeté l'appel de la contribuable à l'égard de sa nouvelle cotisation d'impôt sur le revenu rejetant le crédit d'impôt «équivalent à celui de personne mariée» visé à l'alinéa 118(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Marvin J. Huberman pour la requérante/appelante.

J. Paul Malette et *David W. Chodikoff* pour l'intimée.

PROCUREURS:

Morris, Rose, Ledgett, Toronto, pour la requérante/appelante.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée.

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

MAHONEY J.A.: This is an application for judicial review of an unreported decision of the Tax Court of Canada, ensuing upon an informal hearing.¹ It dismissed the applicant's appeal from an assessment of her 1989 income tax return disallowing the "equivalent to married" non-refundable tax credit she had claimed in respect of a dependent child and allowing a "dependent child" tax credit instead. Subsection 118(1) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 118 (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 92)] is in play.² The amounts set out in the subsection may automatically vary from year to year with indexing pursuant to section 117.1 [as am. *idem*, s. 91].

¹ File 91-1006(IT). Decision of King D.J., rendered November 6, 1991 [[1991] T.C.J. No. 1023 (QL)].

² 118. (1) For the purpose of computing the tax payable under this Part by an individual for a taxation year, there may be deducted an amount determined by the formula

$$A \times B$$

where

A is the appropriate percentage for the year, and

B is the aggregate of,

(a) in the case of an individual who at any time in the year is a married person who supports his spouse, an amount equal to the aggregate of

(i) \$6,000, and

(ii) an amount determined by the formula

$$\$5,000 - (C - \$500)$$

where

C is the greater of \$500 and the income of the individual's spouse for the year or, where the individual and the individual's spouse are living separate and apart at the end of the year by reason of a breakdown of their marriage, the spouse's income for the year while married and not so separated;

(b) in the case of an individual not entitled to a deduction by reason of paragraph (a) who, at any time in the year,

(i) is an unmarried person or a married person who neither supported nor lived with his spouse and is not supported by his spouse, and

(ii) whether by himself or jointly with one or more other persons, maintains a self-contained domestic

(Continued on next page)

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire relative à une décision non publiée rendue par la Cour canadienne de l'impôt à la suite d'une audience informelle¹. La Cour a rejeté l'appel que la requérante avait interjeté à l'égard d'une cotisation relative à sa déclaration de revenus pour 1989, refusant le crédit d'impôt non remboursable dit «équivalent à celui de personne mariée» que la requérante avait demandé pour un enfant à charge, et autorisant plutôt un crédit d'impôt pour «enfant à charge». C'est le paragraphe 118(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 118 (mod. par S.C. 1988, c. 55, art. 92)] qui est en cause². Les montants précisés dans ce paragraphe peuvent

¹ N° du greffe: 91-1006(IT). Décision du juge suppléant King, rendue le 6 novembre 1991 [[1991] A.C.I. No. 1023 (QL)].

² 118. (1) Le produit obtenu en multipliant le total des montants visés aux alinéas a) à d) par le taux de base pour l'année est déductible dans le calcul de l'impôt payable par un particulier en vertu de la présente partie pour une année d'imposition:

a) si, au cours de l'année, le particulier est marié et subvient aux besoins de son conjoint, le total de 6 000 \$ et du montant calculé selon la formule suivante:

$$5\ 000\ \$ - (C - 500\ \$)$$

où

C représente le plus élevé soit de 500 \$, soit du revenu du conjoint pour l'année ou, si le particulier et son conjoint vivent séparés à la fin de l'année pour cause d'échec du mariage, du revenu du conjoint pour l'année pendant le mariage et alors qu'ils ne vivaient pas séparés;

b) le total de 6 000 \$ et du montant calculé selon la formule suivante:

$$5\ 000\ \$ - (D - 500\ \$)$$

où

D représente le plus élevé de 500 \$ ou du revenu d'une personne à charge pour l'année,

si le particulier n'a pas droit à la déduction prévue à l'alinéa a) et si, à un moment de l'année:

i) il n'est pas marié ou, s'il l'est, ne vit pas avec son conjoint ni ne subvient aux besoins de celui-ci, pas plus que son conjoint ne subvient à ses besoins, et

ii) il tient, seul ou avec une ou plusieurs autres personnes, et habite un établissement domestique auto-

(Suite à la page suivante)

The applicant was married, lived with and did not support her spouse in 1989. They had a child born in 1988. The applicant claimed credit in respect of herself and the child under paragraph 118(1)(b). The Minister allowed her credit under paragraphs 118(1)(c) and (d). The result was that the applicant and her husband together paid more income tax in 1989 than they would have had they been living together, unmarried, all else the same. The amount of the difference is several hundreds of dollars.

(Continued from previous page)

establishment (in which the individual lives) and actually supports therein a person who, at that time, is (A) except in the case of a child of the individual, resident in Canada,

(B) wholly dependent for support on the individual, or the individual and such other person or persons, as the case may be,

(C) related to the individual, and

(D) except in the case of a parent or grandparent of the individual, either under 18 years of age or so dependent by reason of mental or physical infirmity,

an amount equal to the aggregate of

(iii) \$6,000, and

(iv) an amount determined by the formula

$$\$5,000 - (D - \$500)$$

where

D is the greater of \$500 and the income for the year of the dependent person,

(c) except in the case of an individual entitled to a deduction by reason of paragraph (a) or (b), \$6,000; and

(d) for each dependant of the individual for the year, an amount equal to

(i) if the dependant was under the age of 18 years at any time in the year, an amount determined by the formula

$$\$388 - (E - \$2,500)$$

where

E is the greater of \$2,500 and the income for the year of the dependant,

except that where the individual has more than 2 such dependants for the year . . .

varier automatiquement d'une année à l'autre suivant la formule d'indexation prévue à l'article 117.1 [mod., *idem*, art. 91].

a En 1989, la requérante était mariée, vivait avec son conjoint et ne subvenait pas aux besoins de celui-ci. Le couple avait un enfant, né en 1988. La requérante a demandé le crédit pour elle et pour l'enfant en application de l'alinéa 118(1)b). Le ministre lui a accordé le crédit visé aux alinéas 118(1)c) et d); résultat, la requérante et son époux ont payé à eux deux, en 1989, plus d'impôt sur le revenu que celui qu'ils auraient versé s'ils avaient vécu ensemble, sans être mariés, toutes les autres circonstances étant les mêmes. La différence est de plusieurs centaines de dollars.

(Suite de la page précédente)

nome où il subvient réellement aux besoins d'une personne qui, à ce moment:

A) réside au Canada, sauf s'il s'agit d'un enfant du particulier,

B) est entièrement à la charge soit du particulier, soit du particulier et d'une ou plusieurs de ces autres personnes,

C) est liée au particulier, et

D) sauf s'il s'agit du père, de la mère, du grand-père ou de la grand-mère du particulier, est soit âgée de moins de 18 ans, soit à charge en raison d'une infirmité mentale ou physique;

c) 6 000 \$, sauf si le particulier a droit à une déduction en application de l'alinéa a) ou b);

d) le montant suivant pour chaque personne à charge du particulier pour l'année:

i) pour chacune des deux premières personnes à charge âgée de moins de 18 ans à un moment de l'année, le montant calculé selon la formule suivante:

$$388 \$ - (E - 2\ 500 \$)$$

où

E représente le plus élevé de 2 500 \$ ou du revenu de la personne à charge pour l'année,

le montant de 388 \$ étant doublé pour la troisième personne ainsi à charge et chacune des suivantes . . .

The applicant was not entitled to a tax credit under paragraph (a) because, while married, she did not support her spouse; she was not entitled to a credit under paragraph (b) because she lived with her spouse.³ Thus, not being entitled to a credit under either paragraph (a) or (b), she was entitled to a credit under paragraph (c). Except as limited by paragraph 118(4)(c),⁴ the tax credit under paragraph (d) is in addition to that under paragraph (a), (b) or (c) as the case may be. Accordingly, she was entitled to tax credits under both paragraphs (c) and (d).

The applicant and her husband had been married ten years, living in Canada, when they testified before the Tax Court in September, 1991. Depending on their respective annual taxable incomes during that decade and prior to the birth of the child, the *Income Tax Act* entitled one or the other of them to the credit allowed under paragraph (a) or both to a credit under paragraph (c). There was no meaningful difference under the personal exemption regime which non-refundable tax credits replaced during the decade. No significant tax disadvantage from cohabiting in a married state can be said to have arisen until the birth of the child.

The evidence of the applicant, her husband and a pastor of the church to which they belong is that its members are required to be married to live together, to remain living together once married, and to be married to have and raise children. The applicant and

³ Whether for purposes of s. 118(1)(a) one spouse supports the other is simply determined by the level of income of the other. If that income is an amount that results in the determination under subparagraph (ii) being nil or a negative amount, that spouse is not supported.

⁴ 118. . . .

(4) For the purposes of subsection (1), the following rules apply:

(c) where an individual is entitled to a deduction under subsection (1) by reason of paragraph (b) thereof for any person described therein, the person shall be deemed not to be a dependant for the year for the purposes of paragraph (1)(d).

La requérante n'avait pas droit au crédit d'impôt prévu à l'alinéa a) parce qu'elle était mariée mais ne subvenait pas aux besoins de son époux; elle n'avait pas droit au crédit prévu à l'alinéa b) parce qu'elle vivait avec son conjoint.³ Par conséquent, comme la requérante n'avait pas droit aux crédits visés aux alinéas a) ou b), elle avait droit au crédit indiqué à l'alinéa c). À l'exception de la restriction prévue à l'alinéa 118(4)c)⁴, le crédit d'impôt visé à l'alinéa d) s'ajoute à celui qui est prévu aux alinéas a), b) ou c), selon le cas. En conséquence, la requérante avait droit aux crédits d'impôt prévus par les alinéas c) et d).

La requérante et son époux étaient mariés depuis dix ans et vivaient au Canada lorsqu'ils ont témoigné devant la Cour canadienne de l'impôt en septembre 1991. Suivant leurs revenus imposables annuels respectifs durant cette période de dix ans et avant la naissance de l'enfant, la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettait à l'un ou l'autre des conjoints de se prévaloir du crédit visé à l'alinéa a) ou, aux deux, du crédit visé à l'alinéa c). Il n'y avait pas de différence marquée dans le cadre du régime d'exemptions personnelles que le système des crédits d'impôt non remboursables a remplacé durant la période de dix ans. On peut dire que le fait de cohabiter en tant que personnes mariées n'a occasionné au couple aucun désavantage important sur le plan fiscal avant la naissance de l'enfant.

Selon la requérante, son époux et un pasteur de l'Église à laquelle le couple appartient, les membres de cette Église doivent être mariés pour vivre ensemble, ils doivent continuer de vivre ensemble une fois qu'ils sont mariés et ils doivent être mariés pour avoir

³ La question de savoir si, aux fins de l'art. 118(1)a), un conjoint subvient aux besoins de l'autre est simplement déterminée par le niveau de revenu de l'autre. Si, d'après la formule de calcul indiquée dans cette disposition, ce revenu est un montant nul ou négatif, on considère qu'il n'est pas subvenu aux besoins de ce conjoint.

⁴ 118. . . .

(4) Les règles suivantes s'appliquent aux déductions prévues au paragraphe (1):

c) si un particulier a droit à une déduction prévue au paragraphe (1), par application de l'alinéa (1)b), pour une personne qui y est visée, la personne est, pour l'application de l'alinéa (1)d), réputée ne pas être une personne à charge pour l'année.

her husband both testified that the exemption had been claimed because of financial need and moral entitlement. In her notice of objection, she stated:

I was married for religious reasons but now maintain a common-law relationship with Walter Schachtschneider. I am entirely rational & would not have married just to pay more income tax!

The Issues

The applicant asserted that the provisions of subsection 118(1) that have the effect of denying her the credit under paragraph 118(1)(b) infringe the freedom of religion and conscience accorded by paragraph 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and equality before and under the law without discrimination accorded by subsection 15(1). As to the latter, the applicant alleged discrimination based on both the enumerated ground “religion” and on an analogous ground “marital status”. She did not, on this application, pursue the subsection 15(1) claim based on the enumerated ground, however, since the reasons below are not reported, I propose to deal with it briefly.

Freedom of Conscience and Religion

The Charter provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:
 (a) freedom of conscience and religion;

The first of a triad of cases in which the Supreme Court of Canada has construed paragraph 2(a) is *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*⁵ That dealt with the *Lord's Day Act*⁶ which was described in the third of the triad as “a direct command, on pain of sanction,

⁵ *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337.

⁶ R.S.C. 1970, c. L-13.

des enfants et les élever. La requérante et son époux ont tous deux déclaré que c'est par besoin financier et par droit moral que l'exemption avait été demandée. La requérante déclare ce qui suit dans son avis d'opposition:

[TRADUCTION] Je me suis mariée pour des raisons religieuses, mais je cohabite aujourd'hui avec Walter Schachtschneider. Je suis tout à fait lucide et je ne me serais pas mariée juste pour payer plus d'impôt sur le revenu!

Les points en litige

La requérante a déclaré que les dispositions du paragraphe 118(1), qui ont pour effet de la priver du crédit visé à l'alinéa 118(1)(b), violent la liberté de conscience et de religion que reconnaît l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ainsi que l'égalité devant la loi, indépendamment de toute discrimination, que reconnaît le paragraphe 15(1). En ce qui concerne ce dernier point, la requérante a allégué qu'elle était victime de discrimination pour deux motifs: l'un énuméré—la «religion»—et l'autre analogue—l'«état matrimonial». Dans la présente demande, la requérante n'a pas poursuivi sa prétention fondée sur le motif énuméré au paragraphe 15(1); cependant, étant donné que les motifs qui suivent ne sont pas publiés, je me propose d'analyser brièvement ce point.

g La liberté de conscience et de religion

La Charte porte que:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
 a) liberté de conscience et de religion;

*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*⁵ est le premier d'une série de trois arrêts dans lesquels la Cour suprême du Canada a interprété l'alinéa 2a). Cet arrêt porte sur la *Loi sur le dimanche*⁶, qui, selon la description qui en est faite dans le troisième arrêt de la triade, est «un ordre direct de se conformer, sous peine de sanction, à un précepte religieux particu-

⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 337.

⁶ S.R.C. 1970, ch. L-13.

to conform to a particular religious precept.”⁷ The *Income Tax Act* is certainly not to be so characterized. The decision is particularly instructive for its discussion of the parameters of freedom of religion and its definition of coercion. At pages 336-337 it was said:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint . . . Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. [Underlining added.]

It is indirect coercion respecting her freedom of religion that the applicant asserts.

The next of the triad is *R. v. Jones*,⁸ a case where religious conviction was alleged to prevent an individual from either permitting his children to attend public school or obtaining governmental certification of efficient home instruction, the only relevant options allowed by provincial legislation. Again, sanctions for non-compliance were provided. Madam Justice Wilson, for a majority which concluded that paragraph 2(a) was not infringed and that recourse to section 1 was not required, wrote:

The appellant’s real complaint, it seems to me, is effects-based rather than purpose-based. . . . not every effect of legislation on religious beliefs or practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. Section 2(a) does not require the legislature to refrain from imposing any burdens on the practice of religion. Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not, in my view, a breach of freedom of religion.

⁷ *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 758, per Dickson C.J.

⁸ [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 313-314.

lier»⁷. Ce n’est certainement pas ce que l’on peut dire de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’arrêt en question est particulièrement instructif pour l’analyse que l’on y fait des paramètres de la liberté de religion, ainsi que de la manière dont on y définit le mot «coercition». Voici ce qui est dit aux pages 336 et 337 du recueil:

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l’on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d’empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l’absence de coercion ou de contrainte . . . La coercion comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d’ordres directs d’agir ou de s’abstenir d’agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d’action d’autrui. La liberté au sens large comporte l’absence de coercion et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. [Soulignements ajoutés.]

Dans la présente affaire, la requérante fait état d’une coercion indirecte concernant sa liberté de religion.

Le second des trois arrêts est l’affaire *R. c. Jones*⁸, où il était allégué que la conviction religieuse d’une personne empêchait cette dernière d’inscrire ses enfants à l’école publique ou d’obtenir de l’État une attestation d’enseignement valable à domicile, les seules options pertinentes autorisées par la législation de la province. Là encore, des sanctions étaient prévues en cas de non-conformité. Madame la juge Wilson, s’exprimant au nom d’une majorité qui a conclu qu’il n’y avait pas eu de violation de l’alinéa 2a) et qu’il n’était pas nécessaire de recourir à l’article premier, a écrit ce qui suit:

Ce dont l’appelant se plaint vraiment, me semble-t-il, ce sont des effets plutôt que de l’objet . . . ce ne sont pas tous les effets d’une loi sur les croyances ou les pratiques religieuses qui sont une atteinte à la garantie constitutionnelle conférée à la liberté de religion. L’alinéa 2a) n’oblige pas le législateur à n’entraver d’aucune manière la pratique religieuse. L’action législative ou administrative dont l’effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas à mon avis une violation de la liberté de religion.

⁷ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 758, le juge en chef Dickson.

⁸ [1986] 2 R.C.S. 284, aux p. 313 et 314.

Indirect coercion was immediately in issue in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*⁹ There provincial legislation required, subject to certain exceptions, that retail stores be closed on specified holidays, including all Sundays. Penalties were provided for its violation. It was accepted that its purpose was to provide uniform holidays for retail workers. It clearly imposed financial burdens on persons whose “Sabbath” was not observed on Sunday. Five of the seven judges held that paragraph 2(a) was infringed. A clear majority concurred in the judgment of Dickson C.J., on that issue. At page 759, he wrote:

It matters not, I believe, whether a coercive burden is direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable. All coercive burdens on the exercise of religious beliefs are potentially within the ambit of s. 2(a).

This does not mean, however, that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. It means only that indirect and unintentional burdens will not be held to be outside the scope of *Charter* protection on that account alone. . . . The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one’s perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one’s conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial.

Subsection 118(1) of the *Income Tax Act* does not, directly or indirectly, coerce anyone. It is not a form of control of any description which determines or limits anyone’s course of religious conduct or practices. It does not impose a sanction on anyone. It simply does not engage freedom of religion and conscience in any fashion whatsoever. The incidental tax cost to the applicant and her husband of continuing to cohabit in matrimonial status, occasioned by the birth of a child to the union, cannot be found capable of interfering with their religious belief or practice.

⁹ [1986] 2 S.C.R. 713.

La question d’une coercition indirecte était directement en cause dans l’affaire *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*⁹. Dans cette dernière, la loi provinciale exigeait, à certaines exceptions près, que les magasins de vente au détail soient fermés des jours fériés précisés, y compris le dimanche, sous peine de sanction. Il était reconnu que cette loi avait pour objet de fixer des jours fériés uniformes pour tous les travailleurs du secteur de la vente au détail. La loi imposait clairement un fardeau financier aux personnes qui n’observaient pas le «sabbat» le dimanche. Cinq des sept juges ont décrété que cette exigence violait l’alinéa 2a). Une nette majorité a souscrit à l’avis du juge en chef Dickson sur ce point, lequel a déclaré ce qui suit, à la page 759 du recueil:

Je crois qu’il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible. Toute entrave coercitive à l’exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l’al. 2a).

Cela ne veut pas dire cependant que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. Cela signifie uniquement qu’une entrave indirecte ou involontaire ne sera pas, de ce seul fait, considérée comme non assujettie à la protection de la *Charte* . . . L’alinéa 2a) a pour objet d’assurer que la société ne s’ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu’on a de soi, de l’humanité, de la nature et, dans certains cas, d’un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d’ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu’un fardeau ou un coût imposé par l’État soit interdit par l’al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l’action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n’est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant.

Le paragraphe 118(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* n’use de coercition à l’égard de personne, ni directement ni indirectement. Il ne s’agit pas d’une forme de contrôle qui fixe ou restreint la conduite ou les pratiques religieuses de quiconque. Il n’impose une sanction à personne. Il ne met nullement en cause la liberté de religion et de conscience, de quelque façon que ce soit. Il est impossible de conclure que le coût fiscal qu’impose à la requérante et à son époux le fait d’avoir à cohabiter en tant que mari et femme à cause de la naissance d’un enfant issu de leur union

⁹ [1986] 2 R.C.S. 713.

peut être susceptible de porter atteinte à leur croyance ou leur pratique religieuse.

Equal Benefit of the Law

The Charter provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

No doubt a tax credit is a benefit under the law and no doubt subsection 118(1) provides a greater benefit to a taxpaying couple with a child cohabiting common law than to a married couple in like circumstances. The applicant argues that subsection 118(1) “discriminates on the enumerated ground of religion because of its differential and adverse impact on those whose religious beliefs require them to be married to those with whom they live and have children” and that it discriminates on the ground of marital status, “specifically to the disadvantage of married women with children”, marital status being a ground analogous to those enumerated in subsection 15(1).

a. Religion

Subsection 118(1) recognizes the reduced ability of taxpayers with dependants to pay tax and accords tax credits on the basis of the personal and family circumstances of the taxpayer. All taxpayers who are married, cohabiting with, neither supporting nor supported by their spouses, and supporting a child of the marriage, are entitled to the same tax credit. If they are supporting more than one child, they are entitled to a greater tax credit. Whether it is only religious conviction that impels a couple with a child to maintain their state of matrimony and cohabitation, whether it is among the reasons they do, or whether it has nothing at all to do with the decision, is entirely immaterial. The differentials of the tax credits available under subsection 118(1) have nothing whatever to do with religion. The provision of different tax credits because of different family and personal circum-

Le bénéfice égal de la loi

a

La Charte porte que:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

b

Il ne fait aucun doute qu'un crédit d'impôt est un avantage conféré par la loi, et il ne fait aucun doute que le paragraphe 118(1) accorde à un couple contribuable non marié qui a un enfant un avantage supérieur à celui dont bénéficie un couple marié dont les circonstances sont les mêmes. La requérante fait valoir que le paragraphe 118(1) [TRADUCTION] «exerce une discrimination fondée sur le motif énuméré de la religion à cause de son incidence différente et négative sur les personnes dont les croyances religieuses les obligent à être mariées avec la personne avec laquelle elles vivent et ont des enfants» et, de plus, que cette disposition exerce une discrimination fondée sur l'état matrimonial, [TRADUCTION] «spécifiquement au désavantage des femmes mariées qui ont des enfants», l'état matrimonial étant un motif analogue aux motifs énumérés au paragraphe 15(1).

c

d

e

f

g

h

i

j

a. La religion

Le paragraphe 118(1) reconnaît la capacité de paiement d'impôt réduite des contribuables qui ont des personnes à leur charge, et accorde des crédits d'impôt qui sont fondés sur la situation personnelle et familiale de chaque contribuable. Tous les contribuables qui sont mariés, qui cohabitent avec leur conjoint, qui ne subviennent pas aux besoins de celui-ci ou dont le conjoint ne subvient pas à leurs besoins, et qui subviennent aux besoins d'un enfant issu du mariage ont droit au même crédit d'impôt. Les contribuables qui subviennent aux besoins de plus d'un enfant ont droit à un crédit d'impôt plus élevé. Il importe absolument peu que ce soit juste par conviction religieuse que les deux membres d'un couple ayant un enfant demeurent mariés et habitent ensemble, qu'il s'agisse de l'une des raisons pour lesquelles ils le font, ou que cela n'ait absolument rien à voir

stances cannot be characterized as discrimination based on religion.

The applicant's case has necessarily been presented on the basis that their religious conviction is the only reason for her ongoing cohabitation with her husband. It is not only the Charter guarantees of freedom of religion and conscience and of legal equality without discrimination based on religion that have been trivialized.

b. Marital Status

The inequality in benefit under the law does not arise and cannot be said to arise simply by reason of the applicant's marital status. It was the birth of the child that gave rise to significant inequality. Since there is no evidence whatever as to the income of the applicant's spouse, there is no basis for concluding that, without the child, the aggregate tax credit for husband and wife together would have been significantly different had one been entitled to credit under paragraph 118(1)(a) or both been entitled to credit under paragraph (c). This case has proceeded on the basis that the discrimination in equal benefit of the law arose because the applicant was not allowed credit for herself and the child under paragraph (b) but was given credit for herself under paragraph (c) and the child under paragraph (d). It cannot, in my respectful opinion, be disposed of on an acceptance, even for purposes of argument, that marital status is an analogous ground to those enumerated in subsection 15(1).

The Supreme Court of Canada approved the "enumerated and analogous grounds" approach to determining the role of subsection 15(1) in *Andrews v. Law Society of British Columbia*.¹⁰ A helpful exposition of that approval is found in the Court's judgment in *R. v. Turpin*,¹¹ per Madam Justice Wilson.

¹⁰ [1989] 1 S.C.R. 143.

¹¹ [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1332.

avec leur décision. Les différences dans les crédits d'impôt visés au paragraphe 118(1) n'ont rien à voir avec la religion. Le fait que l'on prévoit des crédits d'impôt différents à cause de circonstances familiales et personnelles différentes ne peut être qualifié de mesure discriminatoire fondée sur la religion.

La cause de la requérante s'appuie forcément sur le fait que sa conviction religieuse—et celle de son époux—est la seule raison pour laquelle elle continue d'habiter avec son conjoint. Il n'y a pas que la liberté de religion et de conscience et l'égalité devant la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur la religion, que garantit la Charte qui ont été banalisées.

b. L'état matrimonial

L'inégalité de bénéfice de la loi ne résulte, ni simplement ni autrement, de l'état matrimonial de la requérante. C'est la naissance de l'enfant qui a donné lieu à une inégalité marquée. Étant donné qu'il n'existe aucune preuve quant au revenu que touche le conjoint de la requérante, rien ne permet de conclure que, sans l'enfant, le crédit d'impôt total accordé à l'époux et à l'épouse aurait été nettement différent si l'un des deux avait eu droit au crédit prévu par l'alinéa 18(1)a) ou si les deux avaient eu droit au crédit visé à l'alinéa c). La présente affaire repose sur la thèse selon laquelle la discrimination relative au bénéfice égal de la loi est imputable au fait que la requérante n'a pas eu droit à un crédit pour elle-même et l'enfant en application de l'alinéa b) mais qu'elle a eu droit à un crédit pour elle-même en vertu de l'alinéa c) et pour l'enfant en vertu de l'alinéa d). À mon humble avis, on ne peut régler cette affaire en acceptant, ne serait-ce qu'à titre d'exemple, que l'état matrimonial est un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1).

La Cour suprême du Canada a sanctionné le point de vue des «motifs énumérés et analogues» pour ce qui est de déterminer le rôle du paragraphe 15(1) dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁰. On trouve dans la décision rendue par la Cour dans l'affaire *R. c. Turpin*¹¹, sous la plume de Madame le juge Wilson, un énoncé utile de cette sanction.

¹⁰ [1989] 1 R.C.S. 143.

¹¹ [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1332.

McIntyre J. recognized in *Andrews* that the “‘enumerated and analogous grounds’ approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above” (p. 182) and suggested that the alleged victims of discrimination in *Andrews*, i.e., non-citizens permanently resident in Canada were “a good example of a ‘discrete and insular minority’ who came within the protection of s. 15” (p. 183). Similarly, I suggested in my reasons in *Andrews* that the determination whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is “not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society” (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation.

After she had rejected the proposition, previously accepted by several provincial Courts of Appeal, that subsection 15(1) dictates that “the criminal law apply equally throughout the country”, Madam Justice Wilson wrote, at page 1334:

In my view, s. 15 mandates a case by case analysis as was undertaken by this Court in *Andrews* to determine 1) whether the distinction created by the impugned legislation results in a violation of one of the equality rights and, if so, 2) whether that distinction is discriminatory in its purpose or effect.

The proper approach to subsection 15(1) was also described by Lamer C.J., in *R. v. Swain*.¹²

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentional or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in “discrimination”. This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant’s s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent dis-

Le juge McIntyre reconnaît dans l’arrêt *Andrews* que le «point de vue [. . .] «des motifs énumérés et analogues» correspond davantage aux fins de l’art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant» (p. 182) et il laisse entendre que les personnes qui seraient victimes de discrimination dans l’affaire *Andrews*, c.-à-d. celles qui n’ont pas la citoyenneté et qui résident en permanence au Canada constituent «un bon exemple [. . . d’une] «minorité discrète et isolée» visée par la protection de l’art. 15» (p. 183). De même, j’ai laissé entendre, dans les motifs de jugement que j’ai rédigés dans l’affaire *Andrews*, que la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d’une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l’art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l’on ne tient pas compte du contexte général, l’analyse fondée sur l’art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté.

Après avoir rejeté la thèse, acceptée antérieurement par plusieurs cours d’appel provinciales, selon laquelle le paragraphe 15(1) prescrit que «le droit criminel s’applique également partout au pays», Madame le juge Wilson a ajouté ceci, à la page 1334 du recueil:

Selon moi, l’art. 15 commande une analyse cas par cas comme celle qu’a entreprise cette Cour dans l’affaire *Andrews* quand il s’agit de déterminer 1) si une distinction créée par la disposition législative contestée engendre une violation de l’un des droits à l’égalité et, dans l’affirmative, 2) si la distinction est discriminatoire de par son objet ou son effet.

Le juge en chef Lamer a aussi décrit la manière convenable de considérer le paragraphe 15(1) dans l’arrêt *R. c. Swain*.¹²

La cour doit d’abord déterminer si le plaignant a démontré que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité a été violé (i.e. l’égalité devant la loi, l’égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d’autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres. De plus, pour déterminer s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s’assurer que la plainte correspond à l’objectif

¹² [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 992.

¹² [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992.

crimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Since subsection 15(1) mandates a case by case analysis, it is my view that, if one is constrained to conclude that a group does fall within an analogous ground, one ought to define that ground in precise terms of the group even though a wider inclusive group may have been recognized by legislators for purposes of Human Rights Acts. The distinction between the Charter and Human Rights Acts was noted in *Andrews* at page 175.

... discrimination in s. 15(1) is limited to discrimination caused by the application or operation of law, whereas the Human Rights Acts apply also to private activities. Furthermore, and this is a distinction of more importance, all the Human Rights Acts passed in Canada specifically designate a certain limited number of grounds upon which discrimination is forbidden. Section 15(1) of the *Charter* is not so limited.

The enumerated and analogous ground approach has been adopted because it most closely accords with the purposes of section 15 and the definition of discrimination. The accepted definition, by McIntyre J., writing at page 174 of *Andrews*, is:

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

Madam Justice Wilson, had written at page 152:

I believe that it is important to note that the range of discrete and insular minorities has changed and will continue to change with changing political and social circumstances. For example, Stone J. writing in 1938, was concerned with religious, national and racial minorities.¹³ In enumerating the specific grounds in s. 15, the framers of the *Charter* embraced these concerns in 1982 but also addressed themselves to the difficulties experienced by the disadvantaged on the grounds of ethnic origin, colour, sex, age and physical and mental disability. It

¹³ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pp. 152 ff., n. 4.

général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Étant donné que le paragraphe 15(1) commande une analyse cas par cas, je suis d'avis que, si l'on est contraint de conclure qu'un groupe est effectivement visé par un motif analogue, il convient de définir ce dernier en fonction précise du groupe en question même si le législateur peut avoir reconnu l'existence d'un groupe inclusif plus étendu pour les besoins des lois sur les droits de la personne. La distinction qui existe entre la Charte et les lois sur les droits de la personne a été relevée dans l'arrêt *Andrews*, à la page 175 du recueil.

... la discrimination dont il est question au par. 15(1) est restreinte à celle qui découle de l'application de la loi alors que les lois sur les droits de la personne s'appliquent aussi aux activités de nature privée. De plus, et il s'agit d'une distinction plus importante, toutes les lois sur les droits de la personne adoptées au Canada spécifient un certain nombre restreint de motifs prohibés de discrimination. Il n'en est pas de même au par. 15(1) de la *Charte*.

Le point de vue des motifs énumérés et analogues a été retenu parce qu'il s'agit de celui qui est le plus conforme aux objets de l'article 15 et à la définition de la discrimination. La définition acceptée, qui est donnée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, à la page 174 du recueil, est la suivante:

... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Voici ce qu'indique à ce sujet Madame le juge Wilson (aux pages 152 et 153 de l'arrêt *Andrews*):

Je crois également qu'il importe de souligner que l'éventail des minorités discrètes et isolées a changé et va continuer à changer avec l'évolution des circonstances politiques et sociales. Par exemple, en 1938, le juge Stone se disait préoccupé par les minorités religieuses, nationales et raciales¹³. En énumérant des motifs précis à l'art. 15, les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé ces préoccupations en 1982, mais ils se sont aussi attardés aux difficultés que connaissent les gens défavorisés en raison de leur origine ethnique, de leur couleur,

¹³ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux p. 152 et suivantes, n. 4.

can be anticipated that the discrete and insular minorities of tomorrow will include groups not recognized as such today.

The analysis indicated by *Swain, Andrews* and *Turpin* is not, in my respectful opinion, the consecutive consideration of (1) whether, as here for example, marital status is a ground analogous to those enumerated in subsection 15(1) for some good reason not relevant to the particular grievance, e.g., the historic disadvantages of unwed mothers, and then (2) whether or not the distinction in issue treats different taxpayers in a discriminatory fashion on the basis of that analogous ground. Rather, it is in the determination whether the differential treatment mandated by subsection 118(1) is discriminatory that it is to be decided whether the applicant and others in her circumstances are defined by personal characteristics, as they plainly are, and, if so, whether those personal characteristics are analogous to the personal characteristics of the enumerated grounds—*analogous in the sense that they, too, define a discrete and insular minority commonly disadvantaged because of those characteristics. In other words, whether or not it finds discrimination offensive to subsection 15(1), a court is not invited to proclaim an analogous ground as a broad category, perhaps pleaded, in the fashion the enumerated grounds themselves have been expressed; rather, it is invited to define the ground in terms of the discrete and insular minority identified by the evidence. What is required to be identified is not, strictly speaking, an “analogous ground” in the ordinary sense of the phrase; rather it is a discrete and insular minority, distinguished by a personal characteristic analogous to those of the enumerated grounds. That approach appears, in fact, to have been the practice as well as the teaching of the Supreme Court, e.g., “non-citizens permanently resident in Canada” in *Andrews* and, in *Turpin*, “persons accused of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all provinces except Alberta.” No definition of an analogous ground is to be found in those decisions beyond the identification of the group.*

de leur sexe, de leur âge et de déficiences mentales ou physiques. On peut prévoir que les minorités discrètes et isolées de demain vont comprendre des groupes qui ne sont pas reconnus comme tels aujourd'hui.

^a Selon mon avis respectueux, l'analyse qui ressort des trois arrêts *Swain, Andrews* et *Turpin* n'est pas un examen consécutif de la question de savoir si 1), comme c'est le cas en l'espèce par exemple, l'état matrimonial est un motif analogue aux motifs énumérés au paragraphe 15(1) pour une raison valable qui est sans rapport avec la doléance en question, c'est-à-dire les désavantages historiques dont sont victimes les mères non mariées, et, ensuite 2) si la distinction en question traite ou non des différents contribuables d'une manière discriminatoire pour ce motif analogue. C'est plutôt en déterminant si le traitement différent que commande le paragraphe 118(1) est discriminatoire qu'il faut décider si la requérante et d'autres personnes dans la même situation qu'elle sont définies par des caractéristiques personnelles, comme elles le sont manifestement, et, dans l'affirmative, si ces caractéristiques personnelles sont analogues à celles des motifs énumérés—*analogues dans le sens qu'elles aussi définissent une minorité discrète et isolée habituellement défavorisée par ces caractéristiques. Autrement dit, qu'une cour juge ou non qu'une mesure discriminatoire viole le paragraphe 15(1), elle n'est pas invitée à proclamer qu'un motif analogue constitue une catégorie étendue, ce qui a peut-être été invoqués, de la même manière que les motifs énumérés ont eux-mêmes été énoncés; elle est plutôt invitée à définir le motif en fonction de la minorité discrète et isolée que la preuve désigne. Ce que l'on est tenu de désigner n'est pas, à strictement parler, un «motif analogue» dans le sens ordinaire de cette expression, mais plutôt une minorité discrète et isolée que distingue une caractéristique personnelle analogue à celles que comportent les motifs énumérés. En fait, cette optique semble être celle qu'a adoptée et que prône la Cour suprême, par exemple: les «personnes qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident en permanence au Canada» dans l'arrêt *Andrews* et, dans l'arrêt *Turpin*, «les personnes accusées des actes criminels énumérés à l'art. 427 du *Code criminel* dans toutes les provinces sauf l'Alberta». On ne trouve dans ces décisions aucune définition d'un motif analogue qui aille au-delà de l'identification du groupe.*

It seems to me that in this case, had the learned Deputy Judge taken the approach indicated and practised by the Supreme Court, he would not have found it necessary to hold that “[m]arital status . . . comes within the ambit of subsection 15(1) as being an analogous ground” before deciding, correctly in my opinion, that the distinction in issue was not discrimination within the purview of subsection 15(1). Likewise, I do not reflect on the result reached by the learned Local Judge of the Supreme Court of British Columbia in *Re MacVicar and Superintendent of Family & Child Services et al.*¹⁴ It does, however, seem to me that, had she adopted the approach of the Supreme Court of Canada, she would not have found it necessary to pronounce marital status an analogous ground on the way to deciding that the natural fathers of children put up for adoption by their unwed mothers were a discrete and insular minority, historically denied the social and legal incidents of parenthood and unequally treated by the legislation in issue.

The disadvantage shown in the present proceeding would, of course, accrue in equal measure to father as to mother were he, rather than she, to seek the tax credit in issue, all else being the same. It is not possible, in the context of the impugned legislation, to define the discrete and insular minority in terms of women at all.

There may be others differently treated by subsection 118(1) on the basis of personal characteristics, but the group now in issue is composed of married persons with a child of the marriage, living together and not supporting each other. In my opinion, that is not a group that can be described as being disadvantaged in the context of its place in the entire social, political and legal fabric of our society. It follows that it is not a distinct and insular minority within the contemplation of section 15. The distinction made by subsection 118(1) of the *Income Tax Act* between married and unmarried persons in those like circumstances is not discriminatory.

¹⁴ (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (B.C.S.C.).

Il me semble qu’en l’espèce, si le juge suppléant avait suivi la démarche que prône et qu’applique la Cour suprême, il n’aurait pas jugé nécessaire de décréter que «[l]’état matrimonial . . . se situe dans la portée de ce paragraphe [15(1)] à titre de motif analogue» avant de décider, à juste titre selon moi, que la distinction en litige ne constituait pas une mesure discriminatoire tombant sous le coup du paragraphe 15(1). De la même façon, je ne critique pas le résultat auquel est arrivé le juge local de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Re MacVicar and Superintendent of Family & Child Services et al.*¹⁴. Il me semble toutefois que si le juge avait suivi la démarche de la Cour suprême du Canada, elle n’aurait pas estimé nécessaire de déclarer que l’état matrimonial constitue un motif analogue en décidant que les pères naturels d’enfants donnés en adoption par leurs mères non mariées constituent une minorité discrète et isolée, privée historiquement des avantages sociaux et juridiques rattachés à la condition parentale et traitée inégalement par les dispositions législatives en cause.

Le désavantage dont il est fait état en l’espèce toucherait bien sûr autant le père que la mère si c’était lui, plutôt qu’elle, qui chercherait à se prévaloir du crédit d’impôt en question, toutes les autres circonstances étant les mêmes. Dans le contexte de la disposition législative contestée, il est tout à fait impossible de définir la minorité discrète et isolée en termes des femmes.

Il peut y avoir d’autres individus que le paragraphe 118(1) traite différemment suivant les caractéristiques qui leur sont propres, mais le groupe dont il est question en l’espèce est composé de conjoints mariés ayant un enfant issu du mariage, qui vivent ensemble et dont l’un ne subvient pas aux besoins de l’autre. À mon avis, il ne s’agit pas d’un groupe que l’on peut qualifier de défavorisé par la place qu’il occupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Il s’ensuit que ce groupe n’est pas une minorité distincte et isolée au sens où l’envisage l’article 15. La distinction que fait le paragraphe 118(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* entre les personnes mariées et les personnes non mariées dans ces mêmes circonstances n’est pas discriminatoire.

¹⁴ (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (C.S.C.-B).

Conclusion

I am of the opinion that the applicant's right to equal benefit of the law under subsection 15(1) of the Charter is not infringed by subsection 118(1) of the *Income Tax Act*. I would dismiss this application.

Gray D.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: I agree with the result arrived at by Mr. Justice Mahoney, but would travel a somewhat different route to reach it.

This is an application by a taxpayer for judicial review of a decision of the Tax Court on the basis that paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act* violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, interfering with her freedom of religion (paragraph 2(a)) and denying her equal benefit of the law because of her marital status and her religion (subsection 15(1)).

The applicant, who was married and living with her husband and one young child, claimed what is commonly referred to as the "equivalent to married" credit for her dependent child under paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act*. The Minister disallowed this credit on the basis that married persons living with their spouses were not entitled to this credit under paragraph 118(1)(b). Had she been living in a common law relationship, she argues, she could have claimed the equivalent to married credit. As a result, the taxpayer paid more tax than she would have if she were not married. The taxpayer appealed, unsuccessfully, the Minister's reassessment for the year 1989 to the Tax Court and now brings this application for judicial review pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)].

Conclusion

Je suis d'avis que le paragraphe 118(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne viole pas le droit de la requérante à l'égalité de bénéfice que lui confère le paragraphe 15(1) de la Charte, et je rejeterais cette demande.

b Le juge suppléant Gray: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

d LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris au résultat auquel est arrivé le juge Mahoney, mais la voie que je suivrais pour y parvenir est quelque peu différente.

e f Il s'agit d'une demande d'une contribuable pour que soit soumise à un contrôle judiciaire une décision de la Cour canadienne de l'impôt, au motif que l'alinéa 118(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole la *Charte canadienne des droits et libertés* en portant atteinte à sa liberté de religion (alinéa 2a)) et en la privant du même bénéfice de la loi du fait de son état matrimonial et de sa religion (paragraphe 15(1)).

g h i j La requérante, qui était mariée et vivait avec son époux et un jeune enfant, s'était prévalué, pour l'enfant à sa charge, de ce que l'on appelle communément le crédit «équivalent à celui de personne mariée» qui est visé à l'alinéa 118(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le ministre a rejeté ce crédit parce que les personnes mariées qui vivent avec leur conjoint n'y ont pas droit. La requérante a fait valoir que si elle avait simplement cohabité avec son conjoint, il lui aurait été possible de se prévaloir dudit crédit. À cause de cela, la contribuable a payé plus d'impôt qu'elle aurait versé si elle n'avait pas été mariée. La contribuable a interjeté appel de la nouvelle cotisation du ministre relative à l'année 1989 devant la Cour canadienne de l'impôt, mais sans succès, et elle soumet maintenant la présente demande de contrôle judiciaire en application de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)].

The Income Tax Act Provisions Explained

Before tackling the constitutional issues, the tax legislation being challenged must be described. The following are the relevant excerpts from the *Income Tax Act*.

118. (1) For the purpose of computing the tax payable under this Part by an individual for a taxation year, there may be deducted an amount determined by the formula

$$A \times B$$

where

A is the appropriate percentage for the year, and

B is the aggregate of,

(a)—in the case of an individual who at any time in the year is a married person who supports his spouse, an amount equal to the aggregate of

(i) \$6,000, and

(ii) an amount determined by the formula

$$\$5,000 - (C - \$500)$$

where

C is the greater of \$500 and the income of the individual's spouse for the year or, where the individual and the individual's spouse are living separate and apart at the end of the year by reason of a breakdown of their marriage, the spouse's income for the year while married and not so separated;

(b)—in the case of an individual not entitled to a deduction by reason of paragraph (a) who, at any time in the year,

(i) is an unmarried person or a married person who neither supported nor lived with his spouse and is not supported by his spouse, and

(ii) whether by himself or jointly with one or more other persons, maintains a self-contained domestic establishment (in which the individual lives) and actually supports therein a person who, at that time, is

(A) except in the case of a child of the individual, resident in Canada,

(B) wholly dependent for support on the individual, or the individual and such other person or persons, as the case may be,

(C) related to the individual, and

(D) except in the case of a parent or grandparent of the individual, either under 18 years of age or so dependent by reason of mental or physical infirmity,

an amount equal to the aggregate of

(iii) \$6,000, and

Explication Des Dispositions de La Loi de l'impôt sur le revenu

Avant d'examiner les questions d'ordre constitutionnel qui sont en jeu, il convient de décrire les dispositions fiscales contestées. Voici les extraits pertinents de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

118. (1) Le produit obtenu en multipliant le total des montants visés aux alinéas a) à d) par le taux de base pour l'année est déductible dans le calcul de l'impôt payable par un particulier en vertu de la présente partie pour une année d'imposition:

a) si, au cours de l'année, le particulier est marié et subvient aux besoins de son conjoint, le total de 6 000 \$ et du montant calculé selon la formule suivante:

$$5\ 000\ \$ - (C - 500\ \$)$$

où

C représente le plus élevé soit de 500 \$, soit du revenu du conjoint pour l'année ou, si le particulier et son conjoint vivent séparés à la fin de l'année pour cause d'échec du mariage, du revenu du conjoint pour l'année pendant le mariage et alors qu'ils ne vivaient pas séparés;

b) le total de 6 000 \$ et du montant calculé selon la formule suivante:

$$5\ 000\ \$ - (D - 500\ \$)$$

où

D représente le plus élevé de 500 \$ ou du revenu d'une personne à charge pour l'année

si le particulier n'a pas droit à la déduction prévue à l'alinéa a) et si, à un moment de l'année:

(i) il n'est pas marié ou, s'il l'est, ne vit pas avec son conjoint ni ne subvient aux besoins de celui-ci, pas plus que son conjoint ne subvient à ses besoins, et

(ii) il tient, seul ou avec une ou plusieurs autres personnes, et habite un établissement domestique autonome où il subvient réellement aux besoins d'une personne qui, à ce moment:

A) réside au Canada, sauf s'il s'agit d'un enfant du particulier,

B) est entièrement à la charge soit du particulier, soit du particulier et d'une ou plusieurs de ces autres personnes,

C) est liée au particulier, et

D) sauf s'il s'agit du père, de la mère, du grand-père ou de la grand-mère du particulier, est soit âgée de moins de 18 ans, soit à charge en raison d'une infirmité mentale ou physique

(iv) an amount determined by the formula

$$\$5,000 - (D - \$500)$$

where

D is the greater of \$500 and the income for the year of the dependent person;

(c) except in the case of an individual entitled to a deduction by reason of paragraph (a) or (b), \$6,000; and

(d) for each dependant of the individual for the year, an amount equal to

(i) if the dependant was under the age of 18 years at any time in the year, an amount determined by the formula

$$\$388 - (E - \$2,500)$$

where

E is the greater of \$2,500 and the income for the year of the dependant,

except that where the individual has more than 2 such dependants for the year, the reference to the amount "\$388" in the formula under this subparagraph shall, in respect of all but 2 of those dependants, be read as twice that amount, and

(ii) in the case of a person dependent on the individual by reason of mental or physical infirmity and to whom subparagraph (i) does not apply, an amount determined by the formula

$$\$1,471 - (F - \$2,500)$$

where

F is the greater of \$2,500 and the income for the year of the dependant.

These provisions are by no means self-explanatory. Paragraph 118(1)(a) provides for what is known as the married status credit or married tax credit. This credit of \$6,000 plus \$5,000 (adjusted) may be claimed only by an individual who is married and supports a spouse. In 1989, the year in question, the maximum value of this credit was \$859 in tax savings (not including provincial tax).

Subject to the specified limitations, paragraph 118(1)(b) provides a similar credit for taxpayers who support a wholly dependent person. This credit, commonly referred to as the equivalent to married tax credit, relies on the same formula as the married tax credit and is also worth a maximum \$859 in tax savings. The scheme of the Act mandates that the equivalent to married tax credit cannot be claimed by an individual who is married and lives with a spouse. The equivalent to married tax credit may be claimed only by an individual who is single, widowed, divorced, or separated. In order to claim this credit, a taxpayer must have supported an individual living in their home who is wholly dependent upon the tax-

c) 6 000 \$, sauf si le particulier a droit à une déduction en application de l'alinéa a) ou b);

d) le montant suivant pour chaque personne à charge du particulier pour l'année:

(i) pour chacune des deux premières personnes à charge âgée de moins de 18 ans à un moment de l'année, le montant calculé selon la formule suivante:

$$388 \$ - (E - 2\ 500 \$)$$

où

E représente le plus élevé de 2 500 \$ ou du revenu de la personne à charge pour l'année, le montant de 388 \$ étant doublé pour la troisième personne ainsi à charge et chacune des suivantes,

(ii) si la personne est à charge en raison d'une infirmité mentale ou physique et que le sous-alinéa (i) ne s'applique pas à celle-ci, le montant calculé selon la formule suivante:

$$1\ 471 \$ - (F - 2\ 500 \$)$$

où

F représente le plus élevé de 2 500 \$ ou du revenu de la personne à charge pour l'année.

On ne peut dire que ces dispositions se passent d'explications. L'alinéa 118(1)a) prévoit ce que l'on appelle le crédit de personne mariée. Seule une personne qui est mariée et qui subvient aux besoins de son conjoint peut se prévaloir de ce crédit de 6 000 \$ plus la somme (rajustée) de 5 000 \$. En 1989, c'est-à-dire l'année dont il est question en l'espèce, la valeur maximale de ce crédit était une économie d'impôt de 859 \$ (impôt provincial exclu).

Sous réserve des limites précisées, l'alinéa 118(1)b) accorde un crédit analogue au contribuable qui subvient aux besoins d'une personne entièrement à charge. Ce crédit, auquel on donne habituellement le nom de «crédit équivalent à celui de personne mariée», est fondé sur la même formule de calcul que celle qui permet de déterminer le crédit de personne mariée et vaut lui aussi une économie d'impôt d'un montant maximal de 859 \$. L'économie de la Loi requiert qu'une personne qui est mariée et vit avec son conjoint ne peut se prévaloir du crédit équivalent à celui de personne mariée. Celui-ci ne peut être demandé que par une personne célibataire, veuve, divorcée ou séparée. Pour avoir droit à ce crédit, le

payer and others living in the home. The dependent person and the taxpayer must be related by blood relationship, marriage or adoption. This excludes a number of different types of dependent relationships including common law partners and lesbian and gay partners who cannot, therefore, claim an equivalent to married credit for each other, but who may claim that credit for a child they raise or a physically or mentally disabled individual for whom they care. (See as to alleged discrimination on the basis of age, *Mercier (M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2506 (T.C.C.), now on appeal.)

Under paragraph 118(1)(c), those who cannot claim either married status or equivalent to married status deductions may claim the single status exemption of \$6,000. Thus, if two people reside together and both work, each can claim the \$6,000 as long as they do not fit under paragraph 118(1)(a) or 118(1)(b).

Any taxpayer may claim, in addition, a dependant tax credit under paragraph 118(1)(d) for any additional dependants they support. However, the credit provided in that paragraph is significantly less than the married tax deduction and the equivalent to married tax credit.

The treatment of common law spouses under the system of tax credits in section 118 of the *Income Tax Act* has been recently changed by Bill C-92 [*An Act to amend the Income Tax Act, the Canada Pension Plan, the Income Tax Conventions Interpretation Act, the Tax Rebate Discounting Act, the Unemployment Insurance Act and certain related Acts*, S.C. 1993, c. 24, s. 52]. Effective for the 1993 tax year, the definitions of spouse and marriage in section 252 of the Act have been amended [as am. *idem*, s. 140] to include common law spouses. These changes mean that common law spouses will now be eligible for the married tax credit in paragraph 118(1)(a) of the Act,

contribuable doit avoir subvenu aux besoins d'une personne vivant dans le même domicile que lui et qui est entièrement à la charge du contribuable et des autres personnes vivant dans ce domicile. La personne à charge et le contribuable doivent être liés par les liens du sang ou du mariage ou par adoption, ce qui exclut un certain nombre de types différents de relation de dépendance, y compris les conjoints de fait et les conjoints homosexuels, aussi bien masculins que féminins, qui, en raison de cela, ne peuvent se prévaloir pour l'un et pour l'autre d'un crédit équivalent à celui de personne mariée; ils peuvent toutefois le faire pour un enfant qu'ils élèvent ou un handicapé physique ou mental dont ils prennent soin. (Au sujet de la discrimination présumée fondée sur l'âge, voir la décision *Mercier (M.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2506 (C.C.I.), actuellement en appel.)

Aux termes de l'alinéa 118(1)c), les personnes qui n'ont pas droit au crédit de personne mariée ou au crédit équivalent à celui de personne mariée peuvent cependant demander le crédit de personne vivant seule, dont le montant est de 6 000 \$. C'est donc dire que si deux personnes vivent ensemble et que toutes deux travaillent, chacune peut déduire la somme de 6 000 \$ à la condition de ne pas être visée par les dispositions des alinéas 118(1)a) ou b).

De plus, n'importe quel contribuable peut se prévaloir, pour toute personne à charge supplémentaire dont il subvient aux besoins, d'un crédit de personne à charge visé à l'alinéa 118(1)d). Cependant, le montant accordé est nettement inférieur au crédit de personne mariée et au crédit équivalent à celui de personne mariée.

Le projet de loi C-92 [*Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, La Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu, la Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt, la Loi sur l'assurance-chômage et certaines lois connexes*, L.C. 1993, ch. 24, art. 52] a récemment modifié la manière dont le système des crédits d'impôt visé par l'article 118 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* traite les conjoints de fait. Les définitions des mots «conjoint» et «mariage», à l'article 252 de la Loi, ont été modifiées [mod., *idem*, art. 240] de manière à englober les conjoints de fait, et ce, à compter de l'année

and will no longer be able to claim the equivalent to married tax credit set out in paragraph 118(1)(b), which gave rise to the complaint of unequal treatment in this case.

These recent amendments do not, of course, govern the circumstances of this case, since it is the applicant's 1989 tax return with which we are concerned. Up until the 1993 tax year, the credits provided for in section 118 of the Act did not take full account of common law or other similar dependent relationships and were not fully harmonized with each other in that regard. As a result, there were situations in which persons living in common law relationships were better off than those who were married, and, similarly, there were situations in which married persons were better off than those living in common law relationships. For instance, a married taxpayer supporting a spouse was able to claim a married status credit under paragraph 118(1)(a) where the spouse earned less than \$5,553. In the same circumstances, a taxpayer living in a common law relationship was unable to claim any credit for a dependent partner. In such a situation the married taxpayer received a greater benefit (or lesser burden) under section 118. (See *Bailey et al. v. Minister of National Revenue* (1990), 1 C.H.R.R. D/193 (C.H.R.T.).)

In contrast, where a married couple had a dependent child, they were precluded from claiming the equivalent to married credit for that child, being limited to the married status credit. On the other hand, where partners in a common law relationship had a dependent child, one of the partners was permitted an equivalent to married credit under paragraph 118(1)(a), as long as the child did not earn income exceeding \$5,553. Under those circumstances, taxpayers in a common law relationship received a greater benefit (or lesser burden) under section 118 of the Act than married people. Thus, because the outdated definition of spouse, in some cases married people were better off and, in other cases, unmarried people were.

d'imposition 1993. Par suite de ces changements, les conjoints de fait ont dorénavant droit au crédit de personne mariée visé à l'alinéa 118(1)a) de la Loi et ne peuvent plus se prévaloir du crédit équivalent à celui de personne mariée prévu à l'alinéa 118(1)b), qui a donné lieu, en l'espèce, à la plainte concernant une inégalité de traitement.

Il va sans dire que ces modifications récentes ne régissent pas les circonstances de l'espèce, puisqu'il est question, dans la présente affaire, de la déclaration d'impôt de la requérante pour 1989. Avant l'année d'imposition 1993, les crédits prévus à l'article 118 de la Loi ne tenaient pas entièrement compte des unions de fait ou d'autres relations de dépendance analogues et, à cet égard, n'étaient pas tout à fait en harmonie les uns avec les autres. Il arrivait donc que des conjoints de fait se trouvaient dans une situation plus avantageuse que des conjoints mariés, et vice versa. Par exemple, un contribuable marié qui subvenait aux besoins de son conjoint était en mesure de se prévaloir du crédit de personne mariée visé à l'alinéa 118(1)a) si le conjoint gagnait moins de 5 553 \$. Dans les mêmes circonstances, un contribuable vivant en union de fait ne pouvait se prévaloir d'aucun crédit pour un conjoint à charge. Dans une telle situation, le contribuable marié bénéficiait d'un avantage supérieur (ou d'un fardeau moindre) sous le régime de l'article 118. (Voir la décision *Bailey et al. c. Ministre du revenu national* (1980), 1 C.H.R.R. D/193 (T.C.O.P.).)

Par contraste, lorsqu'un couple marié avait un enfant à charge, les deux conjoints ne pouvaient demander pour celui-ci le crédit équivalent à celui de personne mariée, car ils n'avaient droit qu'au crédit de personne mariée. En revanche, quand deux conjoints de fait avaient un enfant à charge, l'un des deux avait droit au crédit équivalent à celui de personne mariée visé à l'alinéa 118(1)a), à la condition que l'enfant en question ne gagne pas un revenu supérieur à 5 553 \$. Dans ces circonstances, les contribuables vivant en union de fait bénéficiaient, sous le régime de l'article 118 de la Loi, d'un avantage supérieur (ou d'un fardeau moindre) par rapport aux personnes mariées. Ainsi, à cause de la définition désuète du mot «conjoint», dans certains cas, c'étaient les personnes mariées qui étaient favorisées, et, dans d'autres, les personnes non mariées.

There are, of course, many other situations which could be compared, but reviewing them would be more confusing than enlightening. Suffice it to say that the system of tax credits in section 118 of the *Income Tax Act* does not treat uniformly either married taxpayers or unmarried taxpayers. Indeed, this section and other similar sections in previous incarnations of the *Income Tax Act*, both here and elsewhere, have been the subject of ongoing controversy and litigation. This is highlighted by the fact that this case is brought by a married taxpayer challenging section 118 on constitutional grounds, while, in *Bailey v. M.N.R.*, *supra*, the predecessor to section 118, was challenged by partners in a common law relationship on similar grounds, under the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33]. For a discussion of these issues generally see Boris Bittker, "A 'Comprehensive Tax Base' as a Goal of Income Tax Reform", (1967), 80 *Harv. L. Rev.* 925; Edward McCaffery "Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code" (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983; and Grace Blumberg "Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers" (1972), 21 *Buff. L. Rev.* 49. This controversy is likely to continue until a more delicately calibrated test is discovered as a basis for determining the appropriate tax treatment for dependent relationships in these changing times. In the meantime, courts will be faced with the difficult task of sorting through the provisions of the Act to determine which are discriminatory and those which, while less than perfect, will pass muster.

The Facts

In 1989, the applicant earned an income of \$12,469.51 primarily in the form of interest. She did not support her husband, Walter Schachtschneider, an engineer. As a result, the applicant was not eligible to claim a married status tax credit under paragraph 118(1)(a) which requires a taxpayer to have supported a spouse. On her 1989 tax return, the applicant claimed an "equivalent to married" tax credit for her dependent child under paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act*. This equivalent to married credit

Il existe bien sûr de nombreuses autres situations que l'on pourrait comparer, mais il serait plus déroutant que révélateur de les passer en revue. Je me contenterai de dire que le système des crédits d'impôt visés à l'article 118 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne traite d'une manière uniforme ni les contribuables mariés ni les contribuables non mariés. En fait, cet article et d'autres articles analogues dans des versions antérieures de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ici comme ailleurs, ont été l'objet de controverses et de litiges permanents, une situation que met en lumière le fait que la présente action est introduite par une contribuable mariée qui conteste l'article 118 pour des motifs d'ordre constitutionnel, tandis que dans l'affaire *Bailey c. M.N.R.*, précitée, la disposition qui a précédé l'article 118 était contestée par des conjoints de fait pour des motifs analogues, dans le cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, ch. 33]. Pour une analyse générale de ces questions, voir Boris Bittker «A "Comprehensive Tax Base" as a Goal of Income Tax Reform», (1967), 80 *Harv. L. Rev.* 925; Edward McCaffery «Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code» (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983; et Grace Blumberg «Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers» (1972), 21 *Buff. L. Rev.* 49. Cette controverse se poursuivra vraisemblablement jusqu'au jour où l'on découvrira un critère plus précis qui permettra de déterminer la manière de traiter convenablement, au point de vue fiscal, les relations de dépendance dans cette époque en évolution que nous traversons aujourd'hui. Dans l'intervalle, les tribunaux seront confrontés à la tâche ardue de déterminer quelles dispositions de la Loi sont discriminatoires et lesquelles, imparfaites peut-être, sont acceptables.

Les Faits

En 1989, la requérante a gagné un revenu de 12 469,51 \$, sous forme d'intérêts surtout. Elle ne subvenait pas aux besoins de son époux, Walter Schachtschneider, ingénieur de profession. De ce fait, la requérante n'avait pas le droit de demander un crédit d'impôt de personne mariée en vertu de l'alinéa 118(1)a, qui exige que le contribuable subviennne aux besoins d'un conjoint. Dans sa déclaration d'impôt pour 1989, la requérante a déduit, pour l'enfant à sa charge, un crédit d'impôt «équivalent à celui de

enables unmarried taxpayers (or married taxpayers not living with a spouse, who did not support and who were not supported by a spouse) to claim a credit for a dependant, subject to certain qualifications which operate to exclude, among others, common law spouses. Under the Act, therefore, married persons living with their spouses are only eligible for a married status credit under paragraph 118(1)(a) of the Act contingent upon meeting the specific requirements in that paragraph. The applicant did not meet the requirement in paragraph 118(1)(a) that the taxpayer must have supported a spouse. Accordingly, she was said to be unable to claim the married status credit or the equivalent to married credit; she was only entitled to claim, in addition to the single status exemption, the lesser deduction for her child under paragraph 118(1)(d). As a result, the taxpayer paid approximately \$1,200 more tax than she would have had to pay if she had not been married and had been allowed to claim an equivalent to married credit for her son.

The applicant maintains that the *Income Tax Act* violates her freedom of religion under paragraph 2(a) of the Charter in so far as it imposes a substantial financial burden on her for adhering to her religion. The applicant explained that she married her husband, Walter Schachtschneider, rather than just living with him, because the tenets of her religion, the German Church of God, forbade that. Thus, denying her a tax credit on the basis that she was married, was a violation of her freedom of religion. Moreover, the applicant argued that disallowing her the “equivalent to married” tax credit also infringes her right to equality on the basis of her marital status and religion, under subsection 15(1) of the Charter. As the applicant’s claim fails on the merits for the reasons explained below, it will not be necessary for me to address the jurisdictional point, which was argued by counsel. I shall now consider the two constitutional arguments raised on this application.

personne mariée» en application de l’alinéa 118(1)b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Ce crédit permet aux contribuables non mariés (ou aux contribuables mariés ne vivant pas avec un conjoint, qui ne subviennent pas aux besoins de leur conjoint ou dont le conjoint ne subvient pas à leurs besoins) de se prévaloir d’un crédit pour personne à charge, sous réserve de certaines restrictions qui excluent, notamment, les conjoints de fait. Par conséquent, aux termes de la Loi, les personnes mariées qui vivent avec leur conjoint n’ont droit qu’au crédit de personne mariée visé à l’alinéa 118(1)a) de la Loi, à la condition de satisfaire aux exigences précises qui sont énoncées dans cette disposition. La requérante ne satisfaisait pas à l’exigence énoncée à l’alinéa 118(1)a) selon laquelle le contribuable doit avoir subvenu aux besoins d’un conjoint. En conséquence, il lui était impossible de demander le crédit de personne mariée ou le crédit équivalent à celui de personne mariée; elle n’avait le droit de demander, outre l’exemption pour personne vivant seule, que la déduction moins élevée pour son enfant qu’accorde l’alinéa 118(1)d). La contribuable a donc payé environ 1 200 \$ d’impôt de plus que le montant qu’elle aurait dû verser si elle n’avait pas été mariée et avait eu le droit de demander, pour son fils, un crédit équivalent à celui de personne mariée.

La requérante soutient que la *Loi de l’impôt sur le revenu* viole la liberté de religion que lui garantit l’alinéa 2a) de la Charte en ce sens que la Loi lui impose un fardeau financier considérable parce qu’elle adhère à sa religion. La requérante a expliqué qu’elle s’est mariée avec son époux, Walter Schachtschneider, plutôt que de cohabiter simplement avec lui parce que les préceptes de sa religion, l’Église allemande de Dieu, l’interdisent. Le fait de lui refuser un crédit d’impôt parce qu’elle était mariée violait donc sa liberté de religion. Par ailleurs, la requérante a fait valoir que le fait de lui refuser le crédit d’impôt «équivalent à celui de personne mariée» enfreignait aussi son droit à l’égalité du fait de son état matrimonial et de sa religion, aux termes du paragraphe 15(1) de la Charte. Étant donné que la prétention de la requérante est rejetée quant au fond pour les motifs exposés ci-après, il ne me sera pas nécessaire d’analyser la question de compétence que l’avocat a soulevée. Voyons maintenant les deux arguments d’ordre constitutionnel qui ont été invoqués à propos de la présente demande.

Freedom of Religion

The guarantee of freedom of religion is set out in paragraph 2(a) of the Charter:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:
 (a) freedom of conscience and religion.

This provision was first considered by the Supreme Court of Canada in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Chief Justice Dickson, writing for the majority, offered the following broad description of freedom of religion [at pages 336-337]:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

With this description as the background, the first question to be asked is whether the purpose of paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act* violates paragraph 2(a) of the Charter. In my view, it does not. The *Income Tax Act* is a secular statute with no religious purpose whatsoever. If we turn our attention to subsection 118(1) of the Act, we find that it too has

La liberté de religion

La liberté de religion est garantie à l'alinéa 2a) de la Charte:

- a 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
 a) liberté de conscience et de religion.

Cette disposition a été examinée pour la première fois par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, décrit en termes généraux ce qu'est la liberté de religion [aux pages 336 et 337]:

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les moeurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Si l'on utilise cette description comme toile de fond, la première question qui se pose est celle de savoir si l'objet de l'alinéa 118(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole l'alinéa 2a) de la Charte. À mon avis, non. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est un texte de loi laïc, dénué de tout caractère religieux. Le paragraphe 118(1) de la *Loi* revêt lui aussi un carac-

an exclusively secular purpose. Each of the four different tax credits provided in that subsection serve their own particular objectives, but none of them are directed at curtailing freedom of religion. They are designed to ensure that a taxpayer retains a minimum amount of income on which to live. Clearly, this objective does not run afoul of the guarantee of freedom of religion. If we narrow our focus further to consider the equivalent to married credit in paragraph 118(1)(b), the specific paragraph being challenged, we find that its purpose is also totally secular. This credit, like the others in the subsection, recognizes the reduced ability of taxpayers to pay tax where they assume responsibility for supporting a dependent person. There is no religious purpose in any way associated with the objectives of paragraph 118(1)(b).

This does not conclude the matter, however, because as Chief Justice Dickson explained, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at page 752:

Even if a law has a valid purpose, it is still open to a litigant to argue that it interferes with its effects with a right or freedom guaranteed by the *Charter*.

Moreover, one must also consider effects that may be not only direct but indirect, not only intentional but unintentional, and not only foreseeable but unforeseeable. This view was plainly articulated in *Edwards Books Ltd.*, *supra*, at page 759, where Chief Justice Dickson explained:

It matters not, I believe, whether a coercive burden is direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable. All coercive burdens on the exercise of religious beliefs are potentially within the ambit of s. 2(a).

Yet while any law that involves a so-called coercive burden on an individual's practice of their religion—which really means no more than that the law has some influence on their religious practice—may potentially fall within the ambit of paragraph 2(a), it is clear that not all such laws contravene that paragraph. A trivial or insubstantial interference with religion is insufficient to violate paragraph 2(a). There must be a substantial enough interference that one's religious practice might reasonably or actually

tère exclusivement laïc. Chacun des quatre crédits d'impôt différents que prévoit ce paragraphe est axé sur des objectifs qui lui sont propres, mais aucun d'eux n'a pour objet de restreindre la liberté de religion. Ces crédits sont conçus pour garantir que les contribuables conservent un montant minimal de revenu qui leur permet de vivre. Il est évident que cet objectif ne porte pas atteinte à la garantie de liberté de religion. Si l'on examine de plus près le crédit dit «équivalent à celui de personne mariée» visé à l'alinéa 118(1)b), soit la disposition précise qui est contestée en l'espèce, on constate que son objet est lui aussi tout à fait laïc. Ce crédit, comme les trois autres, reconnaît que les contribuables sont moins en mesure de payer de l'impôt lorsqu'il leur incombe de subvenir aux besoins d'une personne à charge. Aucune fin religieuse n'est associée, de quelque manière que ce soit, aux objectifs que vise l'alinéa 118(1)b).

Mais l'affaire ne s'arrête pas là, car, comme l'explique le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la page 752 du recueil:

Même si une loi a un objet régulier, il est encore possible à un justiciable de faire valoir que, de par ses effets, elle porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*.

De plus, il faut prendre en considération les effets qui peuvent être non seulement directs mais indirects, non seulement délibérés mais involontaires et non seulement prévisibles mais imprévisibles. Ce point de vue a été clairement exposé dans l'arrêt *Edwards Books Ltd.*, précité, à la page 759 du recueil, où le juge en chef Dickson explique ce qui suit:

Je crois qu'il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible. Toute entrave coercitive à l'exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l'al. 2a).

Cependant, bien qu'une loi qui comporte une prétendue entrave coercitive à l'exercice, par un individu, d'une religion—ce qui, en réalité, ne signifie pas plus que la loi exerce une certaine influence sur la pratique religieuse de cet individu—puisse peut-être tomber sous le coup de l'alinéa 2a), il est évident que les lois de ce type n'enfreignent pas toutes cet alinéa. Une entrave négligeable ou insignifiante à la religion ne suffit pas pour qu'il y ait violation de l'alinéa 2a); l'entrave doit être suffisamment impor-

be threatened. The Supreme Court of Canada, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, through Chief Justice Dickson, at page 759, explained:

Section 2(a) does not require the legislatures to eliminate every minuscule state-imposed cost associated with the practice of religion. Otherwise the *Charter* would offer protection from innocuous secular legislation such as a taxation act that imposed a modest sales tax extending to all products, including those used in the course of religious worship. In my opinion, it is unnecessary to turn to s. 1 in order to justify legislation of that sort . . . The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened . . . In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial. [Citation omitted.]

These guidelines were reiterated by Madam Justice Wilson in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at page 314:

Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not, in my view, a breach of freedom of religion.

Thus, more than “minuscule”, “trivial” or “insubstantial” effects are required for a *Charter* violation.

In my view, applying these principles, this paragraph does not actually threaten nor might it reasonably threaten freedom of religion. Any link to religion in this case is too tenuous and far fetched to merit a constitutional remedy. To hold that the taxpayer’s freedom of religion was violated by denying her a tax credit on the basis that she married her husband because of her religious principles would stretch the scope of the guarantee beyond legitimate bounds. There are many other reasons for couples to marry—love, companionship, tradition, duty, child-bearing, social or family pressure, economic reasons, etc. Even one’s tax position may be an influence on this decision. Religion is just one reason, motivating only some couples. The administration of the tax laws cannot depend on the reasons that people marry. The Tax Court Judge was correct when he stated that he “would be drawing a long bow indeed to equate her inability to claim this additional tax credit as an inter-

tante pour risquer de menacer ou menacer effectivement la pratique religieuse de l’individu en question. La Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, sous la plume du juge en chef Dickson, donne l’explication suivante, à la page 759 du recueil:

L’alinéa 2a) n’exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l’État relativement à la pratique d’une religion. Autrement, la *Charte* offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu’une loi fiscale qui imposerait une taxe de vente modeste sur tous les produits, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux. À mon avis, il n’est pas nécessaire d’invoquer l’article premier pour justifier une telle mesure législative . . . La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d’ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés . . . Bref, l’action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n’est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant. [Passages omis.]

Ces lignes directrices ont été réitérées par Madame le juge Wilson dans l’arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la page 314:

L’action législative ou administrative dont l’effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas à mon avis une violation de la liberté de religion.

Il faut donc plus que des effets «infimes», «négligeables» ou «insignifiants» pour qu’il y ait violation de la *Charte*.

À mon avis, compte tenu de ces principes, ce paragraphe ne menace réellement pas ou ne pourrait raisonnablement pas menacer la liberté de religion. Tout lien avec la religion en l’espèce est par trop ténue et forcé pour justifier un recours de droit constitutionnel. Soutenir que l’on viole la liberté de religion de la contribuable en la privant d’un crédit d’impôt parce qu’elle s’est mariée avec son époux à cause de ses principes religieux reviendrait à étendre la portée de la garantie au-delà de limites légitimes. Il y a bien d’autres raisons pour lesquelles deux personnes se marient. L’amour, la camaraderie, la tradition, le devoir, la maternité, les pressions sociales ou familiales, des motifs d’ordre économique, etc. Même la situation fiscale d’un individu peut avoir une influence sur cette décision. La religion n’est qu’un motif, qui n’incite que quelques couples à se marier. L’application des lois fiscales ne peut dépendre des raisons pour lesquelles les gens se marient. Le juge

ference with a fundamental freedom as envisioned by subsection 2(a) of the Charter.”

Any potential effect upon freedom of religion in this case can only be described as “minuscule”, “trivial” or “insubstantial”. This is not because \$1200 is a minuscule, trivial or insubstantial amount of money, but because the effect on the taxpayer’s practice of her religion of paying that amount is minuscule, trivial or insubstantial. While a certain amount of tax may have to be paid by this taxpayer because of her marriage, and while she may have entered into her marriage because of her religious principles, this is an effect twice removed from the practice of her religion. The relationship between section 118 of the *Income Tax Act* and the ability to practice one’s religion is too remote to offend the Charter. The applicant’s challenge to paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act* on the basis that denying her the equivalent to married tax credit violates her freedom of religion, is therefore, unsuccessful.

The Right to Equality

Subsection 15(1) of the Charter provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The proper approach to subsection 15(1) was summarized by Chief Justice Lamer in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in “discrimination”. This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advan-

de la Cour canadienne de l’impôt a eu raison de déclarer qu’il «serait en fait exagéré de conclure que l’impossibilité de demander ce crédit d’impôt supplémentaire contrevient à une liberté fondamentale de la manière envisagée par l’alinéa 2a) de la Charte».

Dans la présente affaire, tout effet possible sur la liberté de religion ne peut être qualifié que d’«infime», «négligeable» ou «insignifiant», non pas parce que la somme de 1 200 \$ est infime, négligeable ou insignifiante, mais parce que l’effet qu’a le paiement de cette somme sur l’exercice, par la contribuable, de sa religion est infime, négligeable ou insignifiant. S’il est vrai que la contribuable peut avoir à payer un certain montant d’impôt parce qu’elle est mariée, et que c’est peut-être à cause de ses principes religieux qu’elle s’est mariée, il s’agit là d’un effet doublement éloigné de l’exercice de sa religion. Le rapport qu’il y a entre l’article 118 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et la capacité d’exercer sa religion est trop éloigné pour qu’il y ait violation de la Charte. La requérante ne peut donc contester avec succès l’alinéa 118(1)b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* en invoquant que le fait de lui refuser le crédit équivalent à celui de personne mariée viole sa liberté de religion.

Le droit à l’égalité

Le paragraphe 15(1) de la Charte porte que:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La manière convenable d’envisager cette disposition a été résumée par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 992 du recueil:

La cour doit d’abord déterminer si le plaignant a démontré que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité a été violé (i.e. l’égalité devant la loi, l’égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d’autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre

tages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

The first stage of the test is not difficult to satisfy and is met on the facts of this case. Paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act* draws a distinction between married and unmarried individuals, and its operation provides a greater benefit to the latter group. While the *Income Tax Act* is not normally perceived as a benefit conferring statute, it is altogether appropriate to consider a tax credit as a benefit within the context of that Act. In any event, for the purposes of the four equalities set out in subsection 15(1), differential treatment regarding the application of the *Income Tax Act*, and the scheme of tax credits in paragraph 118(1)(b) in particular, constitutes a denial of equal benefit of the law. The first hurdle of the subsection 15(1) test is, therefore, overcome.

A violation of subsection 15(1) will not be found, however, unless the denial of equality is determined to be discriminatory. To assess whether a distinction is discriminatory, it is necessary to consider both the effect of the distinction—does it deny a benefit granted to others or impose a burden not imposed on others?—and the circumstances of the group affected by the distinction—does the group come within an enumerated or analogous ground of discrimination? It is important to distinguish here between the ground of discrimination and the group which is discriminated against. While these two concepts are directly related, and are even mutually dependent, they are also distinct in important ways. A ground of discrimination is the basis for discrimination. Sex, race, and age are examples of grounds of discrimination enumerated in subsection 15(1); discrimination on analogous grounds is also prohibited under that subsection. A ground of discrimination does not necessarily refer to a particular group. For instance, discrimination on the ground of race is prohibited, but many different

l'accès aux possibilités, aux bénéfiques et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Il n'est pas difficile de satisfaire à la première étape du critère, et les faits de l'espèce permettent d'y parvenir. L'alinéa 118(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait une distinction entre les personnes mariées et les personnes non mariées, et son application favorise le second groupe. Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne soit normalement pas considérée comme une loi qui confère des avantages, il convient parfaitement de considérer un crédit d'impôt comme un avantage dans le contexte de cette Loi. De toute façon, pour les fins des quatre droits fondamentaux à l'égalité qui sont exposés au paragraphe 15(1), une différence de traitement concernant l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le système de crédits d'impôt exposé à l'alinéa 118(1)(b) en particulier, constitue une privation du bénéfice égal de la loi. Le premier obstacle que pose le critère visé au paragraphe 15(1) est donc surmonté.

Cependant, pour qu'il y ait violation du paragraphe 15(1), il faut qu'il soit déterminé que la privation d'égalité est discriminatoire. Pour déterminer si une distinction est discriminatoire, il faut tenir compte à la fois de l'effet de cette distinction—refuse-t-elle un avantage accordé à d'autres ou impose-t-elle un fardeau non imposé à d'autres?—et des circonstances relatives au groupe visé par la distinction—ce groupe est-il visé par un motif de discrimination énuméré ou analogue? Il est important de faire ici une distinction entre le motif de discrimination et le groupe qui est victime de discrimination. Ces deux concepts sont directement liés, et sont même subordonnés l'un à l'autre, mais ils sont également distincts à de nombreux égards. Un motif de discrimination est le fondement d'une mesure discriminatoire. Le sexe, la race et l'âge sont des exemples de motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1); ce dernier interdit aussi les actes de discrimination fondés sur des motifs analogues. Un motif de discrimination ne fait pas nécessairement référence à un groupe particu-

racial groups may suffer discrimination in a variety of different ways; naming race as the prohibited ground offers no indication whether the group enduring discrimination is African-Canadians, Asian-Canadians, European-Canadians, Latino-Canadians or Native-Canadians, etc.. Similarly, where the ground in question is sex, the group affected may be either men or women.

Yet, while a ground of discrimination does not necessarily identify the group discriminated against, a group falling within a ground of discrimination must be capable, directly or indirectly, of being discriminated against on the basis identified by the ground. Women are capable of being discriminated against on the basis of sex, whereas Native-Canadians are not, although Native-Canadian women are certainly capable of suffering discrimination on the basis of sex.

Both the ground of discrimination and the group discriminated against are important under subsection 15(1). It is necessary to identify the ground of discrimination in order to determine whether the claim fits within the ambit of subsection 15(1). It is also necessary to consider the group claiming discrimination since the historical, social and political circumstances of that group influences the determination about whether an adverse distinction is discriminatory.

The ground of discrimination and the group discriminated against are related, a fact which is particularly important for determining whether a basis for distinction is an analogous ground for the purposes of subsection 15(1). This was explained by Madam Justice Wilson in *Andrews, supra*, at page 152 in the course of describing the proper approach to deciding whether a basis for distinction constitutes an analogous ground:

I emphasize, moreover, that this is a determination which is not to be made only in the context of the law which is subject

lier. Par exemple, la discrimination fondée sur la race est prohibée, mais un grand nombre de groupes raciaux différents peuvent être victimes de discrimination de toutes sortes de façons différentes; le fait d'indiquer la race comme motif illicite n'indique aucunement si le groupe en question est composé de Canadiens d'origine africaine, de Canadiens d'origine asiatique, de Canadiens d'origine européenne, de Canadiens d'origine sud-américaine, de Canadiens d'origine autochtone, etc. De même, lorsque le sexe est le motif de discrimination, le groupe touché est soit les hommes soit les femmes.

Cependant, bien qu'un motif de discrimination ne désigne pas nécessairement le groupe contre lequel s'exerce la discrimination, le groupe qui est visé par un motif de discrimination doit pouvoir, directement ou indirectement, être victime de discrimination pour la raison que désigne le motif. Les femmes peuvent être victimes de discrimination du fait de leur sexe, mais pas les Canadiens d'origine autochtone, encore que les Canadiennes d'origine autochtone puissent certainement être victimes de discrimination du fait de leur sexe.

Tant le motif de discrimination que le groupe contre lequel s'exerce la discrimination sont importants au regard du paragraphe 15(1). Il importe de déterminer le motif de discrimination pour savoir si la prétention tombe sous le coup du paragraphe 15(1). Il est également nécessaire de prendre en considération le groupe qui dit être victime de discrimination car les circonstances historiques, sociales et politiques de ce dernier ont une incidence sur la question de savoir si une distinction défavorable est discriminatoire ou non.

Le motif de discrimination et le groupe contre lequel s'exerce la discrimination sont liés, et ce fait est particulièrement important pour déterminer si un motif de distinction constitue un motif analogue aux fins du paragraphe 15(1). Cela a été expliqué par Madame le juge Wilson dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la page 152 du recueil, en décrivant la manière convenable de décider si un motif de distinction constitue un motif analogue ou non:

Je tiens en outre à souligner qu'il s'agit là d'une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui

to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society.

Thus, to ascertain whether a distinction is drawn on an analogous ground, a court should review the particular law to determine the basis for the distinction, but must then consider whether the group characteristic forming the basis for that distinction is one on which political and social prejudice or stereotyping or historical disadvantage has been, is or may be based. To do this, it is necessary to examine the place in society of the groups associated with the ground of discrimination to ascertain whether such groups are historically, socially or politically disadvantaged, or whether they form a "discrete and insular minority".

Understanding the relationship between the ground of discrimination and the group discriminated against is important, but one must also differentiate between the two. Distinguishing between the ground of discrimination and the group discriminated against permits a court to use one as a reference point to identify the other. Naming the pertinent ground of discrimination provides a useful reference point for identifying the relevant group for purposes of subsection 15(1). Similarly, identifying a group which is distinctly or disproportionately affected by a law will assist in naming the appropriate ground of discrimination. The group which is relevant for subsection 15(1) may be broader or narrower than the class of people classified by the law in question. Under a law excluding a class of people made up of a number of different groups, one of those groups may be excluded as a result of discrimination while others may be legitimately excluded. Where a recognized ground of discrimination—either an enumerated or analogous ground—serves as the reason for the exclusion of the one group, a court may refer to the ground of discrimination in order to identify that group as the relevant one for purposes of subsection 15(1). In that event, the ground of discrimination is of assistance in defining the pertinent group from among the broader class affected by the law. Alternatively, the class of people excluded by a law may be narrower than the group that is relevant for purposes of subsection 15(1). This occurred in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, where the Supreme Court

est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société.

Par conséquent, pour vérifier si une distinction repose sur un motif analogue, une cour doit examiner la loi qui s'applique afin de déterminer le fondement de la distinction; cependant, elle doit ensuite considérer si la caractéristique collective qui constitue le fondement de cette distinction est une caractéristique sur laquelle s'appuient ou sont susceptibles de s'appuyer des préjugés politiques et sociaux, des stéréotypes ou des désavantages historiques. Il est nécessaire à cette fin d'examiner la place qu'occupent dans la société les groupes associés au motif de discrimination en question afin de vérifier si ces derniers sont défavorisés d'un point de vue historique, social ou politique, ou s'ils forment une «minorité discrète et isolée».

Il est important de comprendre le lien qui existe entre le motif de discrimination et le groupe contre lequel s'exerce la discrimination, mais il faut aussi différencier les deux, car cela permet à une cour d'utiliser l'un des deux comme point de référence pour déterminer l'autre. Le fait d'indiquer le motif de discrimination applicable est un point de référence utile pour déterminer quel est le groupe visé aux fins du paragraphe 15(1). De la même façon, le fait d'identifier un groupe sur lequel une loi a un effet préjudiciable distinct ou disproportionné aidera à indiquer le motif de discrimination exact. Le groupe que vise le paragraphe 15(1) peut être plus vaste ou plus restreint que la catégorie d'individus que classe la loi en question. Dans le cadre d'une loi qui exclut une catégorie d'individus composée d'un certain nombre de groupes différents, l'un de ces derniers peut être exclu par suite d'une mesure discriminatoire tandis que d'autres peuvent l'être légitimement. Lorsqu'un motif de discrimination reconnu—qu'il s'agisse d'un motif énuméré ou d'un motif analogue—est la raison pour laquelle un groupe particulier est exclu, une cour peut se reporter au motif de discrimination pour déterminer si ce groupe est celui qui s'applique aux fins du paragraphe 15(1). Dans ce cas, le motif de discrimination aide à cerner le groupe pertinent au sein de la catégorie plus générale sur laquelle la loi a un effet préjudiciable. Subsidiairement, la catégorie d'individus qu'une loi exclut peut être plus restreinte que le groupe pertinent aux fins du paragraphe 15(1). C'est ce qui est arrivé dans l'af-

considered a company benefits plan that discriminated against pregnant women. The company, Canada Safeway Ltd., argued that while the plan discriminated against pregnant women, pregnancy discrimination was not prohibited by the *Human Rights Act* [S.M. 1974, c. 65]. However, the Supreme Court found that since only women become pregnant, a distinction based on pregnancy differentiates on the basis of the prohibited ground of sex. In *Brooks*, the Court avoided narrowing the relevant group to include only pregnant women and instead recognized that the pertinent group was women and that the prohibited ground was sex. A similar analysis was employed in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, where the Supreme Court held that sexual harassment is discrimination on the prohibited ground of sex even though the Court held that not all women are subjected to sexual harassment.

Determining the pertinent ground of discrimination and ascertaining the relevant group for the purposes of subsection 15(1) is a difficult task. It may also be the single most important step in the section 15 analysis. Accordingly, rather than defining the pertinent group too narrowly or too broadly in order to avoid a finding of discrimination, a court should normally use the claimed ground of discrimination to identify a group that may be discriminated against on the basis of that enumerated or analogous ground. In other words, a court should apply section 15 so as to promote equality and redress discrimination rather than in such a way as to avoid finding discrimination.

Turning to the facts of this case, the main ground of discrimination urged upon us by counsel for the applicant was marital status. Marital status is not included among the prohibited grounds of discrimination enumerated in subsection 15(1). However, it is now well-established that the enumerated grounds of discrimination are representative rather than exhaustive; subsection 15(1) prohibits discrimination both

faire *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, où la Cour suprême a analysé le programme d'avantages sociaux d'une entreprise qui exerçait de la discrimination contre les femmes enceintes. Cette entreprise, Canada Safeway Ltd., a soutenu que le programme exerçait effectivement de la discrimination contre les femmes enceintes, mais que la *Loi sur les droits de la personne* [S.M. 1974, ch. 65] n'interdisait pas la discrimination fondée sur la grossesse. La Cour suprême a toutefois décrété qu'étant donné que seules les femmes deviennent enceintes, une distinction fondée sur la grossesse est assimilable à une distinction fondée sur le motif illicite du sexe. Dans l'arrêt *Brooks*, la Cour a évité de restreindre le groupe pertinent aux femmes enceintes uniquement et a plutôt reconnu que le groupe pertinent était les femmes et que le motif illicite était celui du sexe. La Cour suprême a recouru à une analyse similaire dans l'arrêt *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, pour décréter que le harcèlement sexuel constitue un acte de discrimination fondé sur le motif illicite du sexe; la Cour a cependant déclaré que les femmes ne sont pas toutes victimes de harcèlement sexuel.

Il est difficile de déterminer quel est le juste motif de discrimination et le groupe pertinent pour les besoins du paragraphe 15(1). Il peut s'agir aussi de l'étape la plus importante de l'analyse menée dans le cadre de l'article 15. Par conséquent, au lieu de définir le groupe pertinent de façon trop étroite ou trop large pour éviter de conclure à une discrimination, une cour devrait habituellement employer le motif déclaré de discrimination pour identifier un groupe qui peut être victime d'une discrimination fondée sur ce motif énuméré ou analogue. Autrement dit, une cour devrait appliquer l'article 15 pour promouvoir l'égalité et réparer une situation discriminatoire plutôt que pour éviter d'avoir à conclure à l'existence d'une discrimination.

En ce qui concerne les faits de l'espèce, l'état matrimonial était le principal motif de discrimination invoqué par l'avocat de la requérante. L'état matrimonial ne fait pas partie de la liste des motifs de discrimination illicites énumérés au paragraphe 15(1). Cependant, il est aujourd'hui reconnu que les motifs de discrimination énumérés ne sont pas exhaustifs mais plutôt représentatifs; le paragraphe 15(1) inter-

on the enumerated grounds as well as on grounds which are analogous to those listed in that subsection. Analogous grounds should be treated in the same manner as the enumerated grounds. The grounds of discrimination should be interpreted broadly regardless of whether they are enumerated or are analogous. In so doing, a court may refer to the large body of jurisprudence that has developed under human rights legislation in Canada. However, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at page 175, Mr. Justice McIntyre stated that, since the listed grounds of discrimination are exhaustive in the various human rights acts but not in the Charter, we should avoid unnecessarily restricting the ambit of section 15 when relying on human rights jurisprudence. Mr. Justice McIntyre explained:

In general, it may be said that the principles which have been applied under the Human Rights Acts are equally applicable in considering questions of discrimination under s. 15(1). Certain differences arising from the difference between the *Charter* and the Human Rights Acts must, however, be considered. To begin with, discrimination in s. 15(1) is limited to discrimination caused by the application or operation of law, whereas the Human Rights Acts apply also to private activities. Furthermore, and this is a distinction of more importance, all the Human Rights Acts passed in Canada specifically designate certain limited number of grounds upon which discrimination is forbidden. Section 15(1) of the *Charter* is not so limited. The enumerated grounds in s. 15(1) are not exclusive and the limits, if any, on grounds for discrimination which may be established in future cases await definition. The enumerated grounds do, however, reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination and must, in the words of s. 15(1), receive particular attention. Both the enumerated grounds themselves and other possible grounds of discrimination recognized under s. 15(1) must be interpreted in a broad and generous manner, reflecting the fact that they are constitutional provisions not easily repealed or amended but intended to provide a "continuing framework for the legitimate exercise of governmental power" and, at the same time, for "the unremitting protection" of equality rights.

Thus, in determining whether an attribute may be considered an analogous ground for the purposes of subsection 15(1), the Court may refer to human rights legislation in Canada, but should not restrict the possible grounds to those enumerated in that legislation.

dit la discrimination fondée à la fois sur les motifs énumérés et sur des motifs analogues à ceux qui sont énumérés dans cette disposition. Les motifs analogues doivent être traités de la même façon que les motifs énumérés. Les motifs de discrimination doivent être interprétés au sens large, qu'ils soient énumérés ou analogues. Ce faisant, une cour peut se reporter à l'imposante jurisprudence relative à la législation des droits de la personne au Canada. Toutefois, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la page 175 du recueil, le juge McIntyre déclare qu'étant donné que les motifs de discrimination énumérés sont exhaustifs dans les diverses lois sur les droits de la personne mais non dans la Charte, il faudrait éviter de restreindre inutilement la portée de l'article 15 quand on se fonde sur la jurisprudence relative aux droits de la personne. Voici ce qu'a expliqué le juge McIntyre:

De façon générale, on peut affirmer que les principes qui ont été appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également à l'examen des questions de discrimination au sens du par. 15(1). Il faut cependant tenir compte de certaines distinctions qui découlent de la différence entre la *Charte* et les lois sur les droits de la personne. D'abord, la discrimination dont il est question au par. 15(1) est restreinte à celle qui découle de l'application de la loi alors que les lois sur les droits de la personne s'appliquent aussi aux activités de nature privée. De plus, et il s'agit d'une distinction plus importante, toutes les lois sur les droits de la personne adoptées au Canada spécifient un certain nombre restreint de motifs prohibés de discrimination. Il n'en est pas de même au par. 15(1) de la *Charte*. Les motifs énumérés au par. 15(1) ne sont pas exclusifs et les restrictions, le cas échéant, que la jurisprudence pourra apporter aux motifs de discrimination ne sont pas encore précisées. Les motifs énumérés traduisent cependant les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière. Les motifs énumérés eux-mêmes et les autres motifs possibles de discrimination reconnus au par. 15(1) doivent, dans les deux cas, recevoir une interprétation large et libérale de manière à refléter le fait qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles qu'il n'est pas facile d'abroger ou de modifier, mais qui visent à fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité.

Par conséquent, lorsque l'on détermine si une caractéristique peut être considérée comme un motif analogue pour les fins du paragraphe 15(1), la Cour peut se reporter aux lois sur les droits de la personne au Canada, mais elle ne devrait pas limiter les motifs possibles à ceux qui sont énumérés dans ces lois.

Marital status is included as a prohibited ground of discrimination in the human rights legislation in all of the ten provinces and the two territories as well as in the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6]. In addition, marital status was accepted as an analogous ground in *Re MacVicar and Superintendent of Family & Child Services et al.* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (B.C.S.C.), at pages 498-499 where Madam Justice Huddart relied, in part, on the following passage in the report, “*Equality for All*”, prepared by the Parliamentary Committee on Equality Rights:

We believe that section 15 of the Charter should be read against the historical background of the treatment in law of married women and the recognition nationally and internationally that marital and, in many cases family status deserve protection by the state. Accordingly, while section 15 does not specifically prohibit discrimination on the basis of marital or family status we believe that the ground can be properly read into the open-ended language of the section. In other words, marital or family status is implicitly covered by section 15.

This is a sound conclusion. Discrimination on the basis of marital status, like discrimination on the grounds enumerated in subsection 15(1), is a problem in our society which should be ameliorated by the Charter. Unmarried people have certainly faced disadvantage and discrimination historically because of their marital status. Marital status, therefore, can properly be considered an analogous ground for the purposes of section 15. (See also *Weronski (J.H.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2431 (T.C.C.), at page 2440.)

As I have indicated, the ground of discrimination—marital status—should not be confused with the group claiming discrimination—married people. Thus, while marital status may be accepted as an analogous ground, in order to determine whether there has been discrimination based on that ground, we must examine the particular circumstances of the group of which the claimant is a member. In the case before us, the applicant claims to be discriminated against as a married person; however, it cannot be said that married persons have been socially, politically, or historically disadvantaged in Canada (*R. v. Swain, supra*, at page 992). Rather, members of our society who are married may well have experienced

L'état matrimonial fait partie des motifs illicites de discrimination dans les lois sur les droits de la personne des dix provinces et des deux territoires, ainsi que dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6]. De plus, l'état matrimonial a été reconnu comme un motif analogue dans l'affaire *Re MacVicar and Superintendent of Family & Child Services et al.* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (C.S.C.-B.), aux pages 498 et 499 où Madame le juge Huddart s'est appuyée, en partie, sur le passage suivant, extrait d'un rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, intitulé «*Égalité pour tous*»:

Selon nous, il convient de lire l'article 15 de la *Charte* dans le contexte de l'évolution historique du statut juridique de la femme mariée en se rappelant que, au niveau tant national qu'international, il est généralement admis que l'État se doit de protéger la cellule conjugale et, bien souvent, la famille. En conséquence, bien que ni l'état matrimonial ni la situation de famille ne soient expressément énoncés dans la liste des motifs de discrimination illicite figurant à l'article 15, on peut affirmer qu'ils sont implicitement couverts par cet article de la *Charte*.

Voilà une conclusion sensée. La discrimination fondée sur l'état matrimonial, à l'instar de celle qui est fondée sur les motifs énumérés au paragraphe 15(1), est un problème dans notre société que la Charte devrait rectifier. Les personnes non mariées se sont certainement heurtées, d'un point de vue historique, à des désavantages et à de la discrimination du fait de leur état matrimonial. Il est donc justifié de considérer l'état matrimonial comme un motif analogue aux fins de l'article 15. (Voir aussi la décision *Weronski (J.H.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2431 (C.C.I.), à la page 2440.)

Comme je l'ai indiqué, il ne faudrait pas confondre le motif de discrimination—l'état matrimonial—et le groupe qui soutient être victime de discrimination—les personnes mariées. C'est donc dire que si l'état matrimonial peut être reconnu comme un motif analogue, pour déterminer s'il y a eu discrimination fondée sur ce motif il faut examiner les circonstances particulières du groupe auquel appartient le plaignant. Dans la présente affaire, la requérante dit être victime de discrimination parce qu'elle est mariée; cependant, on ne peut dire que les personnes mariées ont été défavorisées au Canada d'un point de vue social, politique ou historique (*R. c. Swain*, arrêt précité, à la page 992). Au contraire, il est fort possible que les

some privilege and advantage as a result of their status. Married persons are not a discrete and insular minority, nor are they an independently disadvantaged group.

Counsel for the applicant argued that married individuals are commonly disadvantaged by the provisions of the *Income Tax Act*. (See Morrison and Oderkirk, *Married and Unmarried Couples: The Tax Question* (1991)). However, the issue at this stage of the analysis is not whether the impugned legislation disadvantages the individual or group in question, but whether the individual or group is independently disadvantaged, so as to fit within the primary purpose of section 15—namely to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society. Married persons do not meet this description, and, hence, cannot be considered discriminated against merely because they are treated differently by paragraph 118(1)(b). (Although counsel for the applicant raised the separate question of whether married women were discriminated against on the basis of sex in this context, no evidence was introduced to address that claim, which might have led to a different analysis.)

Determining that married persons are not a disadvantaged group does not end the matter; it seems that advantaged people may also be discriminated against. In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1332, Madam Justice Wilson qualified the requirement that claimants must establish that they are independently disadvantaged, leaving open the possibility that a member of an advantaged group might also succeed in a Charter challenge under subsection 15(1). In that case, Madam Justice Wilson, writing for the Court, remarked:

A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvan-

membres de notre société qui sont mariés jouissent de certains privilèges et avantages du fait de leur état. Les personnes mariées ne constituent pas une minorité discrète et isolée, pas plus qu'il ne s'agit d'un groupe indépendamment défavorisé.

L'avocat de la requérante a fait valoir que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* défavorisent habituellement les personnes mariées. (Voir Morrison et Oderkirk, *Married and Unmarried Couples: The Tax Question* (1991).) Cependant, à ce stade-ci de l'analyse, la question qui se pose n'est pas celle de savoir si le texte de loi contesté défavorise l'individu ou le groupe en question, mais plutôt si l'individu ou le groupe est indépendamment défavorisé, de manière à ce qu'il corresponde à l'objet premier de l'article 15, qui est de mettre fin ou faire obstacle à la discrimination exercée contre les groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques et de préjugés politiques et sociaux au sein de la société canadienne. Les personnes mariées ne correspondent pas à cette description et, de ce fait, ne peuvent être considérées comme victimes de discrimination du simple fait que l'alinéa 118(1)b) les traite d'une manière différente. (L'avocat de la requérante a soulevé la question distincte de savoir si, dans ce contexte, les femmes mariées sont victimes d'une discrimination fondée sur le sexe, mais aucune preuve n'a été présentée à l'appui de cette prétention, qui aurait pu mener à une analyse différente.)

Le fait d'avoir déterminé que les personnes mariées ne constituent pas un groupe défavorisé ne clôt pas l'affaire; il semble que les personnes favorisées puissent être victimes de discrimination elles aussi. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1332 du recueil, Madame le juge Wilson exprime une réserve quant à l'obligation dans laquelle se trouvent les plaignants de faire la preuve qu'ils sont indépendamment défavorisés, ce qui donne à penser qu'une personne appartenant à un groupe favorisé pourrait aussi avoir gain de cause dans une contestation fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Dans cette affaire, Madame le juge Wilson, pour le compte de la Cour, a formulé l'observation suivante:

À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le

tage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged. [Emphasis added.]

Nevertheless, as an advantaged group, it would not be sufficient for a married person to prove simply that the impugned distinction disadvantages them; such a distinction must also directly and clearly show some unfair prejudice against them in order to be found discriminatory, contrary to subsection 15(1). This is consistent with the structure of section 15 which, it must be remembered, includes subsection 15(2). Subsection 15(2) provides that laws, programs, or activities aimed at ameliorating the conditions of disadvantaged individuals or groups do not contravene section 15. Laws falling within subsection 15(2) may disadvantage an advantaged group or individual, yet not violate subsection 15(1) because those laws are not animated by prejudice or stereotyping. As well, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pages 180-181, Mr. Justice McIntyre explained that:

The words "without discrimination" require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage.

For historically disadvantaged groups, evidence that a law further disadvantages them will normally support a claim almost automatically under subsection 15(1), whereas, for an advantaged group to succeed, a clear indication of prejudice will be necessary. In other words, in order to establish the indicia of discrimination, a member of an advantaged group would have to show direct or immediate prejudice and stereotyping, although not necessarily intentional discrimination. The prejudice or stereotyping against an advantaged group cannot be assumed. Mere disadvantage under the legislation in question is not sufficient for advantaged groups, although it may be for disadvantaged groups.

It might be contended that this creates a double standard as between advantaged and disadvantaged groups and that imposing such a standard is unjust. It

désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée. [C'est moi qui souligne.]

Quoi qu'il en soit, en tant que membre d'un groupe favorisé, il ne suffirait pas à une personne mariée de prouver simplement que la distinction contestée joue en sa défaveur; il faut aussi que cette distinction montre directement et clairement l'existence d'un préjugé injuste à son endroit pour qu'elle soit jugée discriminatoire et contraire aux dispositions du paragraphe 15(1). Cela est compatible avec la manière dont est structuré l'article 15 qui, faut-il le rappeler, comprend le paragraphe 15(2). Ce dernier dispose que les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ne contreviennent pas à l'article 15. Les lois qui tombent sous le coup du paragraphe 15(2) peuvent défavoriser un groupe ou un individu favorisé sans pour autant violer le paragraphe 15(1), car ces lois ne sont pas animées par des préjugés ou des stéréotypes. De plus, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pages 180 et 181 du recueil, le juge McIntyre explique ce qui suit:

L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage.

En ce qui concerne les groupes historiquement défavorisés, une preuve selon laquelle une loi les défavorise encore plus étayera habituellement, et presque automatiquement, une action fondée sur le paragraphe 15(1), tandis que, pour qu'un groupe favorisé obtienne gain de cause, il faudra une indication claire qu'il est victime de préjugés. En d'autres termes, pour établir les indices de la discrimination, une personne appartenant à un groupe favorisé devra faire la preuve qu'il existe des préjugés et des stéréotypes directs ou immédiats, mais pas nécessairement une discrimination délibérée. On ne peut supposer qu'un groupe favorisé est victime de préjugés ou de stéréotypes. Le simple fait d'être défavorisé par la loi en question n'est pas suffisant pour les groupes favorisés, mais cela peut l'être pour les groupes défavorisés.

On pourrait soutenir que cela crée deux poids deux mesures selon qu'il s'agit d'un groupe favorisé et d'un groupe défavorisé et que cela est injuste. Il n'en

does not and is not. The standard remains the same in either case: discrimination against an advantaged group or a disadvantaged group will not be permitted under subsection 15(1). The method of analysis remains the same as well: in order to determine whether a distinction is discriminatory, a court must consider the effect of the distinction on the group in question with an understanding of the social, political and historical circumstances of that group. The analysis under subsection 15(1) does, however, recognize the reality that socially, politically, or historically disadvantaged groups may be more commonly and more easily discriminated against than advantaged groups.

This analysis under subsection 15(1) should not be confused with the American jurisprudence which involves differing levels of scrutiny under the equal protection clause. In the United States, the levels of scrutiny range from strict scrutiny through intermediate scrutiny down to minimum scrutiny. These levels of scrutiny are based upon the ground of discrimination in question. For instance, racial classifications attract strict scrutiny, while a lesser level of scrutiny is applied to gender classifications. As well, classifications affecting white people attract the same strict level of scrutiny as classifications affecting black people. In contrast, the difference in the analysis between advantaged groups and disadvantaged groups under subsection 15(1) is tied to the circumstances of the group in society. The American approach is the result of the historical circumstances surrounding the development of the equal protection clause, whereas the analysis under section 15 is not so much jurisprudential as it is based on a recognition of the factual differences between advantaged and disadvantaged groups. Advantaged groups have more power in our society; accordingly, it is assumed that distinctions that disadvantage them are not discriminatory, unless there is clear evidence of prejudice or stereotyping.

There is no indication of immediate or direct prejudice or stereotyping against married people here. The system of tax credits under the *Income Tax Act* was not designed to evince stereotyping or prejudice against married persons. Nor is that an indi-

est rien. Le poids et la mesure sont les mêmes dans l'un ou l'autre cas: il est interdit en vertu du paragraphe 15(1) de faire preuve de discrimination à l'égard de l'un ou l'autre groupe. De plus, la méthode d'analyse reste aussi la même: pour déterminer si une distinction est discriminatoire, une cour doit examiner l'effet de la distinction sur le groupe en question en tenant compte de la situation de ce dernier sur les plans social, politique et historique. L'analyse menée en vertu du paragraphe 15(1) reconnaît toutefois la réalité qu'il est possible que des groupes défavorisés sur le plan social, politique ou historique soient plus souvent et plus facilement victimes de discrimination que les groupes favorisés.

Cette analyse menée en vertu du paragraphe 15(1) ne doit pas être confondue avec la jurisprudence américaine, qui comporte des niveaux d'examen différents dans le cadre de la clause dite d'égalité de protection. Aux États-Unis, il existe trois niveaux d'examen: strict, intermédiaire et minimal. Ces niveaux sont liés au motif de discrimination en question. Par exemple, les classifications fondées sur la race sont soumises à un examen strict, tandis que l'on applique un niveau moindre aux classifications fondées sur le sexe. De plus, les classifications qui touchent les individus de race blanche sont soumises au même examen strict que celles qui touchent les personnes de race noire. Par contraste, la différence qui existe dans l'analyse qui est faite entre les groupes favorisés et les groupes défavorisés, dans le cadre du paragraphe 15(1), est liée à la situation du groupe au sein de la société. L'approche américaine est le fruit des circonstances historiques qui ont entouré l'élaboration de la clause d'égalité de protection, tandis que l'analyse menée en vertu de l'article 15 n'est pas tant jurisprudentielle que fondée sur une reconnaissance des différences de fait qui existent entre les groupes favorisés et les groupes défavorisés. Les groupes favorisés ont plus de pouvoir dans notre société; on suppose donc que les distinctions qui jouent en leur défaveur ne sont pas discriminatoires, sauf s'il existe une preuve évidente de préjugés ou de stéréotypes.

On ne relève en l'espèce aucune indication de préjugés ou de stéréotypes immédiats ou directs à l'égard des personnes mariées. Le système de crédits d'impôt de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a pas été conçu pour manifester des stéréotypes ou des pré-

rect effect of the system. In fact, the tax credit scheme in subsection 118(1) of the Act results more from inaccurate perceptions about unmarried partners than from stereotyping of married couples. That subsection is premised on the erroneous view that unmarried partners do not share their resources and contribute to each other's care, while married couples do. Basing a tax credit on this negative view of unmarried partners, and the concomitant positive view of married couples, cannot be said to amount to unfair stereotyping or prejudice against married people.

Treating both married and unmarried people fairly under the *Income Tax Act* without discrimination is no easy task. Past efforts to achieve this in the United States have led not to peace but only to an "uneasy truce". (See *Druker v. C.I.R.* 697 F.2d 46 (2nd Cir.) 1982; see also Bittker "Federal Income Taxation and the Family" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 1389.) It is apparently virtually impossible to erect a scheme that is perfectly fair to all. Because of this, some latitude must be accorded to legislatures in setting the terms of that truce. (*Ibid.*, at page 51 *per* Friendly J.).

The terms of the truce set by Parliament, in rough and simplified terms, are these. Section 118 tries to assist taxpayers who have dependants, granting them a significant additional credit, not given to single taxpayers. A married person supporting a spouse may receive nearly double the single status deduction (see paragraph 118(1)(a)). A taxpayer who does not support a spouse, but has a dependant other than a spouse, is also allowed nearly double the amount of the single status deduction (paragraph 118(1)(b)). In fact, this helps mainly unmarried persons and separated individuals who bear the additional financial burden of supporting a child or other relative on one salary. Parliament did not intend any family to receive more than double the single status exemption, (aside from the smaller dependant deductions) but because of the outdated definition of spouse in the

jugés contre les personnes mariées. Il ne s'agit pas là non plus d'un effet indirect du système. En fait, le système de crédits d'impôt que comporte le paragraphe 118(1) de la Loi est davantage le fruit de perceptions inexactes au sujet des conjoints non mariés que de stéréotypes concernant les personnes mariées. Ce paragraphe est fondé sur l'opinion erronée que les conjoints non mariés ne mettent pas en commun leurs ressources et ne contribuent pas au soin de l'un et de l'autre, comme le font les couples mariés. Le fait de fonder un crédit d'impôt sur cette façon négative de voir les conjoints non mariés, et la manière positive dont on considère en même temps les couples mariés, ne sont pas assimilables à des stéréotypes ou des préjugés injustes contre les personnes mariées.

Traiter d'une manière juste les personnes mariées et les personnes non mariées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, indépendamment de toute discrimination, n'est pas une tâche facile. Les efforts déjà faits aux États-Unis pour y arriver n'ont pas mené à la paix mais uniquement à une «trêve difficile». (Voir la décision *Druker v. C.I.R.* 697 F.2d 46 (2nd Cir. 1982); voir aussi Bittker «Federal Income Taxation and the Family» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 1389.) Il est quasi impossible, semble-t-il, de créer un système qui soit parfaitement juste pour tous, et à cause de cela il faut accorder aux assemblées législatives une certaine latitude pour ce qui est de fixer les conditions de cette trêve. (*Ibidem*, à la page 51, le juge Friendly.)

Les conditions de la trêve que le Parlement a fixées sont, en gros et en termes simplifiés, les suivantes. L'article 118 s'efforce d'aider les contribuables qui ont des personnes à charge en leur accordant un important crédit supplémentaire, non consenti aux contribuables vivant seuls. Une personne mariée qui subvient aux besoins de son conjoint peut recevoir près du double de la déduction prévue pour les personnes vivant seules (voir l'alinéa 118(1)a)). Le contribuable qui ne subvient pas aux besoins de son conjoint, mais qui a à sa charge une personne autre que son conjoint, a également droit à près du double de la déduction accordée aux personnes vivant seules (alinéa 118(1)b)). En fait, cette mesure aide principalement les personnes non mariées ou séparées qui ont à supporter, avec un salaire unique, le fardeau financier supplémentaire que représente le fait de subvenir aux

Act, unmarried people were not considered to be a "family". Thus, unmarried couples, who both work and support a child, may deduct nearly triple the single status exemption, if one of them claims the equivalent to married status and the other claims the single status exemption. If they have two children, each may claim the equivalent to married deduction, giving them a combined deduction of nearly quadruple the single status exemption. This is an unexpected result, an anomaly, which leaves unmarried persons better off than married persons in this narrow situation.

This is said to be discrimination against married persons who, it is contended, should also be able to claim the equivalent to married deductions so as to get a triple or quadruple deduction, just as the unmarried couples do. One can understand that married people would also want the advantage of this lucky lacuna. But this cannot be permitted for, taking section 118 as a whole, no such discrimination against them has occurred. As has been pointed out, if an unmarried couple without children lives in a common law relationship, with one supporting the other, they are not permitted the married status deduction of paragraph 118(1)(a). This disadvantages them. Common law couples without children are worse off than common law couples with children. Married couples with children are worse off than married couples without children.

On balance, therefore, viewing the section in its entirety, I cannot say that its effects are discriminatory against married people. These distinctions are merely distinctions that Parliament is allowed to

besoins d'un enfant ou d'un autre parent. Le législateur n'a pas voulu qu'une famille reçoive plus du double de l'exemption prescrite pour les personnes vivant seules (à part les déductions moins élevées pour les personnes à charge), mais à cause de la définition désuète du mot «conjoint» dans la Loi, les personnes non mariées n'étaient pas considérées comme une «famille». C'est la raison pour laquelle les couples non mariés, dont les deux membres travaillent et subviennent aux besoins d'un enfant, peuvent déduire près du triple de l'exemption prévue pour les personnes vivant seules, si l'un des deux demande le crédit équivalent à celui de personne mariée et l'autre le crédit de personne vivant seule. Si le couple a deux enfants, les deux membres peuvent déduire chacun le crédit équivalent à celui de personne mariée, ce qui leur accorde une déduction combinée équivalant à près du quadruple de l'exemption prévue pour les personnes vivant seules. Il s'agit là d'un résultat inattendu, d'une anomalie qui fait que, dans cette situation restreinte, les personnes non mariées sont favorisées par rapport à celles qui sont mariées.

Cela, est-il dit, constitue une mesure discriminatoire contre les personnes mariées qui, soutient-on, devraient aussi pouvoir déduire le crédit équivalent à celui de personne mariée de manière à obtenir une déduction trois ou quatre fois plus élevée, tout comme les couples non mariés. On peut comprendre que les personnes mariées désireraient profiter elles aussi de cette lacune avantageuse. Mais cela ne peut être autorisé car, si l'on considère l'article 118 dans son ensemble, ces personnes ne sont victimes d'aucune discrimination de cette nature. Ainsi qu'il a été souligné, si dans un couple non marié et n'ayant pas d'enfant, l'un des deux membres subvient aux besoins de l'autre, les deux n'ont pas droit à la déduction pour personne mariée prévue à l'alinéa 118(1)(a). Cette situation joue en leur défaveur. Les couples de fait qui n'ont pas d'enfant se trouvent dans une situation pire que ceux qui en ont. Les couples mariés qui ont des enfants se trouvent dans une situation pire que ceux qui n'en ont pas.

Par conséquent, tout compte fait, si j'examine l'article dans son intégralité, je ne puis dire que ses effets sont discriminatoires envers les personnes mariées. Ces distinctions sont simplement des distinctions que

draw in order to operate an efficient, self-reporting tax system, not requiring undue intrusion on people's private lives. Sometimes a particular group may get a small advantage; at other times, it may suffer a minor disadvantage. That is the way the tax system works. It cannot be expected to be perfect. Unless there is clear evidence that a provision discriminates against an advantaged group on section 15 grounds, it is something that negatively affected Canadians must tolerate until Parliament sees fit to remedy it. Happily, in this case, Parliament has recently eliminated this anomaly, which should go some way toward removing this minor variation in treatment of married people and those in common law relationships, although one would be unduly optimistic to expect perfection to have been achieved by this amendment.

There is one last point to be addressed. In addition to the claim regarding marital status, the applicant also contended in the brief that paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act* discriminates on the ground of religion contrary to section 15 of the Charter. As that point was not pressed before us in oral argument, I shall deal with that claim briefly. In discussing the issue of freedom of religion, I indicated that paragraph 118(1)(b) may have a remote, minor, indirect effect on individuals as a result of their religious beliefs. Unlike the guarantee of freedom of religion in paragraph 2(a) of the Charter, however, the promise of equality in section 15 does not exclude claims on the basis that the violation is minuscule, trivial or insubstantial. Nevertheless, the applicant's challenge to the tax credit system cannot succeed on the basis of religious discrimination. While religion is an enumerated ground of discrimination, the religious groups which may be adversely affected by paragraph 118(1)(b) are not independently disadvantaged. In fact, the religions affected include all those that assert that people should not cohabit and have children unless they are married. The majority of religions espouse that tenet in varying degrees. Certainly the majority of religions cannot be said to be independently disadvantaged as compared with other religions. There is no evidence that the system of tax

le législateur est autorisé à établir de manière à pouvoir appliquer un régime fiscal efficace, fondé sur un système d'autodéclaration, qui n'oblige pas à s'ingérer indûment dans la vie privée des gens. Il peut arriver à l'occasion qu'un groupe particulier bénéficie d'un léger avantage; il peut arriver aussi qu'il subisse un léger désavantage. C'est ainsi que le système fiscal fonctionne, et on ne peut s'attendre à ce qu'il soit parfait. À moins qu'il n'y ait une preuve évidente qu'une disposition particulière exerce de la discrimination à l'égard d'un groupe favorisé pour des motifs énumérés à l'article 15, il s'agit d'une situation que doivent tolérer les Canadiens sur lesquels cette dernière a un effet préjudiciable, et ce jusqu'au jour où le législateur jugera bon d'y remédier. Par bonheur, dans ce cas-ci, le législateur a récemment supprimé cette anomalie, ce qui devrait éliminer jusqu'à un certain point cette légère différence dans le traitement des conjoints mariés et des conjoints de fait, encore qu'il serait par trop optimiste de s'attendre à ce que cette modification mène à une situation parfaite.

Il reste un dernier point à régler. Outre la prétention relative à l'état matrimonial, la requérante a soutenu dans son mémoire que l'alinéa 118(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* exerce une discrimination fondée sur le motif de la religion, ce qu'interdit l'article 15 de la Charte. Étant donné que ce point ne nous a pas été soumis au moment des plaidoiries, je n'en traiterai que brièvement. Dans mon analyse portant sur la question de la liberté de religion, j'ai mentionné que l'alinéa 118(1)(b) peut avoir un effet éloigné, mineur et indirect sur des individus à cause de leurs convictions religieuses. Contrairement à la garantie de liberté de religion que reconnaît l'alinéa 2(a) de la Charte cependant, la garantie d'égalité prescrite à l'article 15 n'exclut pas les plaintes pour le motif que la violation en question est infime, négligeable ou insignifiante. Néanmoins, la requérante ne peut obtenir gain de cause lorsqu'elle conteste le système des crédits d'impôt en invoquant le motif de la discrimination religieuse. Bien que la religion soit un motif de discrimination énuméré, les groupes religieux auxquels l'alinéa 118(1)(b) peut porter atteinte ne sont pas indépendamment défavorisés. En fait, les religions visées comprennent toutes celles qui exigent que les gens ne cohabitent et n'aient des enfants que s'ils sont mariés. La majorité des religions adhèrent à cette règle à des degrés divers. Certes, on ne peut dire

credits in subsection 118(1) of the *Income Tax Act* is based upon or creates invidious stereotyping or prejudice against the majority of religions. That was neither the intention nor is it the effect of the Act. Thus, since there is no indication of prejudice or stereotyping against this group in regard to paragraph 118(1)(b), there is no violation of section 15 of the Charter.

I conclude, therefore, that paragraph 118(1)(b) of the *Income Tax Act* does not contravene the equality provisions in subsection 15(1) either on the ground of marital status or on the ground of religion. I have also found that the applicant's freedom of religion under paragraph 2(a) of the Charter has not been violated. Accordingly, there is no need to engage in a section 1 analysis. Nor, in light of these conclusions, is there any need to consider the jurisdictional issues.

I would, therefore, dismiss this appeal without costs as they were not sought, there being no special circumstances.

que la majorité des religions sont indépendamment défavorisées par rapport à d'autres religions. Rien ne prouve que le système de crédits d'impôt visé au paragraphe 118(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit fondé sur des stéréotypes ou des préjugés injustes à l'égard de la majorité des religions, ou qu'il crée de tels stéréotypes ou préjugés. Ce n'était pas là l'intention de la Loi, pas plus qu'il ne s'agit de son effet. Par conséquent, étant donné qu'il n'existe aucun signe de préjugés ou de stéréotypes à l'endroit de ce groupe, relativement à l'alinéa 118(1)b), il n'y a pas de violation de l'article 15 de la Charte.

Je conclus donc que l'alinéa 118(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne viole pas les dispositions du paragraphe 15(1) en matière d'égalité, ni pour le motif de l'état matrimonial ni pour celui de la religion. J'ai également déterminé qu'il n'y a pas eu de violation de la liberté de religion que reconnaît à la requérante l'alinéa 2a) de la Charte. En conséquence, il n'est nul besoin d'analyser l'article premier de la Charte, pas plus qu'il ne faut examiner, au vu de ces conclusions, les questions de compétence qui ont été soulevées.

Je suis donc d'avis de rejeter cet appel sans dépens puisqu'ils n'étaient pas demandés, vu l'absence de circonstances spéciales.

T-1270-93

T-1270-93

Luc LeBlanc (*Applicant*)**Luc LeBlanc** (*requérant*)

v.

c.

National Bank of Canada (*Respondent*)

a

Banque nationale du Canada (*intimée*)*INDEXED AS: LEBLANC v. NATIONAL BANK OF CANADA (T.D.)**RÉPERTOIRE: LEBLANC c. BANQUE NATIONALE DU CANADA (1^{re} INST.)*

Trial Division, MacKay J.—Halifax, July 26; Ottawa, August 25, 1993.

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 26 juillet; Ottawa, 25 août 1993.

Practice — Variation of time — Application to extend time for filing application for judicial review of adjudicator's decision denying unjust dismissal complaint — Late filing of application said to result from delay in receiving English translation of decision — Adjudicator not exceeding jurisdiction in addressing issue of just cause — Factual and legal basis for judicial review not established — No reasonable explanation for delay — No reasonable chance of success in application for judicial review if extension granted.

Pratique — Modification des délais — Requête en prorogation du délai imparti pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre ayant rejeté une plainte pour congédiement injuste — Le retard dans la présentation de la requête est attribué à la réception tardive de la traduction anglaise de la décision — L'arbitre n'a pas excédé sa compétence en statuant sur la question de la juste cause — Le fondement factuel et juridique de la demande de contrôle judiciaire n'a pas été établi — Le retard ne repose sur aucune explication satisfaisante — Même s'il y avait prorogation du délai, la demande de contrôle judiciaire n'aurait aucune chance raisonnable de succès.

This was an application to extend the time limit prescribed by the *Federal Court Act*, subsection 18.1(2) for filing an application for judicial review. The decision under attack was rendered by an adjudicator who dismissed a complaint of unjust dismissal made by the applicant under section 240 of the *Canada Labour Code*. The applicant's solicitors received the Adjudicator's 78-page decision, which was rendered in French, on March 17, 1993, but it was only two weeks later that they were sent the English translation which they had requested. The application for judicial review having been filed on May 28, more than thirty days after the communication of the decision, the respondent moved to have the applicant's originating notice of motion struck as filed out of time. Noël J. granted that motion "without prejudice to the applicant's right to re-apply before the Trial Division for an order extending the time to file his application". The applicant argued that he could not have prepared the application for judicial review until he was in receipt of the translation and that, given the length of the decision and the complexity of the issues raised by the application, it was not possible to prepare the documentation within the time limit required by the Act. The issue was whether the explanation given by the applicant provided a legal basis for the Court to exercise discretion and grant an extension of time.

Il s'agit d'une requête visant à obtenir la prorogation du délai imparti par le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. La décision attaquée avait été rendue par un arbitre qui avait rejeté la plainte pour congédiement injuste déposée par le requérant en vertu de l'article 240 du *Code canadien du travail*. Les avocats du requérant ont reçu copie de la décision de l'arbitre, soit 78 pages en français, le 17 mars 1993 mais ce n'est que deux semaines plus tard qu'ils ont reçu la traduction anglaise qu'ils avaient demandée. La demande de contrôle judiciaire ayant été déposée le 28 mai, soit plus de trente jours après la communication de la décision, l'intimée a demandé la radiation de l'avis de requête introductive d'instance pour le motif qu'il avait été déposé hors délai. Le juge Noël a fait droit à cette requête [TRADUCTION] «sous réserve du droit du requérant de présenter devant la Section de première instance une nouvelle demande de prorogation du délai de présentation de sa demande». Le requérant a fait valoir qu'il n'a pu préparer la demande de contrôle judiciaire avant d'obtenir réception de la traduction et qu'étant donné la longueur de cette décision et la complexité des questions soulevées par la demande, il n'a pas été possible de réunir la documentation requise dans le délai prescrit par la Loi. Il s'agit de savoir si l'explication donnée par le requérant offrait à la Cour le fondement juridique suffisant pour lui permettre d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une prorogation de délai.

Held, the application should be dismissed.

Jugement: il y a lieu de rejeter la requête.

It could not be said that the Adjudicator had exceeded his jurisdiction in addressing the issue of just cause arising from the applicant's complaint, in that the circumstances set out in subsection 242(3.1) of the *Canada Labour Code* were not

On ne peut dire que l'arbitre a outrepassé sa compétence en statuant sur la question de la juste cause qui découlait de la plainte du requérant, puisque les circonstances énumérées au paragraphe 242(3.1) du *Code canadien du travail* n'ont pas été

established. The applicant could hardly have established an arguable case merely by repeating the general grounds set out in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act* as a basis for the Court's intervention. Some reference to the factual and legal basis for judicial review should have been provided in support of the position that applicant had a reasonable chance of success. It was not evident from reading the affidavit of the applicant that the alleged errors in findings of fact could all be said to have been made in a perverse or capricious manner or without regard to the evidence before the Adjudicator, or that they were the basis of his decision. While the Court, in considering an extension of time, must not weigh finally the merits of the case, the case law is clear that the Court must be persuaded that the applicant has a reasonable chance of success in an arguable case. The explanation for delay in seeking an extension of time revealed some inept steps by counsel in not making timely application which could have been done even after receipt of the English version. However, these missteps would not be enough to preclude the exercise of discretion, had the applicant established a basis for the Court to conclude, in the interests of justice between the parties, that there was a reasonable chance of success in an application for judicial review. The applicant's affidavit did not reveal a reasonable chance of success if an extension of time to commence proceedings for judicial review were now granted; nor did it set out grounds for concluding that the Adjudicator had acted without jurisdiction in his interpretation of the law or by making findings of fact in a patently unreasonable manner.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 242 (as am. *idem*, s. 16), 243.

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].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*., s. 5), 51.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 1614 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Grewal v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 2 F.C. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.).

CONSIDERED:

CUPE, Local 76 v. Campbellton (City of) (1983), 46 N.B.R. (2d) 83; 121 A.P.R. 83 (C.A.).

établies. Le requérant pouvait difficilement établir la plausibilité de sa demande et justifier l'intervention de la Cour en reprenant simplement les motifs généraux énoncés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il aurait fallu que soient invoqués à l'appui de la demande de contrôle judiciaire certains motifs factuels et juridiques susceptibles d'étayer la position du requérant selon laquelle il avait en l'es-pèce des chances raisonnables de succès. Or il n'est pas évident, à la lecture de l'affidavit du requérant, que les erreurs alléguées dans les conclusions de fait puissent toutes être considérées comme ayant été tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont l'arbitre disposait ou encore qu'elles aient servi de fondement à sa décision. Bien que la Cour n'ait pas, lorsqu'elle examine une demande de prorogation de délai, à apprécier de façon définitive le bien-fondé des arguments présentés, elle doit être persuadée, comme l'enseigne clairement la jurisprudence, que le requérant a une cause soutenable et qu'il a une chance raisonnable d'avoir gain de cause. L'explication du retard à demander la prorogation du délai témoigne de l'incurie de l'avocate du requérant qui n'a pas présenté en temps voulu une requête qui aurait pu l'être même après réception de la version anglaise de la décision. Ces faux pas ne suffiraient pas, néanmoins, à empêcher la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans la mesure où le requérant établirait les éléments lui permettant de conclure, dans l'intérêt de la justice entre les parties, que la demande de contrôle judiciaire a une chance raisonnable de succès. Or l'affidavit du requérant ne révèle aucune chance raisonnable d'obtenir gain de cause si la prorogation du délai imparti pour entamer la procédure d'examen était maintenant accordée; il ne comporte non plus d'éléments permettant de conclure que l'arbitre a agi sans compétence en interprétant la loi ou les faits d'une manière manifestement déraisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 242 (mod., *idem*, art. 16), 243.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 51.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 1614 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 2 C.F. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

CUPE, Local 76 v. Campbellton (City of) (1983), 46 N.B.R. (2d) 83; 121 A.P.R. 83 (C.A.).

REFERRED TO:

Montreal Flying Club Inc. v. Syndicat des employés de l'Aéro-club de Montréal (1975), 7 N.R. 177 (F.C.A.); *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1992] 2 F.C. 697; (1992), 53 F.T.R. 112 (T.D.); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,029; 26 N.R. 341; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81.

a
b

APPLICATION to extend the time limit prescribed by subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* for filing an application for judicial review. Application dismissed.

COUNSEL:

Heather C. Doyle Landry for applicant.
Cathy Auchinleck for respondent.

d

SOLICITORS:

Petrie Richmond, Fredericton, for applicant.
Ogilvy Renault, Ottawa, for respondent.

e

The following are the reasons for order rendered in English by

MAC KAY J.: This is an unusual application for an order pursuant to Rule 1614 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] to extend the time limit prescribed by subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] as amended, for filing an application for judicial review.

f
g

The application, opposed by the respondent, was heard in Fredericton, New Brunswick, on July 26, 1993, when decision was reserved. On July 30, I signed an order dismissing the application, with costs to the respondent. These are my reasons for that order, filed in accord with section 51 of the *Federal Court Act*.

h
i

The applicant's objective, if an extension of time were granted, is to have judicial review of the decision of M^e Léonce Roy, an adjudicator appointed under section 242 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 [as am. by R.S.C., 1985 (1st

j

DÉCISIONS CITÉES:

Montreal Flying Club Inc. c. Syndicat des employés de l'Aéro-club de Montréal (1975), 7 N.R. 177 (C.A.F.); *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1992] 2 C.F. 697; (1992), 53 F.T.R. 112 (1^{re} inst.); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,029; 26 N.R. 341; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81.

REQUÊTE en prorogation du délai prescrit par le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Requête rejetée.

AVOCATS:

Heather C. Doyle Landry pour le requérant.
Cathy Auchinleck pour l'intimée.

PROCUREURS:

Petrie Richmond, Fredericton, pour le requérant.
Ogilvy Renault, Ottawa, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAC KAY: Il s'agit en l'espèce d'une requête inusitée visant à obtenir, en vertu de la Règle 1614 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 19)], une ordonnance de prorogation du délai imparti par le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], et modifications, pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

La requête, contestée par l'intimée, a été entendue à Fredericton, au Nouveau-Brunswick, le 26 juillet 1993, et l'affaire a été mise en délibéré. Le 30 juillet, j'ai signé une ordonnance rejetant la requête, avec dépens en faveur de l'intimée. Les présents motifs sont déposés à l'appui de cette ordonnance, conformément à l'article 51 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Grâce à la prorogation de délai qu'il compte obtenir, le requérant, Luc LeBlanc, entend soumettre au contrôle judiciaire la décision de M^e Léonce Roy, arbitre désigné en vertu de l'article 242 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 [mod. par

Supp.), c. 9, s. 16] to consider the complaint of the applicant, Luc LeBlanc, under section 240 [as am. *idem*, s. 15] of the Code, that he had been unjustly dismissed from his employment by the respondent, National Bank of Canada.

The applicant's complaint was originally referred to Adjudicator Jean-Claude Roy who heard and dismissed a preliminary motion by the applicant to limit evidence regarding the grounds of dismissal, and decision on that preliminary motion rendered May 29, 1992, was not questioned by judicial review. Thereafter, that Adjudicator withdrew and Adjudicator Léonce Roy was appointed to hear the complaint. Hearings on the merits were held September 30, October 1, 13 and 14, 1992.

At the conclusion of the hearings, the Adjudicator is said to have undertaken to provide the applicant's solicitors, who are unilingual English speaking, with an English translation of his decision when it should be issued. On March 17, 1993 the applicant's solicitors received the Adjudicator's decision, dated March 5, 1993, some 78 pages in the French language. They immediately requested, of the Adjudicator and Labour Canada, an English translation. It appears that Labour Canada and counsel for the respondent received the decision of March 5, about a week earlier than it was received by the applicant's solicitors. Subsequently, on April 2, 1993, the applicant's solicitors received an English translation of the decision.

On April 6, solicitors for the applicant sought consent of the respondent's solicitors for an extension of time to file an application for judicial review of the decision or as counsel for the respondent describes it, they sought consent that time for filing the application should commence after April 2, the date on which the English translation of the decision was received, not after March 17 when the decision, in French, was received. Consent was refused. There was a difference of opinion between counsel for the parties about the date when time would begin to run for the filing of an application under subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* which limits the time for applying for judicial review to a time "within thirty days after the time the decision or order was first communicated . . . to the party directly

L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16], de procéder à l'instruction de la plainte qu'il a déposée sous le régime de l'article 240 [mod., *idem*, art. 15] du Code, et dans laquelle il allègue avoir été injustement congédié par l'intimée, la Banque nationale du Canada.

La plainte du requérant avait été initialement transmise à l'arbitre Jean-Claude Roy qui a entendu et rejeté une requête préliminaire par laquelle le requérant voulait limiter les éléments de preuve concernant les motifs du congédiement. Cette décision, rendue le 29 mai 1992, n'a pas fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Ledit arbitre s'est par la suite retiré et un nouvel arbitre, Léonce Roy, a été désigné pour entendre la plainte. Les audiences au fond ont eu lieu le 30 septembre ainsi que les 1^{er}, 13 et 14 octobre 1992.

Au terme des audiences, l'arbitre se serait engagé à transmettre aux avocats du requérant, unilingues anglais, une traduction anglaise de sa décision au moment où elle serait rendue. Le 17 mars 1993, les avocats du requérant ont reçu copie de la décision de l'arbitre, datée du 5 mars 1993, soit 78 pages en français. Ils ont immédiatement demandé, auprès de l'arbitre et de Travail Canada, une traduction anglaise. Il appert que Travail Canada et les avocats de l'intimée ont quant à eux reçu copie de la décision le 5 mars, soit environ une semaine auparavant. C'est le 2 avril 1993 suivant que les avocats du requérant ont reçu la traduction anglaise de la décision.

Le 6 avril, les avocats du requérant ont demandé aux avocats de l'intimée de consentir à une prorogation du délai imparti pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire de la décision ou, comme le dit l'avocat de l'intimée, ils leur ont demandé de consentir à ce que le délai de présentation de la demande commence à courir le jour suivant le 2 avril, date de réception de la traduction anglaise de la décision, et non le jour suivant le 17 mars, date à laquelle a été reçue la décision originale en français. Le consentement a été refusé. Il y avait, entre les avocats des parties, divergence d'opinion quant à la date à partir de laquelle le délai commence à courir pour la présentation d'une demande en vertu du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Aux termes de ce paragraphe, la demande de contrôle

affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.” Counsel for the respondent says there was also a difference between him and counsel for the applicant in their telephone conversation on April 6 about the division of this Court in which application for an extension of time should be filed. Counsel for the applicant believed that should be done in the Court of Appeal, but counsel for the respondent avers that he indicated that was not the proper forum and that the *Federal Court Act* should be reviewed by applicant’s counsel.

I note that when this discussion took place there was still time for the application for judicial review to be filed in accord with the Rules even if the respondent were right that time for filing, 30 days, should begin to run as of March 17 when the decision in French was received by applicant’s counsel. Presumably in support of his position about the time allowed by the Rules respondent’s counsel avers that senior counsel for the applicant indicated during the course of the hearing that he was capable of understanding and reading French but he was unable to converse in the French language, while the applicant himself was fluently bilingual and chose to testify in the French language.

On April 21, 1993 applicant’s counsel, without advice to the respondent’s counsel, filed an application, *ex parte*, in the Federal Court of Appeal, requesting that the time for filing an application for judicial review be extended to June 15, 1993. An affidavit of one of counsel for the applicant, in support of the motion urged that the matter be considered on an *ex parte* basis, since proceeding by Rule 324 would unduly delay consideration of the matter beyond the time ordinarily provided for filing in the Rules, a time which counsel averred would expire on May 1. On April 30, the applicant’s *ex parte* motion was granted by one of my colleagues in the Court of Appeal who by order extended the time for filing to May 31.

judiciaire doit être présentée «dans les trente jours qui suivent la première communication, par l’office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance . . . à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu’un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l’expiration de ces trente jours, fixer ou accorder». L’avocat de l’intimée dit que lors de leur conversation téléphonique du 6 avril, l’avocate du requérant et lui ne s’entendaient pas quant à la section de la présente Cour où devait être présentée la requête en prorogation de délai. L’avocate du requérant estimait que la requête devait être présentée devant la Cour d’appel, mais l’avocat de l’intimée affirme avoir alors indiqué que ce n’était pas l’instance compétente et que l’avocate du requérant aurait avantage à revoir la *Loi sur la Cour fédérale*.

Notons qu’au moment où cette discussion avait lieu, la demande de contrôle judiciaire pouvait encore être présentée dans le délai prescrit par les Règles, à supposer même que l’intimée ait eu raison de soutenir que ce délai de 30 jours devait courir à compter du 17 mars, date à laquelle la décision a été reçue en français par les avocats du requérant. À l’appui, vraisemblablement, de sa position quant au délai prescrit par les Règles, l’avocat de l’intimée affirme que l’avocat principal du requérant a indiqué en cours d’audience qu’il comprenait et lisait le français tout en se disant incapable de converser dans cette langue, alors que le requérant était quant à lui parfaitement bilingue et a choisi de témoigner en français.

Le 21 avril 1993, les avocats du requérant ont déposé en Cour d’appel fédérale, sans avis à l’avocat de l’intimée, une requête *ex parte* demandant que le délai de présentation d’une demande de contrôle judiciaire soit prorogé au 15 juin 1993. Dans un affidavit déposé à l’appui de la requête, l’un des avocats du requérant demandait que l’affaire soit entendue *ex parte* parce que la procédure prévue à la Règle 324 en repousserait indûment l’examen au-delà du délai ordinairement applicable, délai qui selon ses dires devait expirer le 1^{er} mai. Le 30 avril, la requête *ex parte* du requérant a été accueillie par l’un de mes collègues de la Cour d’appel qui, par ordonnance, a prorogé le délai de présentation au 31 mai.

When that order reached counsel for the respondent he wrote to counsel for the applicant, indicating that the Federal Court of Appeal was, in his view, the wrong forum for the proceedings and that the respondent would oppose any motion in the Trial Division to extend the time for filing an application for judicial review.

On May 28 applicant's counsel filed an application for judicial review in the Trial Division of this Court, without including a request for an extension of time for filing. By letter of June 3 applicant's counsel advised counsel for the respondent that an originating notice of motion and supporting affidavit had been filed in the Federal Court of Appeal, though copies of those documents enclosed with the letter indicated they had been filed in the Trial Division of the Court, as had in fact been done.

On June 4, the respondent filed notice of motion, returnable at Ottawa on June 17, that the originating notice of motion be struck on the ground that it was filed out of time, and the order of the Court of Appeal extending time could not be relied upon in a section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] (or 18.1) application to the Trial Division. When that motion came on for hearing, with representations in writing by counsel for Mr. LeBlanc, that motion was granted by my colleague Mr. Justice Noël. In his reasons, Noël J. notes that this was done "without prejudice to the applicant's right to re-apply before the Trial Division for an order extending the time to file his application."

This application to extend the time for filing an originating notice of motion in the Trial Division was filed June 29, and heard, as noted above, on July 26 in Fredericton, N.B. It is supported by the affidavit of Heather C. Doyle Landry, one of counsel for the applicant. That affidavit does not append as an exhibit the draft of an originating notice of motion proposed to be filed if that now be permitted though it does refer to the originating notice of motion filed May 28 and the order of Noël J. disposing of it, and copies of those are included in the exhibits to the

Lorsque cette ordonnance est parvenue à l'avocat de l'intimée, celui-ci a écrit à l'avocate du requérant pour lui indiquer qu'à son avis la Cour d'appel n'était pas le tribunal compétent et que l'intimée s'opposerait à toute requête en Section de première instance visant à faire proroger le délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

Le 28 mai, l'avocate du requérant a déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la présente Cour, sans y joindre une demande de prorogation du délai de présentation. Par lettre en date du 3 juin, l'avocate du requérant a avisé l'avocat de l'intimée qu'un avis de requête introductive d'instance avec affidavit à l'appui avaient été déposés en Cour d'appel fédérale, bien que les copies jointes à la lettre indiquaient que les documents avaient été déposés devant la Section de première instance de la Cour, comme cela avait été effectivement le cas.

Le 4 juin, l'intimée a, par avis de requête devant être présenté à Ottawa le 17 juin, demandé la radiation de l'avis de requête introductive d'instance pour le motif qu'il avait été déposé hors délai et que l'ordonnance de la Cour d'appel prorogeant le délai ne pouvait être invoquée dans une demande présentée en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] (ou 18.1) en Section de première instance. Au jour fixé pour l'audition et sur examen des observations écrites de l'avocate de M. LeBlanc, mon collègue le juge Noël a fait droit à la requête. Celui-ci souligne, dans ses motifs, avoir pris cette décision [TRADUCTION] «sous réserve du droit du requérant de présenter devant la Section de première instance une nouvelle demande de prorogation du délai de présentation de sa demande».

La présente requête de prorogation du délai de présentation d'un avis de requête introductive d'instance en Section de première instance a été déposée le 29 juin et entendue, comme je l'ai indiqué précédemment, le 26 juillet à Fredericton, au N.-B. Elle est appuyée de l'affidavit de Heather C. Doyle Landry, l'un des avocats du requérant. N'y est pas joint à titre de pièce le projet d'avis de requête introductive d'instance qui serait présenté si permission était aujourd'hui accordée, bien qu'il soit question de l'avis de requête introductive d'instance présenté le

solicitor's affidavit. The affidavit filed in support of the motion for an extension of time recounts much of the history of this matter, not entirely to the satisfaction of the respondent, and includes the following paragraphs.

10. It was not possible to prepare the Application for Judicial Review until the Applicant was in receipt of the English translation of the Decision. Given the length of the Decision and the complexity of the issues which we expect to be raised in the Judicial Review Application, it was not possible to prepare the documentation required within the time limit specified in section 18.1(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (the "Act").

11. The 30 days for filing an Application for Judicial Review pursuant to section 18.1(2) of the Act expired on May 1, 1993.

12. On April 21, 1993, the Applicant filed an Ex Parte Motion with the Federal Court of Appeal (Court File No.: 93-A-401) for an extension of the time for filing an Application for Judicial Review. The Ex Parte Motion was filed before the expiry of the 30-day limitation period for filing an Application for Judicial Review. Attached hereto and marked as Exhibit "D" is a copy of the Ex Parte Motion and Affidavit in support thereof.

13. I erroneously and inadvertently filed the Ex Parte Motion with the Federal Court of Appeal (rather than the Trial Court) believing it to be the proper Court.

It then reviews events following the order extending time granted by the Court of Appeal up to the decision of Noël J. striking the applicant's originating notice of motion. The affidavit continues:

22. I am not aware of any prejudice that the Respondent has suffered or will suffer as a result of an extension of time for the filing of the Originating Notice of Motion. Mr. Coleman [counsel for the respondent] has been aware from the outset that the Applicant would be making an Application for Judicial Review.

23. The Applicant would be extremely prejudiced if an Order extending the time for filing the Originating Notice of Motion were not granted.

24. I have reviewed the English translation of the Adjudicator's Decision and do verily believe that the Applicant has a more than reasonable chance of success in its Application for Judicial Review on the merits.

25. The grounds for the Application for Judicial Review are as follows: the Adjudicator failed to observe the principals [sic] of natural justice and procedural fairness that he was required by law to observe; the Adjudicator erred in law in making his

28 mai et de l'ordonnance du juge Noël en disposant, dont copies sont jointes à titre de pièces. L'affidavit présenté à l'appui de la requête en prorogation de délai retrace en bonne partie l'historique de l'affaire, quoique non à l'entière satisfaction de l'intimée. On y trouve les paragraphes suivants:

[TRADUCTION] 10. Il n'a pas été possible de préparer la demande de contrôle judiciaire avant que le requérant ait obtenu réception de la traduction anglaise de la décision. Étant donné la longueur de cette décision et la complexité des questions que nous nous attendions à voir soulever dans la demande de contrôle judiciaire, il n'a pas été possible de réunir la documentation requise dans le délai prescrit par le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la «Loi»).

11. Le délai de 30 jours imparti pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 18.1(2) de la Loi a expiré le 1^{er} mai 1993.

12. Le 21 avril 1993, le requérant a présenté une requête ex parte devant la Cour d'appel fédérale (n° de greffe: 93-A-401) en vue d'obtenir la prorogation du délai de présentation de la demande de contrôle judiciaire. La requête ex parte a été produite avant l'expiration du délai de 30 jours prescrit pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Une copie de cette requête et de l'affidavit présenté à l'appui est jointe aux présentes comme pièce «D».

13. Erronément et par inadvertance, j'ai produit la requête ex parte devant la Cour d'appel fédérale (plutôt que devant la Section de première instance), croyant que cette Cour avait compétence.

On y passe ensuite en revue les événements qui ont suivi l'ordonnance de prorogation du délai prononcée par la Cour d'appel jusqu'à la décision du juge Noël de radier l'avis de requête introductive d'instance du requérant. L'auteur de l'affidavit poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] 22. À ma connaissance, l'intimée n'a souffert et ne subira aucun préjudice du fait de la prorogation du délai de présentation de l'avis de requête introductive d'instance. M. Coleman [avocat de l'intimée] savait depuis le début que le requérant présenterait une demande de contrôle judiciaire.

23. Le requérant subira un grave préjudice si l'ordonnance de prorogation du délai de présentation de l'avis de requête introductive d'instance n'est pas accordée.

24. J'ai examiné la traduction anglaise de la décision de l'arbitre et je crois sincèrement que le requérant a des chances plus que raisonnables d'avoir gain de cause, au fond, dans sa demande de contrôle judiciaire.

25. La demande de contrôle judiciaire est fondée sur les moyens suivants: l'arbitre n'a pas observé les principes de justice naturelle et d'équité procédurale qu'il était légalement tenu de respecter; l'arbitre a rendu une décision entachée d'une

decision; the Adjudicator based his decision on erroneous finding of fact which he made in a perverse and capricious manner and without regard for the material before him, and; the Adjudicator acted without jurisdiction by making a finding of just cause with respect to the Applicant's suspension and further, the Adjudicator purported to find just cause when the Bank itself did not raise the issue of cause in the dismissal of the Applicant.

26. The Applicant would not object if the Respondent brought a motion for an extension of time for the filing of affidavits with respect to the Applicant's Application for Judicial Review, should an extension be granted by this Honourable Court.

For the applicant it is urged that there is merit in the application for judicial review, that here the intent to seek such relief was known to the respondent from April 6, when solicitors for the parties discussed the matter by telephone, that even if that were not the case where there is no prejudice to the respondent and it is in the interests of justice that leave to proceed should be granted (*Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.)). Where an intent to appeal a decision has not been abandoned, there is an arguable case and the respondent is not unduly prejudiced, an extension of time to perfect an appeal was allowed by the New Brunswick Court of Appeal in *CUPE, Local 76 v. Campbellton (City of)* (1983), 46 N.B.R. (2d) 83, and it is urged that principle should here apply. Moreover, in this case, no English version of the Adjudicator's decision was available until April 2, and its length and complexity precluded initiation of the application within the time normally provided. Thus the applicant had sought an extension of time by application on April 21, though, it was averred, by inadvertence that was sought in the Court of Appeal. Finally, it was urged that an extension would create no prejudice to the respondent, that the applicant would suffer great prejudice if an extension were not granted, and in the interests of justice the applicant's case should be dealt with on its merits, not on procedural grounds.

For the respondent it is urged that the two criteria for exercise of the Court's discretion to extend the time are not here established. Those criteria are that there be a satisfactory explanation for the delay and that there be a reasonable chance of success in the

erreur de droit; l'arbitre a rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive et arbitraire et sans tenir compte des éléments dont il disposait; l'arbitre a agi sans compétence en statuant qu'il y avait eu juste cause à la suspension du requérant et par surcroît, il a prétendu qu'il y avait juste cause alors que la Banque elle-même n'a pas soulevé la question de la cause du congédiement du requérant.

26. Le requérant ne s'opposerait pas si l'intimée présentait une requête en prorogation du délai de présentation d'affidavits à l'égard de sa demande de contrôle judiciaire, advenant que cette honorable Cour accorde la prorogation recherchée.

On a donc fait valoir, au nom du requérant, que la demande de contrôle judiciaire est bien fondée, qu'en l'espèce l'intention d'exercer ce recours était connue de l'intimée dès le 6 avril, date à laquelle les avocats des parties ont discuté de l'affaire au téléphone, et que même si tel n'était pas le cas, l'intimée ne subit aucun préjudice et qu'il est dans l'intérêt de la justice d'accorder la permission d'agir (*Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.)). Lorsqu'on n'a pas renoncé à l'intention d'en appeler d'une décision, que les motifs qu'on entendait soulever étaient soutenable et que l'intimé n'en subissait pas un préjudice indu, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accordé la prorogation du délai pour mettre l'appel en état dans l'arrêt *CUPE, Local 76 v. Campbellton (City of)* (1983), 46 N.B.R. (2d) 83. On fait valoir que ce principe devait recevoir application en l'espèce. Qui plus est, dans la présente affaire, la version anglaise de la décision de l'arbitre n'a pas été disponible avant le 2 avril, sa longueur et sa complexité ayant empêché la préparation de la demande dans le délai normalement prévu. Le requérant a donc demandé une prorogation du délai par requête le 21 avril, bien qu'il l'ait fait, par inadvertance dit-on, devant la Cour d'appel. Enfin, on soutient qu'une prorogation ne créera aucun préjudice à l'intimée, que le requérant au contraire subira un préjudice grave si la prorogation n'est pas accordée et que, dans l'intérêt de la justice, la demande du requérant devrait être jugée au mérite et non sur des questions procédurales.

Au nom de l'intimée, on fait valoir que les deux critères applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de proroger le délai ne sont pas remplis en l'espèce. Ces critères sont que le retard repose sur une explication satisfaisante et que la

application for which an extension of time is sought. It is urged that the applicant received the decision on March 17 when the decision in French reached the applicant's solicitors, one of whom is said to be capable of reading and understanding French and the applicant himself is fluently bilingual, and in these circumstances inability to deal with the decision rendered in French is not a ground for delay. Nor is the alleged difficulty of dealing with the decision, 69 pages of which, in English, reviewed the evidence and facts found by the Adjudicator. That reason for delay is said not to provide satisfactory explanation, in light of jurisprudence that awaiting opportunity to assess reasons for a decision is not a satisfactory ground for delay. Moreover, in this case even after the conversation between counsel for the parties on April 6, no action was taken by the applicant until April 21, when an *ex parte* application was filed in the Court of Appeal without notice to the respondent, who learned of it only after the application was allowed, even though the applicant knew from the conversation of April 6 that the respondent would oppose any application for an extension of time. It was urged that the action of counsel for the applicant in filing the *ex parte* application, and in the wrong division of the Court, added to the applicant's delay and that was done despite the comment by counsel for the respondent on April 6 that the Federal Court of Appeal was not the proper forum. It is urged that in all the circumstances here the applicant cannot satisfactorily explain or account for the whole period of the delay in seeking, in the proper forum, an extension of time (*Montreal Flying Club Inc. v. Syndicat des employés de l'Aéro-club de Montréal* (1975), 7 N.R. 177 (F.C.A.)).

The respondent also urges that the application and supporting affidavit seeking an extension of time do not provide an evidentiary basis on which the Court can conclude that the applicant has an arguable case. The only grounds suggested are those set out in paragraph 25 of the affidavit quoted earlier, and as there set out these, except for the last ground concerning jurisdiction, are merely repetitious of the general statutory grounds for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*.

demande pour la présentation de laquelle on cherche à obtenir une prorogation ait une chance raisonnable de succès. Ainsi, soutient-on, le requérant a reçu la décision le 17 mars au moment où ses avocats en ont reçu communication, l'un d'eux pouvant lire et comprendre le français et le requérant étant lui-même parfaitement bilingue; dans les circonstances, l'incapacité de prendre connaissance de la décision rendue en français n'est donc pas un motif susceptible de justifier le retard. Non plus que la difficulté alléguée d'étudier la décision, dont 69 pages, en anglais, sont consacrées à la revue de la preuve et des faits. Ce motif de retard ne serait pas une explication satisfaisante, compte tenu de la jurisprudence suivant laquelle il ne suffit pas d'invoquer la nécessité d'attendre l'occasion d'étudier les motifs d'une décision. De plus, dans la présente affaire, suivant la conversation du 6 avril entre les avocats des parties, le requérant n'a pris aucune action avant le 21 avril, date à laquelle une requête *ex parte* a été présentée en Cour d'appel, sans avis à l'intimée qui ne l'a su qu'une fois la requête accordée, même si le requérant savait depuis ladite conversation du 6 avril que l'intimée s'opposerait à toute requête en prorogation de délai. On fait valoir que la présentation de la requête *ex parte*, et ce, devant la mauvaise section de la Cour, a ajouté au retard et que la procédure a été prise malgré que l'avocat de l'intimée ait fait observer, le 6 avril, que la Cour d'appel fédérale n'était pas l'instance compétente. Étant donné l'ensemble des circonstances, soutient-on, le requérant ne peut fournir d'explication satisfaisante pour le retard qu'il a mis à demander, devant l'instance compétente, la prorogation du délai (*Montreal Flying Club Inc. c. Syndicat des employés de l'Aéro-club de Montréal* (1975), 7 N.R. 177 (C.A.F.)).

h

L'intimée soutient également que la requête en prorogation de délai et l'affidavit présenté à l'appui ne contiennent pas les éléments de preuve à partir desquels la Cour pourrait conclure que le requérant a des arguments plausibles. Les seuls moyens avancés sont ceux indiqués au paragraphe 25 précité de l'affidavit, lesquels, sauf le dernier concernant la compétence, ne font que reprendre les motifs généraux de contrôle judiciaire énoncés à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

The last of the grounds included in that paragraph, that “the Adjudicator acted without jurisdiction by making a finding of just cause . . . and . . . when the Bank itself did not raise the issue of cause in the dismissal of the Applicant” is said by the respondent to relate to the finding of the Adjudicator originally appointed, who withdrew after determining preliminary issues, a decision not questioned previously, though counsel for the applicant does not agree with that characterization of the issue and concedes that the decision on preliminary issues is here irrelevant. For my part, I do not understand how that ground for judicial review can be reasonably argued in the circumstances of this case where the Adjudicator appointed under section 242 of the *Canada Labour Code* is to adjudicate the complaint of the applicant under section 240 that he was unjustly dismissed, and he is required to consider whether the dismissal was unjust (under subsection 242(3)) unless the person who has complained has been laid off because of lack of work or the discontinuance of a function (subsection 242(3.1)). In the circumstances, the issue of just cause arises from the complaint, whether or not it was raised by the Bank, and the Adjudicator could not avoid addressing that issue, unless the circumstances set out in subsection 242(3.1) are established, which the adjudicator here found not to be the case.

Over the objections of counsel for the respondent, which I note, I invited counsel for the applicant, in replying to the respondent’s submissions, to elaborate on the grounds for judicial review here sought, giving counsel for the respondent an opportunity to respond to any elaboration. For the applicant, it was urged that there were internal inconsistencies in the decision of the Adjudicator, that some facts found in his review of the evidence were contrary to those relied upon in the reasons for his decision, though the details underlying this submission were not discussed. Counsel reiterated the grounds as set out in her affidavit, quoted above, and her belief as set out in paragraph 24 of her affidavit that she verily believes the applicant has a more than reasonable chance of success in an application for judicial review considered on its merits.

Le dernier moyen invoqué dans ce paragraphe est que [TRADUCTION] «l’arbitre a agi sans compétence en statuant qu’il y avait eu juste cause à la suspension du requérant et . . . alors que la Banque elle-même n’a pas soulevé la question de la cause du congédiement du requérant». Selon l’intimée, ce moyen se rattache à la conclusion de l’arbitre initialement désigné qui s’est retiré après avoir tranché des questions préliminaires, décision qui n’a pas été antérieurement contestée, bien que l’avocate du requérant ne soit pas d’accord avec cette qualification de la question et concède que la décision sur les questions préliminaires n’est pas pertinente en l’espèce. Pour ma part, je ne vois pas comment ce moyen peut être raisonnablement invoqué dans les circonstances de l’espèce où l’arbitre, désigné en vertu de l’article 242 du *Code canadien du travail*, doit trancher, sous le régime de l’article 240, la plainte du requérant selon laquelle il a été injustement congédié et qu’il doit, à cette fin, décider si le congédiement était injuste (paragraphe 242(3)), à moins que le plaignant n’ait été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d’un poste (paragraphe 242(3.1)). Dans ces conditions, la question de la juste cause découle de la plainte, qu’elle ait été ou non soulevée par la Banque, et l’arbitre ne pouvait éviter de l’aborder, à moins que n’aient été établies les circonstances énumérées au paragraphe 242(3.1), ce que l’arbitre a jugé ne pas être le cas.

Malgré les objections de l’avocat de l’intimée, dont j’ai pris note, j’ai invité l’avocate du requérant à expliciter, en réponse aux arguments de l’intimée, les moyens sur lesquels se fonde la demande de contrôle judiciaire, tout en donnant à l’avocat de l’intimée le droit de réplique. Le requérant a fait valoir que la décision de l’arbitre comportait des incohérences, que certains faits repris dans son examen de la preuve étaient contraires à ceux sur lesquels il appuie les motifs de sa décision, bien que cet argument n’ait pas été examiné en détail. L’avocate a réitéré les moyens invoqués dans son affidavit, précité, ainsi que sa conviction sincère, affirmée au paragraphe 24, que le requérant a des chances plus que raisonnables d’avoir gain de cause, au fond, dans sa demande de contrôle judiciaire.

The Court had anticipated more reference to the specifics of the applicant's case for judicial review. They were not forthcoming. In my view, this Court can hardly be persuaded that there is an arguable case merely by repeating the general grounds set out in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act* as a basis for its intervention. Some reference to the factual and legal basis for judicial review must be provided, which supports the view that there is a reasonable chance of success, in this particular instance. The general submission that the Adjudicator found certain facts inconsistent with those upon which he subsequently relied in his decision sheds little light on the merits of an application for judicial review.

I have noted there was no proposed originating motion or supporting affidavit filed with the application to extend time. The originating motion previously filed and struck out by order of Noël J., and the affidavit filed by the applicant with that application may indicate what is the basis for judicial review here sought. After argument, while decision was reserved, I took the unusual step of reviewing the affidavit of Luc LeBlanc filed in support of the originating notice of motion that was subsequently struck. I did this in order to ensure that I understood the factual basis for the grounds upon which judicial review might be sought, in so far as that could be surmised from the originating motion and affidavit previously filed, in order to satisfy myself that injustice not result if an extension of time were not granted. In that affidavit the applicant describes the circumstances of his differences with the respondent Bank, his complaint under section 240 of the Code, and the adjudication of that complaint. He avers that the proceedings before the Adjudicator were not transcribed. Several findings of fact of the Adjudicator, set out in his decision, are then said to be in error in light of testimony and documentary evidence before him, others are said not to be based on the evidence adduced at the hearing, and others are said to be based on inappropriate weight given to certain evidence.

La Cour s'attendait à davantage de précisions quant aux motifs de la demande de contrôle judiciaire. Elles ne sont pas venues. À mon avis, cette Cour peut difficilement se convaincre de la plausibilité de la demande et justifier son intervention à partir de la simple répétition des motifs généraux énoncés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il faut que soient invoqués à l'appui de la demande de contrôle certains motifs factuels et juridiques susceptibles d'étayer l'opinion selon laquelle les chances de succès sont raisonnables en l'espèce. Quant à l'argument général voulant que l'arbitre ait constaté certains faits incompatibles avec ceux sur lesquels il a subséquemment fondé sa décision, il jette peu de lumière sur le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire.

J'ai souligné qu'aucun projet de requête introductive d'instance ni affidavit à l'appui n'avaient été joints à la requête en prorogation de délai. Toutefois, la requête introductive présentée antérieurement et radiée par ordonnance du juge Noël, ainsi que l'affidavit à l'appui laissent entrevoir le fondement du contrôle judiciaire recherché en l'espèce. Au terme des débats, alors que la décision était en délibéré, j'ai pris l'initiative inhabituelle de revoir l'affidavit de Luc LeBlanc présenté à l'appui de l'avis de requête introductive d'instance ayant été subséquemment radié. Je l'ai fait dans le but de m'assurer de bien comprendre le fondement factuel des motifs possibles de la demande de contrôle judiciaire, dans la mesure où ils pouvaient découler de la requête introductive et de l'affidavit antérieurs, et afin de veiller à ce qu'aucune injustice ne résulte du refus de proroger le délai. Dans cet affidavit, le requérant décrit les circonstances entourant son différend avec la banque intimée, sa plainte en vertu de l'article 240 du Code et l'adjudication de cette plainte. Il affirme que les procédures qui se sont déroulées devant l'arbitre n'ont pas fait l'objet d'une transcription. Il ajoute que plusieurs des conclusions de fait que l'arbitre énumère dans sa décision sont erronées eu égard aux témoignages et à la preuve documentaire dont il disposait, que d'autres conclusions ne sont pas fondées sur la preuve présentée à l'audience et d'autres encore découlent de la valeur indue accordée à certains éléments de preuve.

It is not evident from reading the affidavit of Luc LeBlanc that the alleged errors in findings of fact can all be said to be made in a perverse or capricious manner or without regard to the evidence before the Adjudicator. Nor is it evident that any that might be so characterized were the basis of the Adjudicator's decision, as would be required to be established if an application for judicial review, concerned with findings of fact, were to be successful (paragraph 18.1(4)(d), *Federal Court Act*). The only suggestion of an error in law by the Adjudicator set out in the affidavit of Luc LeBlanc, aside from the allegation that certain findings of fact were not based on evidence adduced at the hearing, concerns the conclusion of the Adjudicator summing up his decision in the form of an order dismissing the complaint, which as worded in relation to the alleged unjust dismissal is said to be a finding that was not within jurisdiction of the Adjudicator. I have already dealt with that issue as it concerns the Adjudicator's jurisdiction but I add that read in the context of the portion of the decision which that conclusion sums up, i.e., the portion headed "Decision" in the English translation, it is not evident, at least on the face of the record, that the Adjudicator exceeded his jurisdiction.

While this Court, in considering an extension of time, must not weigh finally the merits of the applicant's case, the jurisprudence is clear that it must be persuaded the applicant has a reasonable chance of success in an arguable case. *Grewal, supra*, upon which the applicant relies in part, is distinguishable from normal cases of this sort for there the reasonable chance of success was evident in light of subsequent clarification of Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985 Appendix II, No. 44]] rights by the Supreme Court of Canada and the tribunal's decision was made by a process in conflict with the Charter rights so clarified. In *Grewal*, Mr. Justice Marceau, concurring with the majority but for reasons separately expressed, said at page 282:

Or, il n'est pas évident, à la lecture de l'affidavit de Luc LeBlanc, que les erreurs alléguées dans les conclusions de fait puissent toutes être considérées comme ayant été tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont l'arbitre disposait. Il n'est pas non plus évident que les conclusions qui pourraient être ainsi caractérisées ont servi de fondement à la décision de l'arbitre, comme cela devrait être le cas pour qu'une demande de contrôle judiciaire, s'attaquant aux conclusions de fait, soit accueillie (alinéa 18.1(4)d), *Loi sur la Cour fédérale*). Outre l'allégation que certaines conclusions de fait n'étaient pas fondées sur la preuve produite à l'audience, la seule allusion à une erreur de droit de l'arbitre, dans l'affidavit de Luc LeBlanc, concerne la conclusion où l'arbitre résume sa décision sous la forme d'une ordonnance rejetant la plainte dans des termes évoquant le congédiement injuste allégué, conclusion qui aurait outrepassé la compétence de l'arbitre. Je me suis déjà prononcé sur cette question de la compétence de l'arbitre, mais j'ajouterai que, dans le contexte de la partie de la décision ainsi résumée, soit la partie intitulée «*Decision*» dans la traduction anglaise, il n'est pas manifeste, à tout le moins au vu du dossier, que l'arbitre a excédé sa compétence.

Bien que cette Cour n'ait pas, lorsqu'elle examine une demande de prorogation de délai, à apprécier de façon définitive le bien-fondé des arguments du requérant, elle doit être persuadée, comme l'enseigne clairement la jurisprudence, que ce dernier a une cause soutenable et qu'il a une chance raisonnable d'avoir gain de cause. Il faut distinguer l'arrêt *Grewal*, précité, sur lequel s'appuie en partie le requérant, des affaires habituelles de ce genre car, dans cette affaire, la chance raisonnable de succès était manifeste compte tenu de la clarification qu'avait apportée subséquemment la Cour suprême quant aux droits protégés par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et du fait que la décision du tribunal avait été rendue conformément à une procédure incompatible avec les droits ainsi clarifiés. Dans cet arrêt, le juge Marceau qui souscrivait à l'opinion majoritaire mais dans des motifs distincts a dit ceci à la page 282:

The imposition of time limits to dispute the validity of a legal decision is of course meant to give effect to a basic idea of our legal thinking that, in the interest of society as a whole, litigation must come to an end (*interest reipublicae ut sit finis litium*), and the general principles adopted by the courts in dealing with applications to extend those limits were developed with that in mind. Only if the ultimate search for justice, in the circumstances of a case, appears to prevail over the necessity of setting the parties' rights to rest will leave to appeal out of time be granted. Hence the requirement to consider various factors, such as the nature of the right involved in the proceedings, the remedy sought, the effect of the judgment rendered, the state of execution of that judgment, the prejudice to the other litigants in the dispute, the time lapsed since the rendering of the judgment, the reaction of the applicant to it, his reason for having failed to exercise his right of appeal sooner, the seriousness of his contentions against the validity of the judgment. It seems to me that, in order to properly evaluate the situation and draw a valid conclusion, a balancing of the various factors involved is essential. For example, a compelling explanation for the delay may lead to a positive response even if the case against the judgment appears weak, and equally a strong case may counterbalance a less satisfactory justification for the delay.

In this case the explanation for delay in seeking an extension of time essentially reveals some inept steps by counsel for the applicant in not making timely application which could have been done even after receipt of the decision in English. I note that the originating notice of motion ultimately filed May 28 alleged as grounds the statutory grounds set out in paragraph 18.1(4) of the *Federal Court Act*, a motion that could have been filed before April 17, or even May 1, with an affidavit in support. One or more supplementary affidavits might have been filed subsequently, as is often the case, to form part of the applicant's record when the matter is heard. In this case, no step was taken by the applicant until April 21 when application was made to the Court of Appeal, for an extension of time, on an *ex parte* basis though counsel ought to have been aware that any application to extend the time would be opposed. Nevertheless, despite missteps by counsel, that would not be enough, in my view, to preclude the exercise of discretion in a case where the applicant establishes a basis for the Court to conclude, in the interests of justice between the parties, that there is a reasonable chance of success in an application for judicial review.

L'imposition de délais applicables à la contestation de la validité des décisions judiciaires a naturellement pour but de mettre en œuvre un principe fondamental de notre pensée juridique selon lequel, dans l'intérêt de la société dans son ensemble, les litiges doivent avoir une fin (*interest reipublicae ut sit finis litium*), et les règles générales adoptées par les tribunaux relativement aux demandes de prorogation de ces délais ont été élaborées en tenant compte de ce principe. L'autorisation d'interjeter appel après expiration du délai imparti ne sera accordée que si, considérant les circonstances d'une affaire, la recherche ultime de la justice semble transcender la nécessité de mettre fin à l'incertitude relative aux droits des parties. D'où l'obligation d'étudier différents facteurs, tels la nature du droit visé par les procédures, le redressement sollicité, l'effet du jugement rendu, ce qui a été fait en exécution de ce jugement, le préjudice que subiront les autres parties au litige, le temps écoulé depuis le prononcé du jugement, la façon dont le requérant a réagi à ce jugement, la raison pour laquelle il n'a pas exercé son droit d'appel plus tôt, le sérieux de ses prétentions contre la validité du jugement. Il me semble que, pour apprécier la situation comme il se doit et tirer une conclusion valide, il est essentiel de balancer les différents facteurs impliqués. Par exemple, une explication parfaitement convaincante justifiant le retard peut entraîner une réponse positive même si les arguments appuyant la contestation du jugement paraissent faibles et, de la même façon, une très bonne cause peut contrebalancer une justification du retard moins convaincante.

Dans la présente affaire, l'explication du retard à demander la prorogation du délai tient essentiellement à l'incurie de l'avocate du requérant qui n'a pas présenté en temps voulu une requête qui aurait pu être même après la réception de la version anglaise de la décision. Soulignons que l'avis de requête introductive d'instance finalement présenté le 28 mai reprend les motifs énoncés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, requête qui aurait pu être présentée, avec affidavit à l'appui, avant le 17 avril ou même le 1^{er} mai. Un ou plusieurs affidavits supplémentaires auraient pu être présentés subséquemment, comme c'est souvent le cas, pour faire partie du dossier du requérant au moment de l'audition. En l'espèce, le requérant n'a fait aucune démarche avant le 21 avril, date à laquelle une requête en prorogation de délai *ex parte* a été présentée à la Cour d'appel, alors que l'avocate aurait dû savoir que toute demande de prorogation serait contestée. Néanmoins, malgré ces faux pas, cela ne suffirait pas, à mon avis, à empêcher la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans la mesure où le requérant établirait les éléments lui permettant de conclure, dans l'intérêt de la justice entre les parties, que la demande de contrôle judiciaire a une chance raisonnable de succès.

In this case, I am not persuaded that the applicant has established a reasonable chance of success if the application for judicial review were now to proceed. I come to this conclusion because the evidence provided with this application for judicial review, by affidavit of one of the applicant's counsel, is not so persuasive. That evidence is said by counsel for the respondent to be all this Court should properly consider, and that is the basis of objection by counsel for the respondent to the Court's invitation to counsel for the applicant to elaborate on the grounds for judicial review.

Further, having reviewed the affidavit of Luc LeBlanc filed with the originating motion subsequently struck, I am not persuaded that the applicant has a reasonable chance of success if an extension of time to commence proceedings for judicial review were now granted. I reach that conclusion bearing in mind judicial deference for the decision of an adjudicator appointed under section 242 of the Code in light of the privative clause in section 243 which makes the decision final and not subject to review, unless the reviewing court is persuaded that the adjudicator has clearly acted without jurisdiction by interpretation of the law or finding of facts in a patently unreasonable manner. (See, *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1992] 2 F.C. 697 (T.D.); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.) In my view, Mr. LeBlanc's affidavit does not set out grounds for such a finding.

While it is urged that an extension of time will serve the interests of justice, that is urged to provide for the applicant's case to be heard. The respondent urges that the case has already been heard in detail through hearings of the Adjudicator. At best, it seems to me the applicant may have an arguable case, which at this stage seems unlikely to be successful. That provides no basis for the Court here to exercise discretion and grant an extension of time. If it were otherwise, the time limited for commencing judicial review under the statute would be meaningless.

En l'espèce, je ne suis pas persuadé que le requérant a établi qu'il a une chance raisonnable d'obtenir gain de cause dans sa demande de contrôle judiciaire. J'en viens à cette conclusion parce que l'élément de preuve que comporte cette demande, soit l'affidavit d'un des avocats du requérant, n'est pas très convaincant. Or, dit l'avocat de l'intimée, cet élément est le seul que cette Cour peut légitimement prendre en considération, et c'est d'ailleurs pour cette raison qu'il s'est opposé à l'invitation que la Cour a faite à l'avocate du requérant d'explicitier les moyens soutenant sa demande de contrôle judiciaire.

De plus, après examen de l'affidavit de Luc LeBlanc présenté à l'appui de la requête introductive subséquentement radiée, je n'ai pas la conviction que le requérant aurait une chance raisonnable d'obtenir gain de cause si la prorogation du délai imparti pour entamer la procédure d'examen était maintenant accordée. J'arrive à cette conclusion en tenant compte de la retenue judiciaire qui s'impose à l'égard de la décision d'un arbitre désigné en vertu de l'article 242 du Code, en raison de la clause privative de l'article 243. Aux termes de cet article, la décision de l'arbitre est finale et non susceptible de contrôle judiciaire, à moins que le tribunal d'examen ne soit convaincu que l'arbitre a clairement agi sans compétence en interprétant la loi ou les faits d'une manière manifestement déraisonnable. (Voir *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1992] 2 C.F. 697 (1^{re} inst.); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.) À mon avis, l'affidavit de M. LeBlanc ne comporte pas les éléments permettant d'étayer une telle conclusion.

Si le requérant invoque l'intérêt de la justice, c'est d'abord parce qu'il veut que sa cause soit instruite qu'il demande une prorogation de délai. L'intimée fait valoir que l'affaire a déjà été entendue en détail au cours des auditions qu'a tenues l'arbitre. Au mieux, il me semble que le requérant pourrait avoir une cause soutenable mais qu'à ce stade, elle ne serait vraisemblablement pas accueillie. Rien ne permet donc à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une prorogation de délai. S'il en était autrement, le délai imparti pour exercer un

In these circumstances, this Court declines to exercise discretion to extend the time for filing an application for judicial review, and thus the application was dismissed by order. At the hearing counsel addressed the matter of costs and the order issued awards costs, as asked, to the respondent.

recours en contrôle judiciaire en vertu de la loi n'aurait aucun sens.

a Dans les circonstances, cette Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire, et la requête est donc rejetée par ordonnance. Les avocats ayant abordé la question des dépens à l'audition, ceux-ci ont été, tel que demandé, adjugés par ordonnance à l'intimée.

b

	IMM-2574-93		IMM-2574-93
Van Hoa Nguyen (Applicant)		Van Hoa Nguyen (requérant)	
v.		a	c.
The Minister of Employment and Immigration (Respondent)		Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)	
		b	
<i>INDEXED AS: NGUYEN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: NGUYEN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1re INST.)</i>	
		c	
Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 10, 1993.		Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 10 septembre 1993.	
<i>Citizenship and Immigration — Immigration practice — Application for directions — Application for leave to commence s. 82.1 proceeding to challenge CRDD decision on applicant's refugee status — Reasons quoting testimony in detail although no transcript prepared by official court reporter until ordered by applicant after application commenced — Application record including memorandum of fact and law stating quotations of Board's own notes inaccurate reflection of what happened — Response asserting no evidence inaccurately quoted — Reply memorandum including, under cover of affidavit, transcript of Board proceedings — While Federal Court Immigration Rules not specifically providing for filing of affidavit evidence in reply, applicant not precluded from seeking leave to file such material — Relying on Federal Court Rules 5, 6, Court having authority to grant leave to file copy of official transcript under cover of affidavit — Given nature of arguments, Court could also order transcript to be filed pursuant to Federal Court Immigration Rule 14(2) — Filing of transcript directed.</i>		d	<i>Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande de directives — Demande d'autorisation en vue d'intenter une procédure fondée sur l'art. 82.1 visant à contester une décision de la Section du statut de réfugié sur le statut de réfugié du requérant — Les témoignages sont cités en détail dans les motifs bien que des notes sténographiques n'ont pas été préparées par un sténographe judiciaire officiel avant que le requérant ne le demande après le début de la demande — Le dossier de la demande comprenant le mémoire des faits et du droit contient des citations des propres notes de la Commission qui ne reflètent pas ce qui s'est produit à l'audience — En réponse, il est soutenu que les témoignages n'ont pas été cités de façon imprécise — Au mémoire déposé en réplique est joint à titre d'affidavit, une transcription des procédures de la Commission — Bien que les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration ne prévoient pas précisément le dépôt de preuve par affidavit en réponse, le requérant n'est pas empêché de demander l'autorisation de déposer un tel document — Sur le fondement des Règles 5 et 6 des Règles de la Cour fédérale, la Cour est habilitée à accorder l'autorisation de déposer une copie des notes sténographiques officielles dans le cadre d'un affidavit — Compte tenu de la nature des arguments, la Cour peut également ordonner le dépôt des notes sténographiques aux termes de la Règle 14(2) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration — Le dépôt des notes sténographiques est ordonné.</i>
		e	
		f	
		g	
		h	
STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED		LOIS ET RÈGLEMENTS	
<i>Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26.</i>		i	<i>Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).</i>
<i>Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, RR. 4(1), 13, 14(2).</i>			<i>Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 6 (édités par DORS/90-846, art. 2).</i>
<i>Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2).</i>			<i>Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26.</i>
<i>Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).</i>		j	<i>Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règles 4(1), 13, 14(2).</i>

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Fawaz v. Canada (Minister of Employment and Immigration), 92-T-36, Pinard J., order dated 30/4/92, F.C.T.D., not reported).

APPLICATION for directions as to whether the official transcript of the CRDD hearing to determine applicant's refugee status could be filed in reply to the allegation that there was no evidence that quotations of testimony in the decision were inaccurate. Directions given that transcript be filed.

COUNSEL:

Dr. Gary Botting for applicant.
Wayne D. Garnons-Williams for respondent.

SOLICITORS:

Gary Botting & Associates, Victoria, B.C. for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for directions rendered in English by

REED J.: This is an interlocutory matter with respect to which I consider it important to file reasons. The applicant filed an application for leave to commence a section 82.1 [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73)] proceeding to challenge a decision of the CRDD. That application was filed on May 25, 1993. In the course of preparing to perfect that application, counsel for the applicant obtained a copy of a letter which had been sent by the official reporter of the Board proceedings to one of the Board members:

Dear Sirs;

I have today perused a copy of your reasons for determination of refugee status of Van Hoa Nguyen from the hearing of March 19, 1993. You will remember that I was an official court reporter retained by the board to report the proceedings.

Frankly I'm surprised that you have quoted in such detail from the hearing when in fact a transcript was never prepared by me in this matter. I do not challenge your right to prepare

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Fawaz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), 92-T-36, juge Pinard, ordonnance en date du 30-4-92, C.F. 1^{re} inst., non publiée).

DEMANDE de directives sur la question de savoir si les notes sténographiques officielles de l'audience de la CSSR visant à déterminer le statut de réfugié du requérant pouvaient être déposées en réponse à l'allégation selon laquelle il n'a pas été démontré que les citations de témoignages dans la décision étaient imprécises. Le dépôt des notes sténographiques a été ordonné.

AVOCATS:

Gary Botting pour le requérant.
Wayne D. Garnons-Williams pour l'intimé.

PROCUREURS:

Gary Botting & Associates, Victoria (C.-B.), pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs de directives rendus par

LE JUGE REED: Il s'agit d'une demande interlocutoire à l'égard de laquelle il est, à mon avis, important de rendre des motifs. Le requérant a déposé une demande d'autorisation en vue d'intenter une procédure fondée sur l'article 82.1 [*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73)] visant à contester une décision de la Section du statut de réfugié. Cette demande a été déposée le 25 mai 1993. Au cours de la préparation de la demande, l'avocat du requérant a obtenu copie d'une lettre qui avait été envoyée par le sténographe officiel lors des procédures de la Commission à l'un des membres de la Commission:

[TRADUCTION] Messieurs,

Aujourd'hui, j'ai lu attentivement une copie de vos motifs de détermination du statut de réfugié de Van Hoa Nguyen de l'audience du 19 mars 1993. Vous vous souviendrez que j'étais un sténographe judiciaire officiel engagé par la Commission pour enregistrer les procédures.

Franchement, je suis surpris que vous ayez cité l'audience avec beaucoup de détails alors que je n'ai jamais préparé de transcription de cette affaire. Je ne conteste pas votre droit de

your own transcript, but if this is the case, it does raise a question about the purpose for which the board retained me.

Finally, since I don't recall any transcribing equipment or audio recording devices used by counsel or members, I'm left to wonder about the accuracy of such "verbatim" quotations which might be perceived by board officials or any other party to be my work.

I ask you respond to me on this matter.

On June 24, 1993 the applicant was granted an extension of time, to July 15, 1993, within which to file his application record. The letter from the official reporter was included under cover of an affidavit in the material filed in the applicant's record. Paragraph 12 of the applicant's memorandum of fact and law which was filed as part of that record states:

The Board relied on its own notes rather than on an official reporting of the proceedings. The copious quotations of notes are not an accurate reflection of what happened in the hearing.

The respondent's response to this allegation is set out at paragraph 5 of its memorandum, filed August 13, 1993; it asserts:

... there is no evidence that the portions of testimony quoted by the board in its Reasons are in any way inaccurate and do not reflect what happened at the hearing.

The applicant accordingly filed a reply memorandum to which was attached, under cover of an affidavit, a transcript of the Board proceedings.

The respondent, by letter dated August 24, 1993, then wrote to the Registrar of the Federal Court. That letter reads in part:

I am writing to seek the Court's direction and to respectfully request that the Court be advised that the Respondent objects to the materials filed by the Applicant's counsel in reply to the Respondent's Memorandum of Argument.

The Respondent submits that the affidavit of Gary Botting sworn August 17, 1993 and the Applicant's Reply Memorandum of Argument, which relies extensively on that affidavit, are improper.

First, the Respondent submits that these materials have been filed in breach of the Federal Court Immigration Rules. Rule 9 of those Rules permits affidavits to be filed in support of an application for leave and sets out the time limits which apply. Rule 18 of those Rules makes provision for the filing of further written representations in reply to the documents filed by the

préparer votre propre transcription, mais si c'est le cas, je me demande pour quelle raison la Commission a retenu mes services.

Enfin, puisque je ne me souviens pas que les avocats ou les membres aient utilisé d'appareils de transcription ou de magnétophones, je ne suis pas convaincu de la précision de telles citations des notes sténographiques que les fonctionnaires de la Commission ou toute autre partie pourraient considérer comme mon travail.

Veuillez me répondre à ce sujet.

Le 24 juin 1993, le requérant a obtenu une prorogation de délai, jusqu'au 15 juillet 1993 pour présenter sa demande. La lettre du sténographe officiel a été incorporée sous un affidavit dans les documents déposés dans le dossier du requérant. Le paragraphe 12 du mémoire des faits et du droit du requérant qui a été déposé dans le cadre de ce dossier, prévoit:

[TRADUCTION] La Commission s'est fondée sur ses propres notes plutôt que sur la transcription officielle des procédures. Les généreuses citations des notes ne reproduisent pas le déroulement de l'instance.

La réponse de l'intimé à cette allégation se trouve au paragraphe 5 de son mémoire qui a été déposé le 13 août 1993; en voici le texte:

[TRADUCTION] ... il n'y a aucun élément de preuve que les parties de témoignages citées par la Commission dans ses motifs sont d'aucune façon imprécises et ne reflètent pas ce qui s'est produit à l'audience.

Le requérant a, en conséquence, déposé en réplique un mémoire auquel était joint à titre d'affidavit, une transcription des procédures de la Commission.

L'intimé, par une lettre datée du 24 août 1993, a alors écrit au registraire de la Cour fédérale. Voici en partie le texte de cette lettre:

[TRADUCTION] J'écris pour demander les directives de la Cour et pour demander, avec égards, que la Cour soit avisée que l'intimé s'oppose aux documents déposés par l'avocat du requérant en réplique au mémoire de l'intimé.

L'intimé soutient que l'affidavit de Gary Botting fait sous serment le 17 août 1993 et le mémoire du requérant présenté en réponse qui se fonde d'une manière extensive sur l'affidavit sont inappropriés.

Premièrement, l'intimé soutient que ces documents ont été déposés en violation des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration. La Règle 9 de ces Règles permet que les affidavits soient déposés à l'appui d'une demande d'autorisation et fixe les délais qui s'appliquent. La Règle 18 de ces Règles prévoit le dépôt d'observations écrites supplémentaires en réponse

respondent. No provision is made for the filing of new evidence in reply:

Satnam Singh Bainwait v. Minister of Employment & Immigration (90-T-611, May 7, 1990, Order of the Honourable Mr. Justice Muldoon)

Second, the Respondent submits that these materials are highly prejudicial to the Respondent. The Applicant has deprived the Respondent of an opportunity to fully respond to the Applicant's case. The Applicant has introduced a new line of argument and new evidence without affording the Respondent an opportunity to respond thereto. The Federal Court Immigration Rules do not permit the respondent to file material and submissions in rebuttal.

In *Fawaz v. Minister of Employment & Immigration* April 30, 1992 92-T-36 (F.C.T.D.) Mr. Justice Pinard held that the affidavit of an applicant filed along with the applicant's reply to the submissions of the respondent were filed in violation of 9(3) of the Federal Court Immigration Rules, and that the applicant's written reply, could not be considered to the extent that it relied on the improperly filed affidavit.

Counsel for the applicant replied:

In response to Mr. Brindle's letter to the Registrar of 24 August 1993, it is respectfully submitted that the official court reporter's transcript of proceedings which was filed as part of the disputed affidavit can hardly be regarded as "highly prejudicial to the Respondent", unless the Respondent is seeking remedy by obfuscation. The transcripts simply were not available prior to the deadline for filing leave.

It was our understanding that the Respondent would supply us with a copy of official transcripts of the hearing, and we were astonished that the transcripts had not even been ordered. We therefore eventually ordered them ourselves, but unfortunately did not receive them before the filing deadline had passed. It begs the question as to why the Respondent did not order them, after arranging for an official court reporter to be present.

The principles of procedural fairness and natural justice require that the best possible information be before the Court. For the Court to refuse to give countenance to an official transcript of a proceeding, on the grounds that the obviously accurate information it contains might be prejudicial to the Respondent (in this case a government department with all its vast resources) would prima facie bring the administration of justice into disrepute and quite possibly would result in elevating this matter to a Charter case.

We do not object to the Respondent being given leave to respond to the Reply Memorandum of Argument, and in particular the Transcript, if the Court finds that this might be an appropriate remedy.

aux documents déposés par l'intimé. Le dépôt de nouveaux éléments de preuve dans une réponse n'est pas prévu:

Satnam Singh Bainwait c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (90-T-611, 7 mai 1990, ordonnance du juge Muldoon)

a Deuxièmement, l'intimé soutient que ces documents causent un préjudice important à l'intimé. Le requérant a privé l'intimé d'une occasion de répondre complètement aux arguments du requérant. Le requérant a présenté de nouveaux arguments et de nouveaux éléments de preuve sans donner à l'intimé l'occasion d'y répondre. Les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration ne permettent pas à l'intimé de présenter des documents et des arguments en réfutation.

c Dans l'affaire *Fawaz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* 30 avril 1992, 92-T-36 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Pinard a conclu que l'affidavit d'un requérant déposé avec la réponse du requérant aux arguments de l'intimé avait été déposé en violation du paragraphe 9(3) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et que la réponse écrite du requérant ne pouvait être examinée dans la mesure où elle se fondait sur l'affidavit qui n'avait pas été déposé à bon droit.

L'avocat du requérant a répondu:

e [TRADUCTION] En réponse à la lettre de M. Brindle du 24 août 1993 au registraire, on soutient avec égards que les notes sténographiques des procédures du sténographe judiciaire officiel qui ont été déposées dans le cadre de l'affidavit contesté peuvent difficilement être considérées comme causant un «préjudice important pour l'intimé» à moins que l'intimé ne cherche à obtenir un redressement par voie de déconcertation. Les notes sténographiques ne pouvaient simplement pas être obtenues avant la fin du délai pour déposer la demande d'autorisation.

g Nous étions d'avis que l'intimé nous fournirait une copie des notes sténographiques officielles de l'audience, et nous avons été surpris d'apprendre que les notes n'avaient même pas été demandées. Par conséquent, nous l'avons finalement fait nous-même, mais malheureusement, nous ne les avons pas reçues avant la fin du délai pour le dépôt. Il faut donc se demander pourquoi l'intimé ne les a pas demandées après avoir prévu la présence d'un sténographe judiciaire officiel.

h Les principes d'équité procédurale et de justice naturelle exigent que les meilleurs renseignements possibles soient fournis à la Cour. Le fait pour la Cour de refuser d'accorder foi à la transcription officielle d'une procédure, pour les motifs que les renseignements de toute évidence précis qu'elle contient pourraient causer un préjudice à l'intimé (en l'espèce, un ministère du gouvernement avec ses nombreuses ressources) serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et pourrait même faire en sorte qu'il s'agisse d'une atteinte à la Charte.

i Nous ne nous opposons pas à ce que l'intimé soit autorisé à répondre au mémoire présenté en réplique, et en particulier aux notes sténographiques, si la Cour est d'avis qu'il s'agit d'un redressement approprié.

The respondent has now responded:

It is to be noted that this Honourable Court has in the past not permitted the filing of supplementary affidavits in reply. The case of Omar Sheikh Hussain v. M.E.I., Federal Court file number 92-T-2090, provided a direction on April 14, 1993, wherein Madam Justice McGillis directed as follows:

“The rules do not permit the filing of a supplementary affidavit in reply. The document shall not form part of the record of this application.”

In accordance with this direction and in keeping with the central issue, it is apparent that not only the transcript of proceedings as found in Exhibit “A” but the entire affidavit of Gary Botting sworn the 17th day of August, 1993, should not form part of the record of this application as it is attached to the Applicant’s Reply Memorandum of Argument.

I note that the affidavit of Gary Botting which was filed with the reply memorandum is very, very brief and says no more than that he has attached a copy of the official transcript of the Board hearing.

In so far as the *Fawaz* [*Fawaz v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-T-36, Pinard J., order dated 30/4/92, F.C.T.D., not reported] decision is concerned it relates to an earlier version [SOR/89-26] of the *Federal Court Immigration Rules, 1993* [SOR/93-22], a version that is no longer in force. While I agree with my colleagues that the Rules do not specifically provide for the filing of affidavit evidence in reply, I do not think an applicant is precluded from seeking leave to file such material. While Federal Court Immigration Rule 13 states that an applicant may file a memorandum of argument in reply, it does not specifically state that no other material may be filed. Federal Court Immigration Rule 4(1) provides that Part I, and other parts of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] apply to immigration applications except to the extent that such are inconsistent with the *Federal Court Immigration Rules, 1993*. Federal Court Rule 5 provides that where any matter arises that is not otherwise provided for, the practice or procedure shall be determined by the Court either by analogy to other provisions of the Rules or to the practice and procedure followed in the relevant province. Rule 6 [as enacted by SOR/90-846, s. 2] provides that the Court may, in special circumstances and subject to such conditions as it considers appropriate, by order, dispense with compliance with any Rule where it is necessary in the

L’intimé a maintenant répondu:

[TRADUCTION] Il convient de souligner que cette Cour n’a pas par le passé permis le dépôt d’affidavits supplémentaires en réplique. L’affaire Omar Sheikh Hussain c. M.E.I., n° du greffe de la Cour fédérale 92-T-2090, a donné des directives le 14 avril 1993, par lesquelles madame le juge McGillis a ordonné ce qui suit:

«Les règles ne permettent pas le dépôt d’un affidavit supplémentaire en réponse. Le document ne doit pas faire partie du dossier de cette demande.»

Conformément à cette directive et selon la question principale, il est clair que non seulement les notes sténographiques des procédures qui se trouvent à la pièce «A» mais l’affidavit au complet de Gary Botting fait sous serment le 17 août 1993, ne devrait pas faire partie du dossier de cette demande comme il est joint au mémoire présenté par le requérant en réplique.

Je remarque que l’affidavit de Gary Botting qui a été déposé avec le mémoire de réponse est très très court et ne dit rien de plus qu’une copie des notes sténographiques officielles de l’audience de la Commission est jointe.

Dans la mesure où l’arrêt *Fawaz* [*Fawaz c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, 92-T-36, juge Pinard, ordonnance en date du 30-4-92, C.F. 1^{re} inst., non publiée] est visé, il porte sur une version précédente [DORS/89-26] des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d’immigration* [DORS/93-22], une version qui n’est désormais plus en vigueur. Bien que je convienne avec mes collègues que les Règles ne prévoient pas précisément le dépôt d’une preuve par affidavit en réponse, je ne crois pas qu’un requérant ne puisse pas demander l’autorisation de déposer un tel document. Bien que la Règle 13 des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d’immigration* indique qu’un requérant peut déposer un mémoire en réplique, il ne prévoit pas précisément que d’autres documents ne peuvent pas être déposés. La Règle 4(1) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d’immigration* prévoit que la Partie I et d’autres parties des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] s’appliquent aux demandes en matière d’immigration sauf dans la mesure où elles ne sont pas conformes aux *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d’immigration*. La Règle 5 des *Règles de la Cour fédérale* prévoit que lorsque se pose une question non autrement visée, la Cour déterminera la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie à d’autres dispositions des règles ou à la pratique et à la procé-

interests of justice. Relying on those rules, I think that I have authority in this case to grant leave to the applicant to file a copy of the official transcript under cover of Mr. Botting's affidavit.

I note, in addition, that the transcript of the hearing is exactly the kind of material, given the nature of the arguments being made by the applicant and the respondent, that the Court could in any event order to be filed pursuant to Federal Court Immigration Rule 14(2). If I am in error with respect to the application of Federal Court Rules 5 and 6, then I hereby exercise my authority pursuant to Federal Court Immigration Rule 14(2) and direct the filing of the transcript.

The respondent shall have two weeks from the date of these directions to file any further representations which he wishes to make.

dure adoptées dans la province visée. La Règle 6 [ajoutée par DORS/90-846, art. 2] prévoit que la Cour peut, par ordonnance, si des circonstances spéciales le justifient et sous réserve de toute condition qu'elle estime appropriée, dispenser de l'observation d'une règle lorsque cela s'avère nécessaire dans l'intérêt de la justice. Sur le fondement de ces règles, je suis d'avis que je suis habilité en l'espèce à accorder au requérant l'autorisation de déposer une copie des notes sténographiques officielles dans le cadre de l'affidavit de M. Botting.

De plus, je remarque que la transcription de l'audience est exactement le genre de document, compte tenu de la nature des arguments qui ont été présentés par le requérant et par l'intimé, dont la Cour peut de toute façon ordonner le dépôt aux termes de la Règle 14(2) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration*. Si je fais erreur quant à l'application des Règles 5 et 6 de la Cour fédérale, j'exerce alors ma compétence aux termes de la Règle 14(2) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration* et j'ordonne le dépôt de la transcription.

L'intimé aura deux semaines à compter de la date des présentes directives pour déposer les autres arguments qu'il désire présenter.

T-2927-91

Vancouver Island Peace Society, Anne A. Pask and Gregory P. Hartnell (Applicants)

v.

Her Majesty the Queen in the Right of Canada, Prime Minister of Canada, Minister of National Defence, Secretary of State for External Affairs, Minister of Transport and Minister of Environment (Respondents)

INDEXED AS: VANCOUVER ISLAND PEACE SOCIETY v. CANADA (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Vancouver, June 9, 10, 11, 12; Ottawa, June 18, 1993.

Environment — Application for judicial review of two Orders in Council approving visits of nuclear-powered and nuclear-armed vessels to Canadian ports — Applicants alleging failure to meet requirements of EARPGO as no initial assessment of potentially adverse environmental effects of proposed visits, nor reference of proposal to Minister of Environment for public review — Impugned Orders not subject to EARPGO.

Crown — Prerogatives — Prerogative of Crown to provide for visit of foreign naval vessels to Canadian ports not affected by statutes identified by applicants — Orders in Council adopted within authority and discretion of Governor in Council under recognized prerogative power — Not subject to EARPGO — Claim of bad faith against Governor in Council unfounded.

Judicial review — Prerogative writs — Application for mandamus to require respondents to conduct initial assessment under EARPGO, s. 10(1), for certiorari to quash decisions of Governor in Council — Decisions made in exercise of prerogative powers of Crown in regard to international relations, national defence — Certiorari, mandamus unavailable where decision legislative, not administrative or judicial.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Exclusive jurisdiction in Trial Division under Federal Court Act, s. 18(1) to hear and determine proceeding against Crown, including originating motion for judicial review — Issues justiciable, to be considered on merits.

Evidence — Admissibility of affidavits — No weight given opinion evidence of affiants not experts under R. 482 — Evi-

T-2927-91

Vancouver Island Peace Society, Anne A. Pask et Gregory P. Hartnell (requérants)

a c.

Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, le premier ministre du Canada, le ministre de la Défense nationale, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, le ministre des Transports et le ministre de l'Environnement (intimés)

RÉPERTORIÉ: VANCOUVER ISLAND PEACE SOCIETY c. CANADA (1^{re} INST.)

c

Section de première instance, juge MacKay—Vancouver, 9, 10, 11, 12 juin; Ottawa, 18 juin 1993.

d

Environnement — Demande de contrôle judiciaire de deux décrets approuvant les visites effectuées dans les ports canadiens par des navires à propulsion nucléaire et à charge nucléaire — Les requérants allèguent qu'il n'a pas été satisfait aux exigences du Décret sur les lignes directrices en ce sens qu'on n'a effectué aucune évaluation initiale des effets néfastes que peuvent avoir sur l'environnement les visites projetées, et qu'aucune proposition n'a été soumise au ministre de l'Environnement en vue de la tenue d'un examen public — Les décrets contestés ne sont pas assujettis au Décret sur les lignes directrices.

e

f

Couronne — Prerogatives — La prérogative royale approuvant la visite aux ports canadiens de navires de guerre étrangers n'est pas restreinte par les lois citées par les requérants — Les décrets ont été pris dans le cadre de la compétence et du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en vertu d'une prérogative reconnue — Ils ne sont pas assujettis au Décret sur les lignes directrices — L'allégation de mauvaise foi contre le gouverneur en conseil n'a pas été établie.

g

h

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Demande de mandamus visant à contraindre les intimés à tenir une évaluation initiale comme l'exige l'art. 10(1) du Décret sur les lignes directrices, demande de certiorari visant à annuler les décisions du gouverneur en conseil — Décisions prises dans l'exercice de la prérogative royale en matière de relations internationales et de défense nationale — Un certiorari et un mandamus ne peuvent être accordés lorsque la décision est de nature législative, et non administrative ou judiciaire.

i

j

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Compétence exclusive de la Section de première instance en vertu de l'art. 18(1) de la Loi sur la Cour fédérale pour connaître de toute procédure engagée contre la Couronne, dont la requête introductive d'instance de contrôle judiciaire — Les questions sont du ressort des tribunaux et doivent être examinées au fond.

j

Preuve — Admissibilité des affidavits — Il n'est pas tenu compte des témoignages d'opinion des déposants qui ne sont

dence of experts inadmissible as concerning legal issues not ones of scientific or technical nature — Hearsay evidence now admissible where reliable, necessary — Portions of affidavits and exhibits relevant to issues before Court admissible as hearsay.

Practice — Parties — Joinder — Inclusion of Prime Minister as respondent inappropriate as no relief sought against him — Other Ministers joined as respondents proper parties — No statute or rule requiring Attorney General be joined as respondent in originating motion instead of Her Majesty the Queen — Failure to name A.G. in lieu of Her Majesty not bar to present application.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Discretion to strike originating motion for judicial review exercised only where no basis for proceeding by originating motion.

This was an application for *certiorari* to quash two decisions (Orders in Council) made by the Governor in Council approving visits of nuclear carrying vessels (NCVs) and nuclear-propelled vessels (NPVs) to Canadian ports subject to certain conditions, and for *mandamus* to require the respondents to conduct an environmental screening or initial assessment under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO). Those decisions were made after a report on the environmental effects of the visits was completed by the Department of National Defence; on the basis of an environmental assessment, the report concluded that there was sufficient confidence in the safety and high potential for insignificant adverse environmental impact associated with the visits of NCVs and NPVs to permit the visits to continue. The applicants argued that the two Orders in Council were made by improper resort to the prerogative power since Parliament has by statute withdrawn from the prerogative the capacity to adopt these Orders. Moreover, it was urged that the Orders failed to comply with the requirements of EARPGO and that they were made in bad faith, based upon an inadequate environmental review. This application raised a number of procedural and substantive issues, namely: 1) a preliminary motion to strike the application; 2) the Court's jurisdiction in relation to the respondents, the Orders in Council and the relief sought; 3) the admissibility of the evidence filed by the applicants; 4) the Court's jurisdiction in relation to the Orders in Council as determinations made in exercise of the royal prerogative; 5) the application of EARPGO and 6) the applicants' claim of bad faith on the part of the Governor in Council.

Held, the application should be dismissed.

1) Where there is a preliminary motion to strike an originating motion, the Court must dispose of the preliminary motion before dealing with the merits of the originating motion.

pas des experts aux termes de la Règle 482 — Les questions étant de nature juridique, et non scientifique ou technique, la preuve d'expert n'est pas admissible — La preuve par ouï-dire est désormais admissible lorsqu'elle est fiable et nécessaire — Les passages des affidavits et des pièces pertinents quant aux questions dont la Cour est saisie sont admissibles à titre de ouï-dire.

Pratique — Parties — Jonction — Il est contre-indiqué de constituer le premier ministre intimé lorsqu'aucune réparation n'est demandée contre lui — C'est à bon droit que les autres ministres ont été constitués intimés — Il n'existe aucune loi ou règle qui oblige de mettre en cause le procureur général comme intimé dans une requête introductive d'instance, plutôt que Sa Majesté la Reine — Le défaut de nommer le procureur général à la place de Sa Majesté n'entraîne pas l'irrecevabilité de la présente demande.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Le pouvoir discrétionnaire de radier une requête introductive d'instance de contrôle judiciaire ne doit être exercé que si la requête introductive d'instance est irrecevable.

Il s'agit d'une demande de *certiorari* visant à faire annuler deux décisions (décrets) prises par le gouverneur en conseil approuvant les visites aux ports canadiens de navires à propulsion nucléaire (NPN) et de navires à charge nucléaire (NCN) sous réserve de certaines conditions, et de *mandamus* visant à contraindre les intimés à tenir un examen préalable ou une évaluation initiale comme l'exige le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (Décret sur les lignes directrices). Ces décisions ont été prises après qu'un rapport sur l'évaluation environnementale des visites eut été rédigé par le ministère de la Défense nationale; vu l'évaluation environnementale, le rapport a conclu qu'il y avait suffisamment de confiance en la sécurité des visites de NCN et de NPN et en la forte possibilité que leurs répercussions néfastes sur l'environnement soient minimales pour qu'elles continuent. Les requérants ont plaidé que les deux décrets avaient été pris dans l'exercice abusif de la prérogative royale puisque le Parlement a, par des lois, retiré de la prérogative l'autorité d'adopter ces décrets. Ils ont également soutenu que les décrets ne respectaient pas les exigences du Décret sur les lignes directrices, et qu'ils ont été pris de mauvaise foi, puisqu'ils étaient fondés sur un examen inadéquat en matière d'environnement. La présente demande soulève bon nombre de questions de procédure et de fond: 1) une requête préliminaire en vue de radier la demande; 2) la compétence de la Cour en ce qui a trait aux parties intimées, aux décrets et à la réparation demandée; 3) l'admissibilité de la preuve déposée par les requérants; 4) la compétence de la Cour en ce qui a trait aux décrets en tant que décisions prises dans l'exercice de la prérogative royale; 5) l'application du Décret sur les lignes directrices; 6) l'allégation des requérants comme quoi le gouverneur en conseil aurait agi de mauvaise foi.

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) Lorsqu'elle est saisie d'une requête préliminaire en radiation d'une requête introductive d'instance, la Cour doit trancher la requête préliminaire avant de statuer sur le fond de la

Within the inherent jurisdiction of the Court, in controlling its own process, there is discretion to strike an originating motion seeking judicial review, but that discretion would be exercised only where it is clear that there is no basis for proceeding by originating motion. In the circumstances of this application, and in light of the timing of the respondents' preliminary motion, the Court should not exercise its discretion to strike the originating motion.

2) Inclusion of the Prime Minister as a respondent, where no relief is sought in relation to decisions made in law by his office, was clearly inappropriate. The other Ministers joined as respondents are proper parties where an order is sought against each of them to require compliance, by *mandamus*, with EARPGO. There is no statute or rule which requires that the Attorney General of Canada be joined as respondent in an originating motion, rather than Her Majesty the Queen, if a decision of the Crown by the Governor in Council is to be questioned. Where proceedings are brought against federal agencies, subsection 18(1) of the *Federal Court Act* vests exclusive jurisdiction in the Trial Division to hear and determine any proceeding against the Crown, which should include originating motions for judicial review in view of the recent amendments to the Act. Where the respondents named in an originating motion include Her Majesty the Queen, failure to name the Attorney General in lieu of Her Majesty should not be a bar to considering the application which relates to orders in council. *Certiorari*, or other relief available by judicial review, does not lay where the decision questioned is legislative in nature, rather than administrative or judicial. A legislative decision that is beyond consideration by the Court must usually be discretionary, general in its application and based on the exercise of judgment after assessing issues of policy which lie outside the ambit of typical concerns or methods of the courts. Policy concerns, in light of Canada's international relations, national security and defense interests were the prime factors upon which the Orders in Council were based herein. These Orders were clearly decisions legislative in nature, made in the exercise of discretion and beyond the scope of judicial review so far as they lay within the jurisdiction of the Governor in Council under the prerogative power. The applicants' motion was not one that simply questioned the merits of the decisions made. The issues raised warranted consideration on their merits and should not be classed as non-justiciable. The assessment of the environmental effects of any proposal is a matter entirely within the authority of the "initiating department", as is the determination of whether public concern about a proposal is such that a public review is desirable. The Department of National Defence determined herein that a public review was not desirable since none was recommended or initiated. No legal duty existed, under EARPGO or otherwise, at this stage, to conduct a public review and therefore, there was no basis for exercise of the Court's discretion to intervene by an order in the nature of *mandamus*.

requête introductive d'instance. La compétence inhérente de la Cour de contrôler sa propre procédure comprend le pouvoir discrétionnaire de radier une requête introductive d'instance de contrôle judiciaire. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire ne doit être exercé que si la requête introductive d'instance est manifestement irrecevable. Compte tenu des circonstances en l'espèce, et vu le moment où la requête préliminaire des intimés a été présentée, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour radier la requête introductive d'instance.

2) Il était manifestement contre-indiqué de constituer le premier ministre intimé lorsqu'aucune réparation n'est demandée relativement aux décisions prises, au plan juridique, par son bureau. C'est à bon droit que les autres ministres ont été constitués intimés, vu que les requérants demandent qu'une ordonnance soit rendue contre chacun d'eux pour les obliger à respecter, par *mandamus*, le Décret sur les lignes directrices. Il n'existe aucune loi ou règle qui oblige de mettre en cause le procureur général du Canada comme intimé dans une requête introductive d'instance, plutôt que Sa Majesté la Reine, s'il s'agit de contester une décision de l'État prise par le gouverneur en conseil. Dans le cas des procédures engagées contre les offices fédéraux, le paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* confère une compétence exclusive à la Section de première instance pour connaître de toute procédure engagée contre la Couronne, ce qui, compte tenu des récentes modifications apportées à la Loi, devrait inclure les requêtes introductives d'instance de contrôle judiciaire. Si Sa Majesté la Reine fait partie des intimés nommés dans une requête introductive d'instance, le défaut de nommer le procureur général à la place de Sa Majesté ne devrait pas entraîner l'irrecevabilité de la demande qui se rapporte aux décrets. Un tribunal ne peut accorder de bref de *certiorari* ou d'autre réparation par voie de contrôle judiciaire lorsque la décision contestée est de nature législative, plutôt qu'administrative ou judiciaire. Ce qui constitue une décision législative dont la Cour ne peut connaître doit être discrétionnaire, d'application générale et fondé sur l'exercice du jugement, après avoir évalué les facteurs relatifs à des questions de principe qui ne relèvent pas des préoccupations ou des méthodes classiques des tribunaux. Les décrets étaient surtout fondés sur des préoccupations d'ordre politique, compte tenu des intérêts du Canada en relations internationales, dans la sécurité nationale et dans la défense. Manifestement, ces décrets sont des décisions de nature législative, prises dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et qui échappent au contrôle judiciaire dans la mesure où elles relèvent de la compétence du gouverneur en conseil en vertu de la prérogative. La requête n'avait pas simplement pour objet essentiel de contester le bien-fondé des décisions prises. Les arguments avancés méritent d'être examinés au fond et il est faux de dire qu'ils ne sont pas du ressort des tribunaux. L'évaluation des effets qu'une proposition pourrait avoir sur l'environnement est une question qui relève entièrement du pouvoir du «ministère responsable», tout comme la question de savoir si les préoccupations du public au sujet d'une proposition rendent souhaitable un examen public. La Défense nationale a déterminé qu'un examen public n'était pas souhaitable vu qu'aucun examen n'a été recommandé ou entrepris. À cette

3) Those portions of affidavits described by the respondents as raising non-justiciable issues were relevant but only to the issue of bad faith of the Governor in Council raised by the applicants. None of the affiants called by the applicants qualified as an expert witness and the Court was not bound to give weight to their opinions as it would to opinions of experts qualified under Rule 482. Moreover, expert evidence was irrelevant to the primary issues before the Court for those were legal issues concerning the authority of the Governor in Council and the process followed in reaching the decisions here questioned and not matters of a scientific or technical nature. In so far as the affidavits filed were opinions of the many affiants, they did not comply with Rule 332(1) and were therefore inadmissible. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence and its necessity. Those portions of the affidavits and exhibits characterized as hearsay by the respondents and relevant to the issues before the Court were therefore admissible.

4) The royal prerogative is comprised of the residue of miscellaneous powers, rights, privileges, immunities and duties accepted under our law as vested in Her Majesty and exercised by the Governor in Council acting on advice of Ministers. The prerogative power is subject to the doctrine of parliamentary supremacy and Parliament, by statute, may withdraw or regulate the exercise of that power. None of the statutes and regulations referred to by the applicants, namely the *Atomic Energy Control Act* and regulations, the *Canada Shipping Act*, the *Dangerous Goods Shipping Regulations* and the *Canadian Environmental Protection Act*, affects the Crown's prerogative to provide for visits of naval vessels, whether nuclear powered or nuclear capable, of friendly foreign countries. None of them affects that power of the Crown by necessary implication. In enacting these statutes and regulations, Parliament had no intention to withdraw or to fetter the prerogative of the Crown to provide for the visit of NPVs and NCVs to Canadian ports, in pursuance of Canada's international relations and defence policy. The Orders in Council were adopted within the authority and discretion of the Governor in Council under recognized prerogative power.

5) One aspect of the issue concerning the application of EARPGO was whether that Order and the statute under which it was adopted, the *Department of the Environment Act*, could be said to affect the prerogative power of the Governor in Council to adopt the impugned Orders in Council. The purposes and context of both enactments do by their terms implicitly bind the Crown but there is no intent that the Act extend to

étape, il n'existe aucune obligation juridique de réaliser un examen public en vertu du Décret sur les lignes directrices ou d'une autre règle de droit. Par conséquent, rien n'autorise la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir au moyen d'une ordonnance de la nature d'un *mandamus*.

3) Les passages des affidavits qui, comme l'allèguent les intimés, soulèvent des questions qui ne sont pas du ressort des tribunaux, sont pertinents, mais seulement en ce qui a trait à l'allégation des requérants comme quoi le gouverneur en conseil aurait agi de mauvaise foi. Les déposants appelés par les requérants ne répondent pas aux conditions qui en feraient des témoins-experts, et la Cour n'a pas à tenir compte de leur avis, comme elle tiendrait compte des avis d'experts qui répondent aux conditions prévues à la Règle 482. En outre, la preuve d'expert n'avait pas rapport aux questions principales dont la Cour était saisie, puisqu'il s'agissait de questions juridiques concernant l'autorité du gouverneur en conseil et le processus suivi pour en arriver aux décisions contestées en l'espèce, et non de questions de nature scientifique ou technique. Dans la mesure où les affidavits déposés renferment les avis des nombreux déposants, ils ne respectent pas la Règle 332(1), si bien qu'ils sont inadmissibles. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité. Les passages des affidavits et des pièces que les intimés ont qualifiés de ouï-dire et qui se rapportent aux questions dont la Cour est saisie étaient donc admissibles.

4) La prérogative royale comprend l'ensemble des divers pouvoirs, droits, privilèges, immunités et devoirs reconnus dans notre droit comme dévolus à Sa Majesté et exercés par le gouverneur en conseil agissant sur l'avis des ministres. La prérogative est assujettie au principe de la souveraineté du Parlement et celui-ci peut, par une loi, retirer la prérogative ou en réglementer l'exercice. Aucune des lois ni aucun des règlements cités par les requérants, soit la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* et ses règlements d'application, la *Loi sur la marine marchande du Canada*, le *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses*, ainsi que la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, n'influe sur la prérogative de la Couronne d'autoriser les escales de navires de guerre, qu'ils soient à propulsion ou à charge nucléaire, appartenant à des pays étrangers amis. Aucun d'eux n'influe sur ce pouvoir de la Couronne par déduction nécessaire. En adoptant ces lois et règlements, le Parlement n'a pas voulu retirer ou limiter la prérogative royale de permettre aux NPN et aux NCN de faire escale dans les ports canadiens, dans la mise en œuvre des relations internationales du Canada et de sa politique en matière de défense. Les décrets ont été pris dans les limites de l'autorité et du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en vertu de sa prérogative reconnue.

5) Un des aspects de la question relative à l'application du Décret sur les lignes directrices est de savoir si ce Décret, et la loi en vertu de laquelle il a été pris, c'est-à-dire la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, peuvent avoir une incidence sur la prérogative du gouverneur en conseil d'adopter les décrets contestés. Il ressort des deux textes législatifs que leurs dispositions, de par leurs objets et leur contexte, lient implicitement

the power of the Governor in Council to regulate for international relations and for defence policy and national security purposes. There was no affirmative regulatory duty pursuant to an Act of Parliament in this case. No duty to authorize visits by foreign naval vessels existed; the matter was one for decision entirely within the discretion of the Governor in Council. The latter was not bound by EARPGO and there was no condition precedent that the Order be applied before adoption of the Orders in Council.

6) This is not a case where the Governor in Council, purporting to act under the royal prerogative, has in fact done so for some purpose that is improper because it lies outside that prerogative. The applicants' submissions, that the Governor in Council ignored the advice of senior officers of the Department of the Environment in not applying EARPGO and that his decision was made primarily to avoid a public review, were not supported by any evidence. One could not conclude, on the basis of the applicants' criticisms of the report of National Defence, that the report was prepared in bad faith and that the decisions of the Governor in Council were tainted by bad faith or made for an improper purpose not within the scope of the prerogative power to deal with international relations and defence and security policy.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16, ss. 11, 18.
- Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.
- Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, s. 4.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 23(1).
- Dangerous Goods Shipping Regulations*, SOR/81-951.
- Department of the Environment Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14, s. 6(2) (as am. by S.C. 1978-79, c. 13, s. 14).
- Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6.
- Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 10, 11, 12, 13, 20.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 28, 48(1).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 332(1), 400, 419, 482 (as am. by SOR/90-846, s. 18), 1604 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1618 (as enacted *idem*).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

la Couronne. Cependant, le Parlement ne voulait pas que la Loi aille jusqu'à toucher au pouvoir du gouverneur en conseil de réglementer des questions relatives aux relations internationales, à la politique de défense et à la sécurité nationale. Il n'existe aucune obligation positive de réglementation en vertu d'une loi fédérale en l'espèce. Il n'existe aucune obligation d'autoriser les escales effectuées par des navires de guerre étrangers; cette question relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil. Ce dernier n'est pas lié par le Décret sur les lignes directrices et il n'existait aucune condition préalable selon laquelle le Décret sur les lignes directrices devait être appliqué avant l'adoption des décrets.

6) Ce n'est pas un cas où le gouverneur en conseil, prétendant agir en vertu de la prérogative, a, en fait, agi dans un dessein abusif, vu qu'il dépassait les limites de sa prérogative. Les allégations des requérants portant que le gouverneur en conseil a fait fi des conseils des hauts fonctionnaires du ministère de l'Environnement en n'appliquant pas le Décret sur les lignes directrices et que sa décision visait principalement à éviter un examen public ne sont pas appuyées par la preuve. Rien ne permet de conclure, à partir des critiques formulées par les requérants à l'égard du rapport de la Défense nationale, que le rapport a été rédigé de mauvaise foi et que les décisions du gouverneur en conseil étaient entachées de mauvaise foi ou prises dans un dessein abusif au delà des limites de la prérogative en matière de relations internationales et de politique de défense et de sécurité.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 10, 11, 12, 13, 20.
- Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16, art. 4.
- Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37.
- Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 64.
- Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, ch. I-23, art. 16.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.
- Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17, art. 64.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 28, 48(1).
- Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9.
- Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22.
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 23(1).
- Loi sur le Conseil des ports nationaux*, S.R.C. 1970, ch. N-8.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.
National Harbours Board Act, R.S.C. 1970, c. N-8.
National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64.
National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 64.
Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22. ^a
State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18.

Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, art. 11, 18.
Loi sur le ministère de l'Environnement, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 14, art. 6(2) (mod. par S.C. 1978-79, ch. 13, art. 14).
Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 6.
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. (1985), ch. S-18.
Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses, DORS/81-951.
^b *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, R. 332(1), 400, 419, 482 (mod. par DORS/90-846, art. 18), 1604 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1618 (édicte, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Angus v. Canada, [1990] 3 F.C. 410; (1990), 72 D.L.R. (4th) 672; 5 C.E.L.R. (N.S.) 157; 111 N.R. 321 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; affg [1983] 1 F.C. 745; (1983), 49 N.R. 363 (C.A.); *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.); revg [1992] 1 F.C. 109; (1991), 45 F.T.R. 310 (T.D.); *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321.

APPLIED:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, [1977] Q.B. 643 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935 (H.L.); *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; [1989] 5 W.W.R. 385; (1989), 26 C.P.R. (3d) 289; 98 N.R. 161; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

DISTINGUISHED:

Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment), [1992] 3 F.C. 316; (1992), 93 D.L.R. (4th) 198; 5 Admin. L.R. (2d) 38 (C.A.); *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.); revg [1989] 1 F.C. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (T.D.).

JURISPRUDENCE

^c DÉCISIONS SUIVIES:

Angus c. Canada, [1990] 3 C.F. 410; (1990), 72 D.L.R. (4th) 672; 5 C.E.L.R. (N.S.) 157; 111 N.R. 321 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; confirmant [1983] 1 C.F. 745; (1983), 49 N.R. 363 (C.A.); *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.); infirmant [1992] 1 C.F. 109; (1991), 45 F.T.R. 310 (1^{re} inst.); *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321.

^f DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, [1977] Q.B. 643 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935 (H.L.); *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; [1989] 5 W.W.R. 385; (1989), 26 C.P.R. (3d) 289; 98 N.R. 161; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement), [1992] 3 C.F. 316; (1992), 93 D.L.R. (4th) 198; 5 Admin. L.R. (2d) 38 (C.A.); *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.); infirmant [1989] 1 C.F. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (1^{re} inst.).

CONSIDERED:

Centennial Packers Ltd. v. Canada Packers Inc. et al. (1986), 13 C.P.R. (3d) 187; 9 F.T.R. 232 (F.C.T.D.); *Wells v. Canada (Minister of Transport)*, T-2160-92, Jerome A.C.J., order dated 19/4/93, F.C.T.D., not yet reported; *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.).

REFERRED TO:

Kealey v. Canada (Attorney General), [1992] 1 F.C. 195; (1991), 1 Admin. L.R. (2d) 138; 46 F.T.R. 107 (T.D.).

AUTHORS CITED

Canada, Standing Joint Committee of the Senate and of the House of Commons for the Scrutiny of Regulations. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 28 (June 3, 1993).
Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPLICATION for judicial review of two decisions of the Governor in Council, made by Orders in Council P.C. 1991-2083 and P.C. 1991-2084, approving visits of nuclear-powered and nuclear-armed naval vessels to Canadian ports. Application dismissed.

COUNSEL:

Robert Moore-Stewart for applicants.
Harry J. Wruck for respondents.

SOLICITORS:

Robert Moore-Stewart, Victoria, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

MAC KAY J.: This application seeks judicial review and orders in the nature of *certiorari*, and *mandamus* against some or all of the respondents named, in relation to decisions made on October 30, 1991 by the Governor in Council on the recommendation of the Secretary of State for External Affairs and the Minister of National Defence. Those decisions, by Orders in Council P.C. 1991-2083 and P.C. 1991-2084, approved, respectively,

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Centennial Packers Ltd. c. Canada Packers Inc. et autre (1986), 13 C.P.R. (3d) 187; 9 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.); *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, T-2160-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 19-4-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédite; *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Kealey c. Canada (Procureur général), [1992] 1 C.F. 195; (1991), 1 Admin. L.R. (2d) 138; 46 F.T.R. 107 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Canada. Comité mixte permanent d'Examen de la réglementation. *Procès-verbaux et témoignages*, n^o 28 (3 juin 1993).
Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire de deux décisions du gouverneur en conseil, prises par les décrets C.P. 1991-2083 et C.P. 1991-2084, par lesquels il a approuvé les visites aux ports canadiens de navires de guerre à propulsion nucléaire et à charge nucléaire. Demande rejetée.

AVOCATS:

Robert Moore-Stewart pour les requérants.
Harry J. Wruck pour les intimés.

PROCUREURS:

Robert Moore-Stewart, Victoria, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE MAC KAY: La présente demande de contrôle judiciaire vise à obtenir des ordonnances de la nature d'un *certiorari* et d'un *mandamus* à l'encontre des intimés nommés, ou de certains d'entre eux, relativement aux décisions prises par le gouverneur en conseil, le 30 octobre 1991, sur recommandation du secrétaire d'État aux Affaires extérieures et du ministre de la Défense nationale. Par ces décisions, prises dans les décrets C.P. 1991-2083 et C.P. 1991-2084 respectivement, le gouverneur en conseil a approuvé ce qui suit:

a. visits of warships, belonging to the United States of America and to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, housing or capable of housing nuclear warheads (“nuclear carrying vessels”) or (“NCVs”), to Canadian ports subject to certain conditions; and

b. visits of nuclear-propelled warships (“NPVs”), belonging to the United States of America and to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, to the ports of Halifax, Esquimault and Nanoose subject to certain conditions.

In his reasons for order in an interlocutory proceeding in this matter, my colleague Mr. Justice Strayer aptly described the position of the applicants in the following words (see *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.), at pages 44-45):

The principal application is directed against two decisions of the Governor in Council, Nos. 2083 and 2084 of 1991 made on October 30, 1991. It is said that these Orders in Council approved, *inter alia*, visits of nuclear-powered and nuclear-armed naval vessels to Canadian ports. In effect, the applicants say that these Orders in Council were adopted without the respondents having met the requirements of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 in that there was no initial assessment of potentially adverse environmental effects of the proposed visits as required by subsection 10(1) of the Order, nor was there a reference of the proposal to the Minister of the Environment for public review by a panel pursuant to section 12 of that Order. Nor, it is said, was there any determination by the “initiating department”, the Department of National Defence, pursuant to section 13 of the Order as to whether to refer the proposal to the Minister of the Environment for public review by a panel due to “public concern about the proposal”. The applicants therefore seek *mandamus* to require the Minister of National Defence or other ministers [i.e., the Secretary of State for External Affairs and/or the Minister of Transport] to conduct the initial assessment to determine if there may be any “potentially adverse environmental effects” as required by section 10, to refer the proposal to the Minister of the Environment for public review by a panel presumably under section 12, and otherwise to comply with the Order. The respondents [i.e. the Vancouver Island Peace Society et al.] invoke sections 12, 13, and 20 of the Order as the basis for compelling the Minister of the Environment to hold the public review. Further, the applicants seek *certiorari* to quash the decisions of the Governor in Council referred to above.

a. les visites aux ports canadiens de navires de guerre à propulsion nucléaire appartenant aux États-Unis d’Amérique et au Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l’Irlande du Nord portant des ogives nucléaires ou capables d’en être porteurs («navires à charge nucléaire» ou «NCN»), sous réserve de certaines conditions;

b. les visites aux ports de Halifax, Esquimault et Nanoose, de navires de guerre à propulsion nucléaire («NPN») appartenant aux États-Unis d’Amérique et au Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l’Irlande du Nord, sous réserve de certaines conditions.

Dans ses motifs de l’ordonnance rendue relativement à une demande interlocutoire en l’espèce, mon collègue, M. le juge Strayer, a bien décrit la thèse des requérants dans le passage suivant (voir le jugement *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.), aux pages 44 et 45):

La demande principale vise deux décisions (nos 2083 et 2084 de 1991) que le gouverneur en conseil a prises le 30 octobre 1991. Il est allégué que ces décrets approuvaient notamment les visites effectuées par des navires de guerre à propulsion nucléaire et à charge nucléaire dans les ports canadiens. En effet, les requérants disent que ces décrets ont été adoptés sans que les intimés aient satisfait aux exigences du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement*, DORS/84-467, en ce sens qu’on n’a effectué aucune évaluation initiale des effets néfastes que les visites proposées peuvent avoir sur l’environnement, comme l’exige le paragraphe 10(1) du Décret, et que la proposition n’a pas été soumise au ministre de l’Environnement pour qu’un examen public soit mené par une commission conformément à l’article 12 de ce Décret. Il est en outre allégué que le «ministère responsable», soit le ministère de la Défense nationale, n’a pas déterminé, conformément à l’article 13 du Décret, si la proposition devait être soumise au ministre de l’Environnement en vue de la tenue d’un examen public par une commission par suite des «préoccupations du public au sujet de la proposition». Les requérants demandent donc un *mandamus* en vue d’obliger le ministre de la Défense nationale ou d’autres ministres [c’est-à-dire le secrétaire d’État aux Affaires extérieures et/ou le ministre des transports] à effectuer l’évaluation initiale pour déterminer s’il peut y avoir des «effets néfastes sur l’environnement», comme l’exige l’article 10, à soumettre la proposition au ministre de l’Environnement pour qu’un examen public soit mené par une commission, probablement en vertu de l’article 12, et à se conformer par ailleurs au Décret. Les intimés [c’est-à-dire Vancouver Island Peace society et autres] invoquent les articles 12, 13 et 20 du Décret comme fondement, lorsqu’il s’agit d’obliger le ministre de l’Environnement à mener l’examen public. En outre, les requérants demandent un *certiorari* en vue de faire annuler les décisions susmentionnées du gouverneur en conseil.

The originating motion commencing this application was filed on November 22, 1991 and with it were filed the affidavits of Frederick Knelman and Al Rycroft, both of whom are directors of the applicant Society, and the affidavits of the applicants Anne A. Pask and Gregory P. Hartnell. Subsequently some 42 additional affidavits, including two further affidavits of each of Messrs. Knelman and Rycroft, were filed by the applicants. The matter was originally set down for hearing on February 25, 1992 and was later adjourned on consent to be heard in Vancouver over four days commencing June 9, 1992. On April 6, 1992 my colleague Strayer J. heard an application by the respondents that the matter be ordered to proceed by action, an application dismissed by order dated April 10, 1992 for reasons dated April 14 which I have quoted, in part, above.

The issues

The parties raise a number of issues, some of them of a preliminary procedural nature and others of substance concerning the merits of the application.

For the applicants it is argued that the Orders in Council here questioned were made by improper resort to the prerogative power since Parliament has by statute effectively withdrawn from the prerogative the capacity to adopt these orders, in particular by enactment of the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16, and the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, and authorized regulations made thereunder, especially the *Dangerous Goods Shipping Regulations*, SOR/81-951. During the hearing, counsel urged also that the prerogative of the Crown was effectively restricted to preclude these Orders in Council by Parliament's enactment of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16 (enacted S.C. 1988, c. 22, now included in loose-leaf edition of R.S.C., 1985, c. C-15.3). Moreover, it is urged that the Orders in Council failed to comply with a "prerequisite", namely the Guidelines Order [*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467], and that they were made in bad faith, based upon an inadequate environmental review that does not comply

La requête introductive d'instance à l'origine de la présente demande a été déposée le 22 novembre 1991. La requête était accompagnée des affidavits de Frederick Knelman et Al Rycroft, qui sont tous les deux administrateurs de l'association requérante, et des affidavits des requérants Anne A. Pask et Gregory P. Hartnell. Par la suite, les requérants ont déposé quelque 42 affidavits supplémentaires, y compris deux autres affidavits de M. Knelman et deux autres de M. Rycroft. À l'origine, la demande devait être entendue le 25 février 1992. Par consentement des parties, cette date a ensuite été reportée au 9 juin 1992. L'audience, d'une durée de quatre jours, allait être tenue à Vancouver. Le 6 avril 1992, mon collègue le juge Strayer a entendu une requête des intimés pour que la demande principale soit instruite par voie d'action. Cette requête a été rejetée par une ordonnance datée du 10 avril 1992, pour les motifs, datés du 14 avril, que j'ai cités, en partie, ci-dessus.

Les questions en litige

Les parties soulèvent un certain nombre de questions, dont certaines, de nature préliminaire, portent sur la procédure, tandis que d'autres portent sur le fond de la demande.

L'avocat des requérants plaide que les décrets contestés en l'espèce ont été pris dans l'exercice abusif de la prérogative royale puisque le Parlement a, par des lois, effectivement retiré de la prérogative l'autorité d'adopter ces décrets, en particulier par l'adoption de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16, et de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, et des règlements autorisés sous leur empire, surtout le *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses*, DORS/81-951. À l'audience, l'avocat des requérants a également fait valoir que l'adoption, par le Parlement, de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16 (édicé par L.C. 1988, ch. 22, maintenant compris dans l'édition à feuilles mobiles des L.R.C. (1985), ch. C-15.3), a effectivement restreint la prérogative royale, empêchant la prise de ces décrets. En outre, l'avocat des requérants soutient que les décrets ne respectaient pas une «condition préalable», savoir le Décret sur les lignes directrices [*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et*

with that Order and without regard to the public interest in a public environmental review.

Those submissions are disputed by the respondents and in addition they raise a number of procedural arguments, including a preliminary application that the originating motion be struck.

A number of the issues raised are interrelated. While it may be unnecessary to deal with all of them, since they were fully argued, conclusions on all issues of significance are here set out. These reasons set out essential background to the application and then deal with preliminary procedural issues before turning to substantive issues raised, under the following general headings:

- a preliminary motion to strike the application,
- the Court's jurisdiction in relation to the parties respondent, the Orders in Council, and the relief sought,
- the admissibility of the evidence filed by the applicants,
- the Court's jurisdiction in relation to the Orders in Council as determinations made in exercise of the royal prerogative,
- the application of the Guidelines Order,
- the applicants' claim of bad faith on the part of the Governor in Council.

A summary of my conclusions is this. The preliminary procedural issues raised by the respondents do not dispose of this application. On the substantive issues raised I conclude that *certiorari* should not be granted to quash the decisions of the Governor in Council. Those decisions made by the Orders in Council here questioned, were made in exercise of the prerogative powers of the Crown in regard to international relations and national defence, powers

d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467], et qu'ils ont été pris de mauvaise foi, puisqu'ils étaient fondés sur un examen inadéquat en matière d'environnement qui n'était pas conforme au Décret sur les lignes directrices et puisqu'il n'a pas été tenu compte de l'intérêt public pour un examen public en matière d'environnement.

Ces allégations sont contestées par les intimés et elles soulèvent, en outre, un certain nombre de questions de procédure, y compris une demande préliminaire visant à radier la requête introductive d'instance.

Bon nombre des questions soulevées sont étroitement liées. Bien qu'il puisse être superflu de les traiter toutes, puisqu'elles ont été débattues à fond, les conclusions relatives à toutes les questions d'importance sont énoncées dans les présents motifs. Dans ces motifs, nous allons exposer le contexte essentiel de la demande et nous traiterons ensuite les questions préliminaires de procédure avant d'aborder les questions de fond soulevées, sous les rubriques générales suivantes:

- requête préliminaire en vue de radier la demande,
- compétence de la Cour en ce qui a trait aux parties intimées, aux décrets et à la réparation demandée,
- admissibilité de la preuve déposée par les requérants,
- compétence de la Cour en ce qui a trait aux décrets en tant que décisions prises dans l'exercice de la prérogative royale,
- application du Décret sur les lignes directrices,
- allégation des requérants comme quoi le gouverneur en conseil aurait agi de mauvaise foi.

Voici un résumé de mes conclusions. Les questions préliminaires de procédure soulevées par les intimés ne règlent pas la présente demande. Pour ce qui est des questions de fond soulevées, je conclus qu'un *certiorari* ne devrait pas être décerné pour annuler les décisions du gouverneur en conseil. Les décisions prises dans les décrets contestés en l'espèce ont été prises dans l'exercice de la prérogative royale en matière de relations internationales et de défense

that have not been withdrawn or regulated in their exercise by statutes enacted by Parliament. Those powers are discretionary and are not subject, in regard to the decisions made, to the Guidelines Order. It is not here established that the decisions were made in bad faith as the applicants allege. Since the Guidelines Order does not apply there is no duty upon any of the respondents to conduct an environmental screening or initial assessment under the Guidelines Order and no basis upon which *mandamus* would be ordered to initiate such an assessment. Whether or not the Guidelines Order is applicable to the decisions of the Governor in Council in this instance, there is no duty imposed by law upon any of the respondents to refer the matter of visits authorized by these decisions for a public review of environmental concerns in light of public concern about the visits. Thus there is no ground for any order of *mandamus* against any of the respondents.

I now turn to describing essential background and then to the issues presented at the hearing of this application.

The background

The Government of Canada first approved in 1967 a policy of allowing visits to Canadian ports by United States and United Kingdom naval NPVs and NCVs. Authority to approve visits by these types of vessels was delegated to the Department of National Defence in 1972. Under the policy an average of sixty visits a year are made to Canadian ports by vessels of both types, with NPVs visiting the ports of Halifax, Esquimalt and Nanoose, and NCVs visiting these and other ports on the east and west coasts and on the Great Lakes.

In June 1990 the respondent Minister of the Environment announced in the House of Commons reforms to the federal environmental assessment process. This followed a substantial two-year process of consultation with interested persons and organizations, and the announcement included reference to a then proposed *Canadian Environmental Assessment Act*, subsequently enacted as S.C. 1992, c. 37 (not yet

nationale, pouvoirs qui n'ont pas été retirés ou dont l'exercice n'a pas été réglementé par des lois édictées par le Parlement. Il s'agit de pouvoirs discretionnaires qui ne sont pas assujettis, pour ce qui est des décisions prises, au Décret sur les lignes directrices. Il n'a pas été établi en l'espèce que les décisions ont été prises de mauvaise foi, comme l'allèguent les requérants. Puisque le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas, aucun des intimés n'est tenu de faire un examen préalable ou une évaluation initiale sous le régime du Décret sur les lignes directrices, et rien ne justifie une ordonnance de *mandamus* pour entreprendre un tel examen. Que le Décret sur les lignes directrices s'applique ou non aux décisions du gouverneur en conseil en l'espèce, aucun des intimés n'a l'obligation légale de soumettre la question des visites autorisées par ces décisions à un examen public des effets de ces visites sur l'environnement, compte tenu des préoccupations du public à leur sujet. Par conséquent, rien ne permet des décerner des brefs de *mandamus* à l'encontre de l'un ou l'autre des intimés.

Je vais maintenant exposer les faits essentiels, puis les questions présentées à l'audition de la présente demande.

Historique

C'est en 1967 que le gouvernement du Canada a adopté pour la première fois sa politique de permettre aux NPN et aux NCN des États-Unis et du Royaume-Uni de faire escale dans des ports canadiens. Le pouvoir d'approuver des escales par ces types de navires a été délégué au ministère de la Défense nationale en 1972. Conformément à cette politique, ces deux types de navires font, en moyenne, soixante escales par année dans les ports canadiens. Les NPN font escale dans les ports de Halifax, d'Esquimalt et de Nanoose; les NCN font escale dans ces ports et dans d'autres ports des côtes est et ouest et des Grands Lacs.

En juin 1990, le ministre de l'Environnement, intimé, a annoncé à la Chambre des communes des réformes au processus fédéral d'évaluation environnementale. Cette annonce avait été précédée par un important processus de consultation, d'une durée de deux ans, auprès de personnes et d'organismes intéressés. Dans l'annonce, il a notamment été question de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnemen-*

proclaimed in force), and a commitment by the government to policies to reform the environmental assessment process. That process was established by the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, (“the Guidelines Order”), SOR/84-467, enacted June 1984 under subsection 6(2) of the *Department of the Environment Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14], as amended by the *Government Organization Act, 1979* [S.C. 1978-79, c. 13, s. 14], (now section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10). While the Guidelines Order has remained unchanged following the Minister’s announcement, that announcement did specify a government requirement that all proposed policy initiatives undergo an environmental assessment culminating in a public statement on their environmental implications.

Following the initiatives announced in June 1990, the Department of National Defence undertook an environmental assessment of the policy to continue visits to Canadian ports by NPVs and NCVs. A report on the results of that environmental assessment was made public on October 30, 1991. This assessment did not include any consultation with the public, though the report does include the statement that, “[R]ecently several west coast municipalities and interest groups have requested an environmental assessment of these visits”. Reference is also made in the report to the development of a list of issues of concern in part “by interpreting the concerns raised by interest groups and communities”.

The report by National Defence is called “Environmental Assessment of Policy” and it is averred by the respondents’ affiant, A. T. Downs, the Acting Director General Environment of the Department, to have been in support of a request for approval by the Governor in Council of visits of nuclear propelled and nuclear capable vessels to Canadian ports. It includes the following paragraphs:

tale, projetée à l’époque et édictée par la suite comme L.C. 1992, ch. 37 (non encore en vigueur). Le gouvernement s’est également engagé à établir des politiques pour réformer le processus d’évaluation environnementale. Ce processus avait été établi par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement*, («le Décret sur les lignes directrices»), DORS/84-467, édicté en juin 1984, en application du paragraphe 6(2) de la *Loi sur le ministère de l’Environnement* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 14], modifié par la *Loi de 1979 sur l’organisation du gouvernement* [S.C. 1978-79, ch. 13, art. 14] (maintenant l’article 6 de la *Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10). Bien que le Décret sur les lignes directrices n’ait pas été modifié à la suite de l’annonce du ministre, celui-ci a précisé que le gouvernement allait exiger que toutes les initiatives proposées ayant rapport avec la politique fassent l’objet d’une évaluation environnementale, évaluation qui aboutirait à une déclaration publique sur leurs répercussions environnementales.

À la suite des initiatives annoncées en juin 1990, le ministère de la Défense nationale a entrepris une évaluation environnementale de la politique qui consistait à maintenir pour les NPN et les NCN l’autorisation de faire escale dans les ports canadiens. Un rapport des résultats de cette évaluation a été rendu public le 30 octobre 1991. Il n’y a eu aucune consultation publique dans le cadre de cet examen. Cependant, il est dit dans le rapport que [TRADUCTION] «récemment, plusieurs municipalités et groupes d’intérêts de la côte ouest ont demandé que ces visites (escales) fassent l’objet d’une évaluation environnementale». Dans le rapport, il est également question de l’élaboration d’une liste de questions préoccupantes établies notamment [TRADUCTION] «par l’interprétation des préoccupations soulevées par les groupes d’intérêts et les collectivités».

Le rapport de la Défense nationale s’intitule [TRADUCTION] «Évaluation environnementale de la politique». A. T. Downs, directeur général suppléant—Environnement—du Ministère et auteur de l’affidavit des intimés, atteste que ce rapport avait appuyé une demande pour que le gouverneur en conseil approuve les escales effectuées par des navires à propulsion nucléaire ou à charge nucléaire dans les ports cana-

POLICY RATIONALE AND OPTIONS

6. The decision of the Government of Canada to approve the continuation of visits by NPVs and NCVs is intended to safeguard the policy of permitting such visits. This policy is an essential component of Canada's security policy. Its objectives are to contribute to the strategic deterrent and demonstrate our clear commitment to, and solidarity with, our NATO allies.

7. A modification of the policy which would risk an interruption of the visits is unacceptable because of the importance to Canada's national security of the nuclear deterrent and the damage to the deterrent that any interruption would cause. It is also rejected because of its potential effect on relations with Canada's allies who would rightly perceive such a change as an abrogation of Canada's Alliance responsibilities. There is, however, flexibility in the following areas:

a. a complete and detailed examination of the environmental implications of NPV/NCV visits is being undertaken in compliance with the Green Plan mechanism which directs that all federal agencies review existing policies for their environmental implications; and

b. If deemed necessary following completion of the above noted detailed study, changes to visit procedures and/or emergency response measures could be introduced to further ensure that the risk of adverse consequences from such visits is as low as is reasonably achievable.

DESCRIPTION OF PROJECT ACTIVITIES RELATED TO THE POLICY OPTIONS

10. Diplomatic notes exchanged between Canada, the U.S., and the U.K. contain assurances that any nuclear weapons will be stored in specialized magazines in a safe (disarmed) mode and that they will not be moved or transferred while in Canadian waters. They provide further assurances that all safety measures taken in their home ports will be observed while in Canadian waters. Conventional weapons are also stored in their normal safe mode.

11. Harbour navigation and docking procedures for NCVs are the same as for normal commercial and Canadian naval vessels. NPVs are only permitted to enter or leave the harbour during daylight when specified visibility requirements are met and escorting tugs are in attendance.

diens. Les paragraphes suivants sont tirés de ce rapport:

[TRADUCTION] JUSTIFICATION DE LA POLITIQUE ET POSSIBILITÉS

6. La décision du gouvernement du Canada d'approuver la continuation des visites de NPN et de NCN vise à sauvegarder la politique qui consiste à autoriser ces visites. Cette politique est un élément essentiel de la politique du Canada en matière de sécurité. Elle vise à contribuer à la dissuasion stratégique et à démontrer clairement notre engagement et notre solidarité envers nos alliés de l'OTAN.

7. Une modification de la politique qui risquerait d'interrompre les visites est inacceptable, vu l'importance, pour la sécurité nationale du Canada, de la dissuasion nucléaire et le préjudice que causerait toute interruption à la dissuasion. Cette possibilité est également rejetée à cause de son effet éventuel sur les relations avec les alliés du Canada qui percevraient à juste titre une telle modification comme une abrogation des responsabilités du Canada au sein de l'alliance. Cependant, il y a une marge de manœuvre dans les domaines suivants:

a) un examen complet et détaillé des répercussions environnementales des visites de NPN et de NCN a été entrepris conformément au mécanisme du Plan vert qui demande à tous les organismes fédéraux d'examiner les politiques actuelles pour en connaître les répercussions sur l'environnement;

b) s'ils étaient jugés nécessaires, à la suite de l'étude détaillée susmentionnée, des changements aux procédures de visites et aux mesures de réaction en cas d'urgence pourraient être introduits pour réduire autant que possible, dans les limites raisonnables, les risques que posent de telles visites.

DESCRIPTION DES ACTIVITÉS DU PROJET LIÉES AUX OPTIONS POLITIQUES.

10. Des notes diplomatiques échangées entre le Canada, les États-Unis et le Royaume-Uni renferment des assurances comme quoi toutes les armes nucléaires seront entreposées, désarmées, dans des magasins spéciaux et ne seront pas déplacées ou transférées pendant qu'elles se trouvent en eaux canadiennes. Ces notes renferment également d'autres assurances comme quoi toutes les mesures de sécurité prises dans leurs ports d'attache seront observées pendant que les navires se trouvent en eaux canadiennes. Les armes conventionnelles sont également entreposées désarmées, selon la méthode normale.

11. Les procédures de navigation et d'amarrage que doivent suivre les NCN dans les ports sont les mêmes que pour les navires ordinaires, que ce soit les navires marchands ou les navires de guerre canadiens. Les NPN ne sont autorisés à entrer dans le port ou à le quitter que le jour, lorsque les conditions de visibilité réglementaires sont respectées et les navires sont accompagnés par des remorqueurs.

ENVIRONMENTAL SETTINGS

14. The main environmental components which may be affected are as follows:

- a. air quality;
- b. water quality;
- c. aquatic animals (linked to water quality);
- d. fishing (linked to water quality and aquatic animals);
- e. human health and safety (linked to air quality, water quality, and fishing);
- f. local economy (possibly linked to fishing)
- g. local tourism (linked to all of the above)

15. Detailed inventories and descriptions of Valued Ecosystem Components (VECs) at each port are not yet available. They will be developed during the harbour and detailed environmental assessments.

ENVIRONMENTAL ASSESSMENT

16. Scoping of issues. A list of issues of concern has been developed by consensus among experts in nuclear safety and environmental impact (including the Department of Fisheries and Oceans and Environment Canada), and by interpreting the concerns raised by interest groups and communities. The issues identified are:

- a. the safety risk associated with potential nuclear accidents;
- b. the effects on marine animals of exposure to low-level radiation;
- c. the long term health effects on humans of direct and indirect exposure to low-level radiation;
- d. the economic impact of the local procurement and tourism/recreation activities enjoyed by crews of visiting NPVs/NCVs;
- e. the social impact of the presence in the community of potentially large numbers of allied military personnel;
- f. water quality and waste disposal issues associated with the routine disposal of ship sewage, grey water, and garbage;
- g. the effects of the presence of these vessels on harbour traffic and the provision of berthing services; and
- h. the safety of submerged submarine transits through fishing zones.

The report reviews the concerns listed in paragraph 16 then discusses briefly mitigation and monitoring. It includes five annexed documents: A—Description of NCV/NPV Port Visits, B—Nuclear Weapon Safety Systems, C—Description of Naval Nuclear Reactor, D—Results of Canadian Monitoring, and E—U.S.

CONTEXTES ENVIRONNEMENTAUX

14. Voici les principaux éléments de l'environnement qui risquent d'être touchés:

- a a) la qualité de l'air;
- b) la qualité de l'eau;
- c) la faune aquatique (élément lié à la qualité de l'eau);
- d) la pêche (élément lié à la qualité de l'eau et à la faune aquatique);
- b e) la santé et la sécurité pour les humains (élément lié à la qualité de l'air, la qualité de l'eau et la pêche);
- f) l'économie locale (cet élément peut être lié à la pêche);
- g) le tourisme local (élément lié à tous les éléments précédents);

c 15. Les listes et les descriptions détaillées des éléments importants de l'écosystème (ÉIÉ) de chaque port ne sont pas encore disponibles. Elles seront élaborées pendant les évaluations des ports et les évaluations environnementales détaillées.

d ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

16. Détermination des questions. Une liste des questions préoccupantes a été élaborée conjointement par des experts en sécurité nucléaire et en répercussion sur l'environnement (y compris le ministère des Pêches et des Océans et Environnement Canada), et par l'interprétation des préoccupations soulevées par des groupes d'intérêts et les collectivités. Voici les questions identifiées:

- e a) le risque pour la sécurité associé aux accidents nucléaires éventuels;
- f b) les effets, sur la faune aquatique, de l'exposition à de faibles taux de radiation;
- c) les effets à long terme, sur la santé des humains, de l'exposition directe et indirecte à de faibles taux de radiation;
- d) l'impact économique de l'approvisionnement auprès des fournisseurs locaux et des activités touristiques et récréatives des équipages des NPN et NCN en visite;
- g e) l'impact social de la présence, dans la collectivité, d'un nombre éventuellement important de militaires alliés;
- f) les questions relatives à la qualité de l'eau et à l'élimination des déchets, c'est-à-dire les questions liées à l'élimination habituelle des vidanges des navires, des eaux usées et des rebuts;
- h g) les effets de la présence de ces navires sur le trafic du port et la fourniture des services d'amarrage;
- i h) la sécurité des passages de sous-marins en plongée dans les zones de pêche;

Le rapport examine les préoccupations énumérées au paragraphe 16, puis traite brièvement de «l'atténuation des effets et de la surveillance». Il comprend cinq annexes intitulées, respectivement: [TRADUCTION] A—Description des visites portuaires des NCN et des NPN; B—Systèmes de sécurité des armes nucléaires;

Assurances concerning Transits of Submarines. The full report includes as a separate three-page document, a Summary of Findings—Environmental Assessment of Policy. That Summary includes the following paragraph:

SUMMARY OF IMPACTS

13. Though all potential impacts were judged **not significant**, much of the data provided to support these conclusions comes from our allies and the historical record. It was decided in 1990 to update the assessments for NPV/NCV visits. Further, in compliance with the Green Plan, an environmental review of the current policy of permitting these visits is being carried out in concert with the harbour assessments. Therefore, all the potential impacts discussed herein will be subject to further in-depth study to confirm the analysis and, if necessary, to develop better plans and procedures to ensure that the safest conditions always prevail.

The Departmental report concluded:

27. On the basis of this assessment, it is concluded that there is sufficient confidence in the safety and high potential for insignificant adverse environmental impact associated with the visits of NCVs and NPVs to permit the visits to continue. The importance of the visits to Canadian defence and foreign policy is such that the remaining uncertainties need not be investigated as a precondition to continuing the visits.

28. The Department proposes that the Government grant approval for the continuation of NPV and NCV visits, and that the following measures be implemented:

a. specific environmental and harbour assessments be continued to ensure all possible safety and mitigation measures are identified;

b. Canadian Forces nuclear emergency response plans be reviewed and improved in accordance with the recommendations resulting from the specific environmental and harbour assessments and integrated with those of civilian authorities.

On the same day as that report was made public the Governor in Council, on the recommendation of two of the respondent Ministers, of External Affairs and of National Defence, passed the Orders in Council that are the subject of this application for judicial

C—Description du réacteur nucléaire des navires de guerre; D—Résultats de la surveillance canadienne; E—Assurances américaines concernant le passage de sous-marins. Le rapport intégral comprend un document distinct de trois pages, intitulé: [TRADUCTION] Résumé des conclusions—Évaluation environnementale de la politique. Ce résumé renferme le paragraphe suivant:

b [TRADUCTION] RÉSUMÉ DES RÉPERCUSSIONS

13. Bien que toutes les répercussions éventuelles aient été jugées **minimes**, une bonne partie des données fournies au soutien de ces conclusions viennent de nos alliés et du dossier historique. En 1990, on a décidé de mettre à jour les évaluations pour les visites de NPN et de NCN. En outre, conformément au Plan vert, un examen environnemental de la politique actuelle qui consiste à autoriser ces visites est en voie d'être réalisé en même temps que les évaluations des ports. Par conséquent, toutes les répercussions éventuelles dont il est question dans le présent rapport feront l'objet d'une étude supplémentaire approfondie pour confirmer l'analyse et, au besoin, pour élaborer de meilleurs plans et procédures afin de garantir que les conditions les plus sûres soient toujours en place.

e Le rapport du Ministère renfermait la conclusion suivante:

[TRADUCTION] 27. Vu la présente évaluation, nous concluons que les intéressés ont suffisamment confiance en la sécurité des visites de NCN et de NPN et en la forte possibilité que leurs répercussions néfastes sur l'environnement soient minimales pour permettre qu'elles continuent. L'importance des visites pour la défense et la politique étrangère du Canada est telle que les incertitudes qui demeurent n'ont pas à être examinées comme condition préalable à la continuation des visites.

g 28. Le Ministère propose que le gouvernement approuve la continuation des visites de NPN et de NCN et que les mesures suivantes soient mises en œuvre:

h a) la continuation des évaluations environnementales particulières et des évaluations des ports pour veiller à ce que toutes les mesures possibles de sécurité et d'atténuation des risques soient identifiées;

i b) l'examen et l'amélioration des plans d'intervention en cas d'urgence nucléaire des Forces canadiennes conformément aux recommandations qui seront données à la suite des évaluations environnementales particulières et des évaluations des ports, intégrées aux évaluations effectuées par les autorités civiles.

j Le même jour où ce rapport a été rendu public, le gouverneur en conseil, sur recommandation de deux des ministres intimés, le ministre aux Affaires extérieures et le ministre de la Défense nationale, a pris les décrets qui font l'objet de la présente demande de

review. The first, P.C. 1991-2083, approves visits to Canadian ports by warships of the U.S.A. and of the U.K. classed as NCVs, and the second, P.C. 1991-2084, approves visits by naval NPVs of the same countries, but only to the ports of Halifax, Esquimault and Nanoose. In the case of both types of vessels the visits are subject to conditions. Both orders are similar in form and contain the same conditions. The text of P.C. 1991-2083 is as follows:

HIS EXCELLENCY THE GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL, on the recommendation of the Secretary of State for External Affairs and the Minister of National Defence, is pleased hereby to approve the visits of warships belonging to the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, housing or capable of housing nuclear warheads, to Canadian ports, subject to the following conditions:

(a) written certification by the Governments of those countries that all safety precautions and procedures followed in connection with the operation of such warships in home ports will be strictly observed in visits to Canadian ports; and

(b) written assurance by the Governments of those countries that claims, except those covered by the Agreement Between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces, that might arise out of a nuclear accident or incident will be dealt with through diplomatic channels in accordance with customary procedures for the settlement of international claims under generally accepted principles of law and equity.

As earlier noted this application for judicial review was commenced by filing of the originating motion on November 22, 1991. By his affidavit sworn November 21, 1991, Alan Rycroft, a director of the applicant Vancouver Island Peace Society, ("the Society") describes the Society as incorporated in September 1991 as Society No. S-28048 under the laws of British Columbia, with goals including the education of the greater Victoria area and Vancouver Island citizenry and the Canadian public to the dangers of visits to Canadian ports by nuclear-powered and nuclear-armed vessels, and the launching of actions and activities concerned with ending these visits. Mr. Rycroft avers that the Board of Directors of the Society unanimously agreed that the Society be a "plaintiff", i.e., an applicant, in this proceeding.

contrôle judiciaire. Le premier, C.P. 1991-2083, approuve les visites aux ports canadiens de navires de guerre à charge nucléaire appartenant aux États-Unis et au Royaume-Uni et le second, C.P. 1991-2084, approuve les visites de navires de guerre à propulsion nucléaire appartenant aux mêmes pays, mais seulement aux ports de Halifax, Esquimault et Nanoose. Pour les deux types de navires, ces escales sont assujetties à des conditions. Les deux décrets sont semblables quant à la forme et ils renferment les mêmes conditions. C.P. 1991-2083 est libellé en ces termes:

Sur recommandation du secrétaire d'État aux Affaires extérieures et du ministre de la Défense nationale, il plaît à son Excellence le Gouverneur général en conseil d'approuver des visites aux ports canadiens de navires de guerre à propulsion nucléaire appartenant aux États-Unis d'Amérique et au Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord portant des ogives nucléaires ou capables d'en être porteurs, sous réserve des conditions suivantes:

a) la certification écrite des gouvernements de ces pays que toutes les précautions de sécurité et les procédures à suivre en rapport avec les opérations de tels navires dans leurs ports d'attache seront strictement observées lors des visites dans les ports canadiens; et

b) la confirmation écrite des gouvernements de ces pays que toutes réclamations, sauf celles qui sont régies par la Convention entre les États-parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, qui peuvent être présentées à la suite d'un accident ou incident nucléaire, seront traitées par le biais des voies diplomatiques en conformité avec les procédures d'usage pour le règlement de réclamations de nature internationale selon les principes de droit et d'«équité» généralement reconnus.

Comme nous l'avons noté précédemment, la présente demande de contrôle judiciaire a été introduite par le dépôt de la requête introductive d'instance le 22 novembre 1991. Dans son affidavit fait sous serment le 21 novembre 1991, Alan Rycroft, un administrateur de la Vancouver Island Peace Society, requérante, («l'association») affirme que celle-ci a été constituée en association en septembre 1991, sous le n° S-28048, en vertu des lois de la Colombie-Britannique. Les buts de l'association sont notamment, d'une part, la sensibilisation des citoyens de l'agglomération urbaine de Victoria et de l'Île de Vancouver, et le public canadien, aux dangers que représentent les escales effectuées dans les ports canadiens par des navires à propulsion nucléaire et à charge nucléaire et, d'autre part, la mise en œuvre de mesures et d'activités visant à mettre fin à ces escales. M. Rycroft atteste que le conseil d'administration de l'associa-

Another director of the applicant Society, Dr. Frederick Knelman, an author, university professor with Ph.D. qualifications in Physics and Engineering, with experience of over 40 years in research and writing in relation to nuclear technology and related matters, also filed an affidavit in support of the originating motion on November 22, 1991, and he subsequently filed two others. He has been the recipient of honours as an environmentalist and for his efforts in service to the cause of peace. By affidavit he sets out his opinions in relation to naval accidents with nuclear propulsion systems and nuclear armaments, the risk of accident arising during the course of visits to Canadian ports by NPVs and NCVs, the lack of appropriate measures to deal with the risks of accident arising from such visits, the dangers and damage that could be expected to arise in the event of an accident, and the need for an open public review by way of an environmental assessment of the policy permitting visits by NPVs and NCVs. The sources for his opinions are writings and documents in the public domain, though as I read his affidavit much of this information base is itself opinion and somewhat speculative because of policies of governments concerned to treat information on NPVs and nuclear weapons as secret, including information in relation to accidents occurring on board NPVs and NCVs.

The other applicants who filed affidavits with the originating motion are individual citizens. The affidavit of Ms. Pask describes her as a peace activist, senior citizen, a member of the "Raging Grannies" and a longtime resident of the city of Victoria, and it describes her interest, as a former public health nurse, in avoidance of nuclear accidents and in the cause of peace, and her extensive experience in visiting sites of nuclear testing or accidents. She expresses her concern for prevention of a nuclear accident in urban harbours, for such an accident presents an "unthinkable scenario, with consequences for a time span of generations." By his affidavit,

tion a accepté, à l'unanimité, que celle-ci se porte «demanderesse», c'est-à-dire requérante, en l'instance.

a Un autre administrateur de l'association requérante, M. Frederick Knelman, auteur, professeur d'université titulaire d'un doctorat en physique et en génie, ayant plus de quarante ans d'expérience en recherche et en rédaction d'ouvrages sur la technologie nucléaire et des questions connexes, a également déposé un affidavit au soutien de la requête introductive d'instance le 22 novembre 1991, et il en a déposé deux autres par la suite. M. Knelman a fait l'objet de distinctions honorifiques comme environnementaliste et pour ses efforts pour la cause de la paix. Dans ses affidavits, il exprime ses avis sur les accidents maritimes impliquant des navires à propulsion nucléaire et à charge nucléaire, le risque d'accident qui pourrait survenir pendant que des NPN et des NCN font escale dans des ports canadiens, le manque de mesures appropriées si un accident devait survenir pendant une telle escale, les dangers et les dommages auxquels on pourrait s'attendre en cas d'accident et le besoin d'examiner publiquement la politique qui permet les escales de NPN et de NCN au moyen d'une évaluation environnementale. Ses avis sont tirés d'écrits et de documents qui sont du domaine public. Cependant, en lisant son affidavit, je constate que ses sources de renseignements représentent elles-mêmes des avis et revêtent un caractère plutôt conjectural parce que les gouvernements intéressés ont pour politique de traiter comme secrets les renseignements sur les NPN et les armes nucléaires, y compris les renseignements sur les accidents qui se produisent à bord de NPN et de NCN.

Les autres requérants qui ont déposé des affidavits avec la requête introductive d'instance sont des particuliers. Dans son affidavit, M^{me} Pask se décrit comme une militante pour la paix, une personne du troisième âge, membre du groupement appelé les «Raging Grannies» (les grand-mères militantes), et une résidente de longue date de la ville de Victoria. En tant qu'ancienne infirmière de santé publique, elle dit vouloir éviter les accidents nucléaires, elle dit appuyer la cause de la paix et elle dit avoir visité plusieurs fois des lieux d'essais ou d'accidents nucléaires. Elle souhaite prévenir un accident nucléaire dans les ports urbains car, dit-elle, un acci-

sworn on January 14, 1992, Gregory P. Hartnell, the other individual applicant, describes himself as an artisan and publisher, a long-time resident of Victoria, and a sincerely concerned citizen who stands to be harmed or killed by the general destruction which may result from the Canadian government's policy of allowing nuclear-armed and nuclear-powered ships to berth in Victoria and Esquimalt harbours. He is President of the Greater Victoria Concerned Citizens Association, was a candidate in 1990 mayoralty elections in Victoria, is personally concerned with environmental issues, and avers widespread public support and his own, for the need for a "public environmental review" of the policy of permitting visits of NPVs and NCVs to Canadian ports, and, I infer, particularly to Esquimalt and Victoria.

One other matter of significance in this proceeding concerns the source of authority for the Orders in Council here questioned. For the respondents it is explicitly stated that the orders are based on the Crown's prerogative powers in relation to foreign affairs and national defence. Although visits by these vessels to Canadian ports have been occurring for more than two decades, the study of the environmental effects of these visits was completed by the Department of National Defence, in keeping with the policy objectives announced by the Minister of the Environment in June 1990, but that study is expressly said not to have been undertaken pursuant to the Guidelines Order. It is urged that Order is not applicable to decisions of the Governor in Council, in particular where those decisions are made in exercise of the Crown's prerogative power.

A preliminary motion to strike the application

When the matter came on for hearing on June 9, I first dealt with an application on behalf of the respondents, dated June 4, 1992, that the originating motion be struck out, pursuant to Rule 419 [*Federal Court*

dent constitue [TRADUCTION] «un scénario impensable, dont les conséquences se répercuteraient sur plusieurs générations». Dans son affidavit, fait sous serment le 14 janvier 1992, Gregory P. Hartnell, l'autre particulier qui s'est porté requérant, se décrit lui-même comme un artisan et un éditeur, un résident de longue date de Victoria, et un citoyen sincèrement préoccupé des risques de blessures ou de mort par la destruction générale qui pourrait résulter de la politique du gouvernement canadien de permettre à des navires à charge nucléaire et à propulsion nucléaire de mouiller ou de venir à quai dans les ports de Victoria et d'Esquimalt. Il est le président de la Greater Victoria Concerned Citizens Association, il s'est porté candidat à la mairie de Victoria en 1990, il est personnellement préoccupé par les questions environnementales et il atteste qu'une grande partie de la population, y compris lui-même, croit à la nécessité d'un [TRADUCTION] «examen public en matière d'environnement», en ce qui concerne la politique visant à permettre aux NPN et aux NCN de faire escale dans les ports canadiens et, je présume, à Esquimalt et à Victoria en particulier.

Une autre question importante dans le présent litige consiste à savoir d'où provient le pouvoir de prendre les décrets contestés en l'espèce. L'avocat des intimés affirme expressément que les décrets sont fondés sur la prérogative royale en matière d'affaires étrangères et de défense nationale. Bien que ces navires fassent escale dans les ports canadiens depuis plus de deux décennies, le ministère de la Défense nationale, conformément aux orientations annoncées par le ministre de l'Environnement en juin 1990, a fait l'étude des effets de ces escales sur l'environnement. Cependant, l'avocat des intimés affirme expressément que cette étude n'a pas été entreprise sous le régime du Décret sur les lignes directrices. Il fait valoir que ce décret ne s'applique pas aux décisions du gouverneur en conseil, particulièrement lorsque ces décisions sont prises dans l'exercice de la prérogative royale.

Requête préliminaire en vue de radier la demande

Au début de l'audience, le 9 juin, j'ai d'abord tranché une demande présentée au nom des intimés, en date du 4 juin 1992, pour que la requête introductive d'instance soit radiée, conformément à la Règle 419

Rules, C.R.C., c. 663] and the inherent jurisdiction of the Court to control its own process. That application was based on submissions that the Court lacked jurisdiction to grant the relief sought since the relief is sought against the wrong party, the originating motion discloses no cause of action or is an abuse of the process of the Court for *certiorari* is not available to challenge the validity of the two impugned Orders in Council. Further, it was urged that it would be inappropriate for this Court to grant the relief sought by *mandamus* since that relief is not within the Court's jurisdiction or it would constitute the exercise of an appellate function or usurping of discretionary jurisdiction vested in certain of the respondents. Finally, it was said that the issues raised by the applicants are not justiciable and the application constitutes an abuse of the process of the Court. At the hearing counsel for the respondents in support of the motion to strike also urged that materials filed by the applicants, the numerous affidavits filed, are so seriously flawed and defective that there is no case to be met by the respondents.

Of course, this proceeding is not an action to which Rule 419 refers in providing for applications to strike pleadings. Yet it was urged on behalf of the respondents that the discretion to strike, provided by that Rule in relation to actions, is inherent in the Court's jurisdiction in relation to motions. Reliance is placed on the decision of the Court of Appeal in *Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment)*, [1992] 3 F.C. 316 (C.A.) [hereinafter referred to as *Alcan*] as implicitly supporting jurisdiction of this Court to consider a preliminary motion to strike an originating motion seeking judicial review. At the very least that decision does stand for the principle that where there is a preliminary motion to strike an originating motion the Court must dispose of the preliminary motion before dealing with the merits of the originating motion, at least in circumstances where the preliminary motion has been fully argued and the originating motion has not been.

[*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], et vu la compétence inhérente de la Cour pour contrôler sa propre procédure. Au soutien de cette demande, les intimés ont plaidé que la Cour n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée, vu que celle-ci était demandée contre la mauvaise partie et que la requête introductive d'instance ne révélait aucune cause d'action ou constituait un emploi abusif des procédures de la Cour, puisqu'un *certiorari* ne pouvait être obtenu pour contester la validité des deux décrets en cause. En outre, l'avocat des intimés a soutenu qu'il serait inopportun que la Cour accorde la réparation demandée par voie de *mandamus* puisque cette réparation ne relevait pas de la compétence de la Cour ou qu'elle constituerait l'exercice d'une fonction d'appel ou usurperait le pouvoir discrétionnaire conféré à certains des intimés. Enfin, l'avocat des intimés a affirmé que les questions soulevées par les requérants n'étaient pas du ressort des tribunaux et que la demande constituait un emploi abusif de la procédure de la Cour. À l'audience, l'avocat des intimés a également fait valoir, au soutien de la requête en radiation, que les documents déposés par les requérants, c'est-à-dire les nombreux affidavits, étaient tellement viciés et défectueux que le recours dirigé contre les intimés était dénué de fondement.

Bien entendu, la présente instance n'est pas une action visée par la Règle 419 qui prévoit les demandes de radiation des plaidoiries. Pourtant, l'avocat des intimés a soutenu que le pouvoir discrétionnaire de radier, prévu par cette règle dans le cas des actions, était inhérent à la compétence de la Cour en matière de requêtes. Selon lui, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1992] 3 C.F. 316 (C.A.) [ci-après appelé *Alcan*] a implicitement reconnu que cette Cour connaissait d'une requête préliminaire en radiation d'une requête introductive d'instance en vue d'un contrôle judiciaire. À tout le moins, selon lui, la Cour d'appel, dans cet arrêt, a statué que, lorsque la Cour était saisie d'une requête préliminaire en radiation d'une requête introductive d'instance, la Cour devait trancher la requête préliminaire avant de statuer sur le fond de la requête introductive d'instance, du moins lorsque la requête préliminaire a été pleinement débattue tandis que la requête introductive d'instance ne l'a pas été.

I have no doubt that within the inherent jurisdiction of the Court, in controlling its own process, there is discretion to strike an originating motion seeking judicial review, but that discretion would be exercised only where it is clear there is no basis for proceeding by originating motion. In the normal course in considering motions the applicant seeking judicial review, or any other relief available by motion, is heard, and the respondent opposing the relief sought responds with all of the arguments supporting dismissal of the motion. It may well be that jurisdictional issues or issues relating to the manner in which the motion and supporting materials are framed will lead the Court to exercise its discretion to strike a motion without argument on its merits. In *Centennial Packers Ltd. v. Canada Packers Inc. et al.* (1986), 13 C.P.R. (3d) 187 (F.C.T.D.) my colleague Mr. Justice Cullen ordered that an originating motion be struck because it was procedurally irregular and, in the circumstances of that case, could not be corrected. In *Wells v. Canada (Minister of Transport)*, T-2160-92, order dated 19/4/93, F.C.T.D., not yet reported, Associate Chief Justice Jerome quashed an originating motion for review of a decision of the Information Commissioner on the ground that the issue it raised was *res judicata*. Often the considerations affecting the exercise of discretion will require an appreciation of the circumstances in which the motion arises and of the relief sought. Frequently that appreciation is only fully provided by presentation of the applicant's case based on the originating motion and supporting affidavits. Particularly where the preliminary motion to strike is filed, but not yet heard, just before the commencement of a special hearing scheduled to consider the originating motion, it may be more expeditious, and of assistance to the Court's appreciation of the case for judicial review, to have the applicant's case fully presented. Here the respondents urge that it would be more expeditious if the preliminary motion to strike be granted, for the Court could then avoid argument on the merits of the application for judicial review. For the applicants, however, it is urged that response to the matters raised in the preliminary motion to strike requires dealing with many of the matters that would otherwise be presented in relation to the merits of the originating motion.

Je n'ai aucun doute que la compétence inhérente de la Cour pour contrôler sa propre procédure comprend le pouvoir discrétionnaire de radier une requête introductive d'instance de contrôle judiciaire. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire ne doit être exercé que si la requête introductive d'instance est manifestement irrecevable. Lorsque la Cour est saisie d'une requête, et notamment d'une requête de contrôle judiciaire, le requérant est habituellement entendu et l'intimé qui s'oppose à la réparation demandée répond en invoquant tous les arguments au soutien du rejet de la requête. Il se peut que des questions de compétence ou des questions relatives à la manière dont la requête et les documents présentés à l'appui sont formulés amènent la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire de radier une requête, sans que celle-ci ne soit plaidée au fond. Dans le jugement *Centennial Packers Ltd c. Canada Packers Inc. et autre* (1986), 13 C.P.R. (3d) 187 (C.F. 1^{re} inst.) mon collègue, M. le juge Cullen, a ordonné la radiation d'une requête introductive d'instance à cause d'une irrégularité de procédure, irrégularité qui ne pouvait être corrigée dans ce cas. Dans *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, T-2160-92, ordonnance en date du 19/4/93, C.F. (1^{re} inst.), encore inédite, le juge en chef adjoint Jerome a annulé une requête introductive d'instance en vue du contrôle d'une décision du Commissaire à l'information, au motif que la question qu'elle soulevait avait l'autorité de la chose jugée. Souvent, le tribunal appelé à exercer son pouvoir discrétionnaire devra apprécier la situation dans laquelle la requête a été présentée et la réparation demandée. Dans bien des cas, une appréciation complète n'est possible que si le requérant a l'occasion de faire valoir sa cause, d'après la requête introductive d'instance et les affidavits présentés à son appui. Dans le cas particulier où la requête préliminaire en radiation a été déposée, sans toutefois avoir été entendue, juste avant la date à laquelle doit commencer une audience spéciale pour examiner la requête introductive d'instance, il pourrait être plus expéditif, et utile à la Cour, dans son appréciation de la demande de contrôle judiciaire, de permettre au requérant de faire une présentation complète de sa demande. En l'espèce, les intimés plaident qu'il serait plus expéditif d'accueillir la requête préliminaire en radiation, vu que la Cour pourrait ainsi éviter un débat sur le fond de la demande de contrôle judiciaire. Cependant,

In the circumstances of this application, and in light of the timing of the respondents' preliminary motion, I was not persuaded that the Court should exercise discretion to strike the originating motion. The respondents' motion to strike was dismissed, without prejudice to their raising, in response to the originating motion, any and all of the arguments raised in support of the motion to strike as grounds upon which the relief sought by the applicants should be denied and the originating motion should be dismissed.

The Court's jurisdiction in relation to the parties respondent, the Orders in Council, and the relief sought

The respondents raise objections to the originating motion and the manner in which it is framed, objections which it is said concern the Court's jurisdiction in this application. First, it is urged that the parties named as respondents are not the proper party where the decisions sought to be reviewed are those of the Governor in Council. Second, it is submitted that *certiorari* does not lie here for the decisions sought to be questioned are legislative in nature, not administrative or judicial, the issues raised by the applicants are said not to be justiciable, and the decisions were made within the valid exercise of prerogative power. Thirdly, it is urged that *mandamus* does not lie in the circumstances of this case to compel Ministers to direct a public environmental review.

I turn to the first of the procedural issues raised, concerning appropriate parties. The applicants' originating notice of motion is directed to Her Majesty the Queen in right of Canada, and to the Prime Minister and the Ministers of National Defence, External Affairs, Transport, and Environment. The relief sought includes *certiorari* to quash the Orders in Council in question as decisions made by the Gov-

l'avocat des requérants soutient que, pour répondre aux questions soulevées dans la requête préliminaire en radiation, il faut traiter plusieurs questions qui seraient abordées par ailleurs dans un débat sur le fond de la requête introductive d'instance.

Compte tenu des circonstances en l'espèce, et vu le moment où la requête préliminaire des intimés a été présentée, je n'ai pas été convaincu que la Cour dût exercer son pouvoir discrétionnaire pour radier la requête introductive d'instance. La requête en radiation des intimés a été rejetée, sous réserve de leur droit de soulever, en réponse à la requête introductive d'instance, tous les arguments soulevés à l'appui de la requête en radiation pour justifier le refus de la réparation demandée par les requérants et le rejet de la requête introductive d'instance.

Compétence de la Cour en ce qui a trait aux parties intimées, aux décrets et à la réparation demandée

Les intimés s'opposent à la requête introductive d'instance et à la manière dont elle est formulée, et leurs objections, dit-on, intéressent la compétence de la Cour pour entendre la présente demande. Premièrement, les intimés soutiennent qu'ils n'auraient pas dû être constitués parties à l'instance vu que les décisions dont on demande le contrôle sont celles du gouverneur en conseil. Deuxièmement, les intimés prétendent qu'un *certiorari* ne peut être accordé en l'espèce parce que les décisions contestées sont de nature législative, et non administrative ou judiciaire, parce que les questions soulevées par les requérants ne sont pas du ressort des tribunaux et parce que les décisions ont été prises dans l'exercice valide de la prérogative. Troisièmement, les intimés font valoir qu'un *mandamus* ne peut être accordé en l'espèce pour obliger les ministres à ordonner un examen public en matière d'environnement.

Je vais d'abord examiner la première question de procédure soulevée, savoir si la demande est dirigée contre les bonnes parties. L'avis de requête introductive d'instance des requérants est adressée à Sa Majesté la Reine du chef du Canada, au premier ministre et aux ministres de la Défense nationale, des Affaires extérieures, des Transports et de l'Environnement. La réparation demandée comprend un *certio-*

ernor General in Council, and *mandamus* or relief in the nature thereof

1. to compel the Minister of National Defence, the Secretary of State for External Affairs, and/or the Minister of Transport to

(a) conduct an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the aforementioned visits of nuclear powered and nuclear armed warships to Canadian ports, and specifically, to Esquimalt and Victoria harbours,

(b) to refer the proposal to conduct the aforesaid nuclear ship visits to the Minister of the Environment for public review by a Panel, and

(c) to otherwise comply with the Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467 in respect of the aforesaid nuclear ships visits.

2. to compel the Minister of the Environment to hold a public review pursuant to sections 12, 13 and 20 of the Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order.

I note that no claim is made for relief directed to the Prime Minister of Canada, though the Prime Minister is named as a respondent. In argument for the applicants it is said that the Prime Minister is joined because he has ultimate responsibility for the executive branch of government. Nevertheless, he is not the legal representative of the Governor in Council and if he were joined for that purpose it would not be effective or proper. Here it is argued that in essence, the Prime Minister was involved in decisions with his Ministers in failing to provide a lawfully mandated public environmental review. That portrayal is based upon the argument that the Guidelines Order is applicable to decisions here made by Orders in Council, and further that the Guidelines Order requires a public review, but even if that were correct, inclusion of the Prime Minister as a respondent, where no relief is sought in relation to decisions made in law by his office, is clearly not appropriate.

The other Ministers joined as respondents are proper parties where the applicants seek an order

rari pour annuler les décrets en cause, à titre de décisions prises par le gouverneur général en conseil, et un *mandamus*, ou une réparation de cette nature

1. pour obliger le ministre de la Défense nationale, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures ou le ministre des Transports à prendre les mesures suivantes:

a) faire un examen préalable ou une évaluation initiale afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes que peuvent avoir sur l'environnement les visites susmentionnées effectuées par des navires de guerre à propulsion nucléaire et à charge nucléaire dans les ports canadiens, et spécialement aux ports d'Esquimalt et de Victoria;

b) soumettre au ministre de l'Environnement la proposition portant sur les visites susmentionnées effectuées par des navires nucléaires pour qu'elle fasse l'objet d'un examen public par une commission;

c) respecter par ailleurs le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467 relativement aux visites susmentionnées effectuées par des navires nucléaires.

2. pour obliger le ministre de l'Environnement à tenir un examen public, conformément aux articles 12, 13 et 20 du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement.

Je remarque que le premier ministre du Canada ne fait l'objet d'aucune demande de réparation, même s'il est constitué intimé. Dans son plaidoyer, l'avocat des requérants a affirmé que le premier ministre avait été mis en cause parce qu'il était l'ultime responsable du pouvoir exécutif. Néanmoins, il n'est pas le représentant légal du gouverneur en conseil et il ne serait ni efficace, ni approprié de le mettre en cause à cette fin. En l'espèce, les requérants plaident, au fond, que le premier ministre a participé, avec les ministres, aux décisions de ne pas faire tenir un examen public en matière d'environnement, comme l'exige la loi. Cette thèse est fondée, d'une part, sur l'argument selon lequel le Décret sur les lignes directrices s'applique aux décisions prises en l'espèce sous forme de décrets et, d'autre part, sur l'argument selon lequel le Décret sur les lignes directrices exige un examen public. Cependant, même si cette thèse était exacte, il est manifestement contre-indiqué de constituer le premier ministre intimé lorsqu'aucune réparation n'est demandée relativement aux décisions prises, au plan juridique, par son bureau.

C'est à bon droit que les autres ministres ont été constitués intimés, vu que les requérants demandent

directed against each to require compliance, by *mandamus*, with the Guidelines Order.

The respondents submit that the decisions here questioned, the Orders in Council, can only be questioned before the Court by joining the Attorney General of Canada and that failure to do so results in joining the wrong party. It is normal practice to join the Attorney General of Canada as a respondent, representing Her Majesty, when a decision of the Governor General in Council is questioned, a practice not followed in this case.

Counsel relies upon the words of Mr. Justice Marceau for the Court of Appeal in *Alcan*, *supra*, at page 331, and if only Ministers of the Crown were named as respondents here, as was the case in the originating motion in *Alcan*, that would resolve the matter. As indicated by Marceau J., Ministers of the Crown are not the legal representatives of the Governor in Council, and in that case the Deputy Attorney General, representing the named respondent Ministers of Environment and Transport in that case, could not be deemed to represent the Attorney General of Canada as representative of the Governor in Council.

Unlike the situation in *Alcan*, the applicants here have addressed their originating motion to Her Majesty the Queen in right of Canada, in addition to named Ministers, each as a respondent. That would appear to be the procedure followed in the originating motion for *certiorari* to quash decisions of the Governor General in Council in question in *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410 (C.A.) where the respondents named were Her Majesty the Queen and the Minister of Transport, though counsel for the respondents here suggests that the issue of the proper party respondent was not raised in that case, as it was subsequently in *Alcan*. Reference is also made, as indicative of the normal practice, to *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 208 (T.D.), reversed on other grounds without comment on this point, [1989] 3 F.C. 684 (C.A.), but there an originating motion directed against the Governor in Council for *certiorari* to quash an Order in Council was converted by amendment, upon consent,

qu'une ordonnance soit rendue contre chacun d'eux pour les obliger à respecter, par *mandamus*, le Décret sur les lignes directrices.

Les intimés prétendent que pour pouvoir contester, devant la Cour, les décisions en cause, c'est-à-dire les décrets, il faut absolument mettre en cause le procureur général du Canada, à défaut de quoi, le recours est dirigé contre la mauvaise partie. Lorsqu'il s'agit de contester une décision du gouverneur général en conseil, il est courant de constituer intimé le procureur général du Canada comme représentant de Sa Majesté, pratique qui n'a pas été suivie en l'espèce.

L'avocat des intimés invoque les commentaires de M. le juge Marceau, s'exprimant au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *Alcan*, précité, à la page 331, et, si seuls des ministres avaient été constitués intimés en l'espèce, comme c'était le cas pour la requête introductive d'instance dans l'affaire *Alcan*, l'affaire serait réglée. Comme l'a affirmé le juge Marceau, les ministres ne sont pas les représentants légaux du gouverneur en conseil et, dans cette affaire, le sous-procureur général, lequel représentait les ministres constitués intimés, c'est-à-dire les ministres de l'Environnement et des Transports, ne pouvait être réputé représenter le procureur général du Canada en tant que représentant du gouverneur en conseil.

Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Alcan*, les requérants en l'espèce ont dirigé leur requête introductive d'instance contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada, en plus des ministres nommés, chacun à titre d'intimé. C'est apparemment la procédure qui a été suivie dans la requête introductive d'instance en *certiorari* pour annuler les décisions du gouverneur général en conseil contestées dans l'affaire *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410 (C.A.). Dans cette affaire, Sa Majesté la Reine et le ministre des Transports avaient été constitués intimés. Cependant, l'avocat des intimés en l'espèce prétend que la question de savoir si la bonne partie avait été constituée intimée n'avait pas été soulevée dans cette affaire, comme elle l'avait été subséquentement dans l'affaire *Alcan*. Pour montrer ce qui constitue la pratique normale, les intimés ont également invoqué le jugement *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 208 (1^{re} inst.), infirmé pour d'autres motifs, sans

to an action against the Attorney General for a declaration.

In my view, the decisions in *Alcan* and *National Anti-Poverty* are not determinative of the issue here raised. The applicants have here joined Her Majesty the Queen as a party respondent. Since the Deputy Attorney General had notice of that in the originating motion, the Attorney General may be deemed to have notice of the applicants' claims for relief against Her Majesty the Queen, and counsel for the Department of Justice may be taken as representing all of the respondents including Her Majesty, whose agency the Governor General in Council is when it acts as it here did to adopt Orders in Council. I note that counsel for the respondents did not disavow any responsibility here to represent Her Majesty the Queen, rather he was at pains to make clear merely that the Attorney General of Canada was not joined as a respondent as, it was submitted, is the appropriate practice.

There is no statute or rule which requires that the Attorney General of Canada be joined as respondent in an originating motion, rather than Her Majesty the Queen, if a decision of the Crown by the Governor General in Council is to be questioned. The traditional procedure to join the Attorney General as a party representing the Governor in Council is referred to by Estey J. speaking for the Supreme Court in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, but the learned Justice made no determination whether that procedure is essential.

The authorized practice in relation to suit against the Crown appears to depend upon the court where action is commenced. Subsection 23(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 as amended by S.C. 1990, c. 8, ss. 21, 29 provides, in part:

commentaire sur cette question, par [1989] 3 C.F. 684 (C.A.). Cependant, dans cette affaire, une requête introductive d'instance dirigée contre le gouverneur en conseil en vue d'obtenir un *certiorari* pour annuler un décret a été transformée, par modification autorisée par consentement, en action en jugement déclaratoire dirigée contre le procureur général.

À mon avis, les jugements *Alcan* et *Organisation nationale anti-pauvreté* ne permettent pas de trancher la question soulevée en l'espèce. Ici, les requérants ont mis en cause Sa Majesté la Reine comme partie intimée. Puisque le sous-procureur général avait été informé de ce fait dans la requête introductive d'instance, on peut considérer que le procureur général a été informé des demandes de réparation des requérants dirigées contre Sa Majesté la Reine et que l'avocat du ministère de la Justice représente tous les intimés, y compris Sa Majesté, dont le représentant est le gouverneur général en conseil lorsqu'il agit, comme il l'a fait en l'espèce, pour prendre des décrets. Je remarque que l'avocat des intimés n'a pas désavoué sa responsabilité de représenter Sa Majesté la Reine en l'espèce. Il a plutôt tenté de faire valoir simplement que le procureur général du Canada n'avait pas été constitué intimé, comme il se doit, selon lui.

Il n'existe aucune loi ou règle qui oblige de mettre en cause le procureur général du Canada comme intimé dans une requête introductive d'instance, plutôt que Sa Majesté la Reine, s'il s'agit de contester une décision de l'État prise par le gouverneur général en conseil. Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour suprême, a mentionné la procédure habituelle qui consiste à mettre en cause le procureur général comme la partie qui représente le gouverneur en conseil. Cependant, le juge n'a pas dit si cette procédure était essentielle.

Dans une poursuite dirigée contre l'État, la pratique autorisée semble dépendre du tribunal devant lequel l'action a été introduite. Le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, modifié par L.C. 1990, ch. 8, art. 21 et 29, dispose en partie:

23. (1) Proceedings against the Crown may be taken in the name of the Attorney General of Canada. . . .

On the other hand, subsection 48(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] provides in part:

48. (1) A proceeding against the Crown shall be instituted by filing in the Registry of the Court the original and two copies of a document that may be in the form set out in the schedule. . . .

and the schedule to the Act, reflecting an action rather than a motion, provides a style of cause in which Her Majesty the Queen is identified as “Defendant”. Similarly Rule 400 of the *Federal Court Rules*, which deals with actions against the Crown, refers to “a statement of claim or declaration (Form 11)”, which form in turn refers to Form 2 where the “Title of Action or Proceeding” in a statement of claim against her Majesty provides that “Her Majesty the Queen” be the defendant. Thus, in this Court, a proceeding against the Crown in the form of an action is taken against Her Majesty the Queen, not against the Attorney General as is the case in other courts under the *Crown Liability and Proceedings Act*.

In the case of proceedings against federal agencies subsection 18(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended by S.C. 1990, c. 8, s. 4 vests exclusive jurisdiction in the Trial Division except for matters assigned to the Court of Appeal under section 28, “to hear and determine any application or proceeding . . . including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.”

The term “a proceeding against the Crown” is not defined in the *Federal Court Act*, or for that matter in the *Crown Liability and Proceedings Act*, but in my view, there is no reason why that term as used in the former Act should exclude originating motions now that amendments to the *Federal Court Act* by S.C. 1990, c. 8, would no longer seem to require that any form of relief sought against the Attorney General be pursued by an action, as was the case prior to the amending statute and pursuant to then Rule 603 of the *Federal Court Rules*, now repealed [SOR/92-43,

23. (1) Les poursuites visant l'État peuvent être exercées contre le procureur général du Canada. . . .

Par ailleurs, le paragraphe 48(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] dispose en partie:

48. (1) Pour entamer une procédure contre la Couronne, il faut déposer au greffe de la Cour l'original et deux copies de l'acte introductif d'instance, qui peut suivre le modèle établi à l'annexe. . . .

Or, dans l'intitulé de la cause du modèle qui se trouve à l'annexe de la Loi, modèle établi pour une action plutôt qu'une requête, Sa Majesté la Reine est identifiée comme «défenderesse». Pareillement, à la Règle 400 des *Règles de la Cour fédérale*, qui porte sur les actions intentées contre la Couronne, il est question de «déclaration ou *statement of claim* (Formule 11)», laquelle formule renvoie à son tour à la Formule 2 [mod. par DORS/90-846, art. 25] où, dans «l'intitulé de l'action ou de la procédure», dans une déclaration contre Sa Majesté, «Sa Majesté la Reine» est nommée défenderesse. Par conséquent, devant cette Cour, une procédure engagée contre la Couronne sous forme d'action est prise contre Sa Majesté la Reine, et non contre le procureur général, comme c'est le cas devant les autres tribunaux en application de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

Dans le cas des procédures engagées contre les offices fédéraux, le paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifié par L.C. 1990, ch. 8, art. 4 confère une compétence exclusive à la Section de première instance, sous réserve de la compétence accordée à la Cour d'appel en vertu de l'article 28, pour «connaître de toute demande . . . et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral».

L'expression «procédure contre la Couronne» n'est pas définie dans la *Loi sur la Cour fédérale*, ni d'ailleurs, dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Cependant, à mon avis, il n'y a aucune raison pour laquelle cette expression, employée dans l'ancienne Loi, devrait exclure les requêtes introductives d'instance, maintenant que les modifications à la *Loi sur la Cour fédérale* apportées par L.C. 1990, ch. 8 ne semblent plus exiger qu'une demande de réparation dirigée contre le procureur général soit engagée sous forme d'action,

s. 5]. The amending Act provided the remedy by way of judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], and the *Federal Court Rules* were amended by adding Part V.1 [RR. 1600-1619, as enacted by SOR/92-43, s. 19], dealing with applications for judicial review. Those changes, effective February 1, 1992, after the motion here was filed, include Rule 1604 which now provides for service of documents upon the Attorney General of Canada in all cases of proceedings by originating motion for judicial review. Service upon the Attorney General is ordinarily effected by service upon the Deputy Attorney General.

I am not prepared to dismiss the applicants' motion in relation to *certiorari* on the ground that relief is sought against the wrong party, as the respondents urge. Although the Attorney General is not joined as the legal representative of the Governor General in Council, the applicants have named Her Majesty the Queen as respondent. If this were an action, that form would be appropriate. In such a case, an action, Mr. Justice Teitelbaum has held that it is sufficient to name Her Majesty the Queen as defendant and if it is not the intention to sue the Attorney General personally, it is redundant to include the Attorney General as a party. (*Kealey v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 195 (T.D.)). In my view, where the respondents named in an originating motion include Her Majesty the Queen, failure to name the Attorney General in lieu of Her Majesty should not be a bar to considering the application which relates to Orders in Council.

The respondents' second general argument of a preliminary sort concerns the jurisdiction of the Court to review or quash by *certiorari* the Orders in Council in question. It is said they are decisions which are legislative in nature, not administrative or judicial, that issues raised by the applicants are not justiciable, and that the decisions were made in the proper exercise of prerogative power. For each of

comme c'était le cas avant l'entrée en vigueur de la Loi modificatrice et conformément à l'ancienne Règle 603 des *Règles de la Cour fédérale*, maintenant abrogée [DORS/92-43, art. 5]. En vertu de la Loi modificatrice, la réparation s'obtient par voie de contrôle judiciaire en application de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], et les *Règles de la Cour fédérale* ont été modifiées par l'ajout de la Partie V.1 [Règles 1600 à 1619, édictées par DORS/92-43, art. 19] qui porte sur les demandes de contrôle judiciaire. Ces modifications, lesquelles sont entrées en vigueur le 1^{er} février 1992, soit après le dépôt de la requête en l'espèce, comprennent la Règle 1604 qui prévoit maintenant la signification des documents au procureur général du Canada dans tous les cas où les procédures sont engagées par une requête introductive d'instance de contrôle judiciaire. La signification au procureur général se fait habituellement par la signification au sous-procureur général.

Je ne suis pas disposé à rejeter la requête en *certiorari* au motif que ce recours est dirigé contre la mauvaise partie, comme le soutiennent les intimés. Bien que le procureur général ne soit pas mis en cause à titre de représentant légal du gouverneur général en conseil, les requérants ont constitué Sa Majesté la Reine intimée. Si la présente demande avait été une action, cette formule aurait été appropriée. Dans le cas d'une action, M. le juge Teitelbaum a statué qu'il suffisait de constituer Sa Majesté la Reine défenderesse et que, si le demandeur n'avait pas l'intention de poursuivre le procureur général personnellement, il était redondant de le mettre en cause. (Voir *Kealey c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 195 (1^{re} inst.)). À mon avis, si Sa Majesté la Reine fait partie des intimés nommés dans une requête introductive d'instance, le défaut de nommer le procureur général à la place de Sa Majesté ne devrait pas entraîner l'irrecevabilité de la demande qui se rapporte aux décrets.

Le deuxième grand argument préliminaire des intimés intéresse la compétence de la Cour pour contrôler ou annuler par voie de *certiorari* les décrets en cause. Les intimés prétendent qu'il s'agit de décisions de nature législative, et non administrative ou judiciaire, que les questions soulevées par les requérants ne sont pas du ressort des tribunaux et que les décisions ont été dûment prises dans l'exercice de la

these reasons the Court is said to be without jurisdiction to set aside the Orders in Council, or if it had been sought, to make a declaration to the same effect. The submissions of the respondents are somewhat interrelated. The argument concerning the prerogative power I postpone to deal with later in these reasons but the other arguments are here dealt with as other preliminary issues.

It is an oft-stated principle that *certiorari*, or other relief available by judicial review, does not lie where the decision questioned is legislative in nature, rather than administrative or judicial. In the words of Mr. Justice Marceau, speaking for the Court of Appeal in *Alcan, supra*, at page 331:

It is clear to me also that, however broad its scope may have become, *certiorari* is a common law remedy which was developed and still exists to review administrative determinations or decisions, not legislative prescriptions.

In that case the Guidelines Order was found not to be applicable to decisions of the Ministers concerned. Then Marceau J. continued and discussed an Order in Council passed on the recommendation of the Minister of the Environment pursuant to section 6 of the *Department of the Environment Act* which provided that the Guidelines Order did not apply to the Kemano Completion Project. That exemption order, as it was described, was found by Marceau J.A. to be within power delegated by Parliament under the Act to make orders to establish guidelines relating to environmental matters, and he commented about the Order in Council in these terms at page 345:

Whether the order in council is characterized as an amendment to the EARP Guidelines enacted for the purpose of specifically exempting the Project from their application, or as a mere confirmation that the scope of the Guidelines did not extend to it, made with a view to clarifying the situation, it seems to me that, passed, as it was, pursuant to section 6 of the *Department of the Environment Act* it was clearly authorized by Parliament. The power to adopt regulations or other legislative enactments necessarily includes the power to clarify, amend or vary those regulations or enactments subsequently, provided, of course, that the power is not exercised in a manner which would contravene the intentions of the legislature.

Alcan was of course concerned with the exercise of power delegated by Parliament to make regulations,

prérogative. Pour chacun de ces motifs, les intimés affirment que la Cour n'a pas compétence pour annuler le décret ou rendre un jugement déclaratoire au même effet, si un tel jugement était demandé. Les arguments des intimés sont quelque peu liés. Je traiterai plus loin, dans les présents motifs, l'argument qui porte sur la prérogative. J'aborde maintenant les autres arguments comme les autres questions préliminaires.

Comme le veut un principe maintes fois énoncé, un tribunal ne peut accorder de bref de *certiorari* ou d'autre réparation par voie de contrôle judiciaire lorsque la décision contestée est de nature législative, plutôt qu'administrative ou judiciaire. S'exprimant au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *Alcan*, précité, à la page 331, M. le juge Marceau a affirmé ce qui suit:

Il est aussi hors de doute que, aussi étendu qu'il ait pu devenir, le bref de *certiorari* est un recours de common law qui a été conçu et qui existe toujours pour le contrôle des conclusions ou décisions administratives, non pas des prescriptions législatives.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé que le Décret sur les lignes directrices ne s'appliquait pas aux décisions des ministres en cause. Le juge Marceau a ensuite parlé d'un arrêté pris sur recommandation du ministre de l'Environnement, conformément à l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Cet arrêté prévoyait que le Décret sur les lignes directrices ne s'appliquait pas aux travaux d'achèvement du projet Kemano. Le juge Marceau a statué que cet arrêté portant exemption, comme il l'a nommé, relevait du pouvoir délégué par le Parlement, en vertu de la Loi, de prendre des arrêtés pour établir des lignes directrices en matière d'environnement. Le juge a fait les commentaires suivants sur l'arrêté, à la page 345:

Qu'on voie dans cet arrêté une modification apportée au Décret sur les lignes directrices pour en exempter expressément le projet, ou la simple confirmation que celui-ci ne tombe pas dans son champ d'application, c'est-à-dire un simple éclaircissement, il me semble que du fait qu'il a été pris en application de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, il était clairement autorisé par la loi. Le pouvoir d'adopter des règlements et autres textes s'entend forcément aussi du pouvoir de les clarifier ou modifier, à condition bien entendu que ce pouvoir ne soit pas exercé de façon qui irait à l'encontre de la volonté du législateur.

Bien entendu, l'arrêt *Alcan* portait sur l'exercice du pouvoir délégué par le Parlement de prendre des

which the Court of Appeal considered in that case to be a power to make decisions legislative in nature. This portion of the decision has been criticized recently in the Ninth Report of the Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations, June 3, 1993, the Senate and the House of Commons, Ottawa. The report bases its criticism on the principle that a delegation of general legislative power by Parliament ought not to be interpreted, unless it expressly so provides, as including authority to exempt individual cases from general regulations. Such a principle does not appear to be judicially recognized as yet in Canada in relation to regulating authority. The criticism has no significance for the case at bar for the Orders in Council here are general in their application and are not readily described as exemption orders.

An earlier example of the limits of judicial review in relation to decisions of the Governor in Council, made within the authority delegated by Parliament through legislation, is the decision of the Supreme Court of Canada in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106. In upholding the validity and applicability of an Order in Council made under the *National Harbours Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-8, Mr. Justice Dickson (as he then was) said, at page 581,

Decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings. Although, as I have indicated, the possibility of striking down an order in council on jurisdictional or other compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action. This is not such a case.

After discussing various factors that might have motivated the government of the day to pass the Order in Council, Dickson J. continued at page 115:

I have referred to these several pieces of evidence, not for the purpose of canvassing the considerations which may have motivated the Governor in Council in passing the Order in Council but to show that the issue of harbour extension was one of economic policy and politics; and not one of jurisdiction or jurisprudence. The Governor in Council quite obviously believed that he had reasonable grounds for passing [the] Order in Council . . . extending the boundaries of Saint John harbour and we cannot inquire into the validity of those beliefs in order to determine the validity of the Order in Council.

règlements, pouvoir que la Cour d'appel a considéré, dans cette affaire, comme un pouvoir de prendre des décisions de nature législative. Cette partie de l'arrêt a été récemment critiquée dans le Neuvième rapport du Comité mixte permanent d'examen de la réglementation, du 3 juin 1993, Sénat et Chambre des communes, Ottawa. La critique formulée dans le rapport part du principe selon lequel une délégation, par le Parlement, d'un pouvoir législatif général ne devrait pas être interprétée, sauf disposition expresse, comme comprenant le pouvoir d'exempter des cas particuliers du règlement général. Un tel principe ne semble pas encore avoir été reconnu en jurisprudence canadienne en ce qui a trait au pouvoir réglementaire. La critique n'a aucune incidence en l'espèce, puisque les décrets en cause sont d'application générale et ne peuvent être aisément qualifiés de décrets portant exemption.

Un arrêt antérieur de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106 illustre les limites du contrôle judiciaire sur les décisions du gouverneur en conseil qui sont prises en vertu du pouvoir délégué par le Parlement dans une loi. Confirmant la validité et l'applicabilité d'un décret pris en application de la *Loi sur le Conseil des ports nationaux*, S.R.C. 1970, ch. N-8, M. le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit ce qui suit, à la page 111:

Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret de Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure. Tel n'est pas le cas ici.

Après avoir discuté des divers facteurs qui auraient pu motiver le gouvernement de l'époque à prendre le décret, le juge Dickson a poursuivi en ces termes à la page 115:

Je mentionne ces différents éléments de preuve non pas pour examiner les considérations qui ont pu motiver le gouverneur en conseil à prendre le décret, mais pour démontrer que l'extension du port a été une question économique et politique plutôt qu'une question de compétence ou de droit pur. Le gouverneur en conseil a manifestement cru avoir des motifs raisonnables de prendre le décret . . . qui étendait les limites du port de Saint-Jean et nous ne pouvons nous enquerir de la validité de ces motifs afin de déterminer la validité du décret.

In *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, *supra*, the Supreme Court of Canada held there was no basis for intervention of the courts in another instance of action by Order in Council, under section 64 of the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17 as amended, under which the Governor in Council was authorized to consider and determine appeals from rulings of the CRTC. Estey J. for the Court, found that the authority delegated was to determine appeals in light of political, economic and social concerns of the moment and the Governor in Council was not bound to observe principles of procedural fairness. Its decisions within the scope of the enabling legislation were not within the jurisdiction of the courts to review. Thus, it seems that even where the Governor in Council is vested with authority to settle competing interests, upon appeal from some administrative agencies, decisions rendered by Order in Council may not be reviewed where the power exercised is judged by the Court to be beyond its capacity to review in light of the factors to be considered by the Governor in Council.

A variety of other cases were cited by counsel for the respondents, but I refer only to one other which, though it concerned another issue, dealt with circumstances, not unlike those in this case, where the decision of the Governor in Council in question was based on the exercise of prerogative powers in relation to treaties and national defence. In *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, the Supreme Court of Canada dismissed an appeal where the Court of Appeal [[1993] 1 F.C. 745] had struck out a statement of claim in an action questioning the decision of government to permit testing of cruise missiles over Canadian territory by the United States. That decision was said to infringe rights secured under the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and the action sought a declaration to that effect, an injunction against overflights of cruise missiles and damages. There was no debate about the source of authority for government action; it was accepted as a

Dans l'arrêt *Procureur générale du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, précité, la Cour suprême du Canada a statué qu'une autre mesure prise par décret, cette fois en application de l'article 64 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17 et ses modifications, n'était pas du ressort des tribunaux. En vertu de cette loi, le gouverneur en conseil était autorisé à examiner et trancher des appels de décisions du CRTC. Au nom de la Cour, le juge Estey a conclu que le pouvoir délégué permettait de trancher des appels à la lumière des préoccupations politiques, économiques et sociales de l'époque et que le gouverneur en conseil n'était pas tenu d'observer les principes de l'équité procédurale. Les tribunaux n'avaient pas compétence pour contrôler ses décisions rendues dans les limites prévues par la loi habilitante. Par conséquent, il semblerait que même lorsque le gouverneur en conseil s'est vu conférer le pouvoir d'arbitrer un différend qui oppose des intérêts divergents, sur appel des décisions de certains organismes administratifs, les décisions rendues par décret ne peuvent être contrôlées lorsque le tribunal juge que le pouvoir exercé échappe à sa compétence de contrôle à la lumière des facteurs dont doit tenir compte le gouverneur en conseil.

L'avocat des intimés a cité plusieurs autres arrêts, mais je n'en mentionnerai qu'un seul qui, bien qu'il portât sur une autre question, intéressait un cas qui rappelle celui-ci; en effet, la décision en cause du gouverneur en conseil était fondée sur l'exercice de sa prérogative en matière de traités et de défense nationale. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, la Cour suprême du Canada a rejeté un appel d'une décision de la Cour d'appel [[1983] 1 C.F. 745] qui avait radié une déclaration dans une action où l'on avait contesté la décision du gouvernement de permettre les essais de missiles de croisière au-dessus du territoire canadien par les États-Unis. Les demandeurs avaient allégué que cette décision contrevenait à leurs droits garantis par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et, dans l'action, ils ont demandé un jugement déclaratoire en ce sens, une injonction pour interdire les vols de missiles de croi-

decision made in exercise of the prerogative power in relation to international relations, treaties and national defence.

While the Supreme Court clearly recognized that decisions of the Governor in Council based on the prerogative power are subject to judicial review in regard to issues raised in contravention of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the circumstances in that case did not give rise to a Charter issue. Speaking for the majority of the Court, Chief Justice Dickson found no basis established for the Court to intervene in relation to the Order in Council, for, in his view, there was no connection between that decision, to permit testing of cruise missiles, and the injury complained of, an increase in the probability of nuclear war. In a concurring opinion Madam Justice Wilson found that the issues raised in the statement of claim in essence sought to question the appropriateness, the merits, of the decision, a discretionary decision vested under the Constitution in the Crown by prerogative powers, and this was not an issue for the courts. In that sense the issue raised was non-justiciable.

What constitutes a legislative decision that is beyond consideration by the Court, except in relation to issues of jurisdiction of the decision-maker, here the Governor in Council? At the very least it seems to me the decision must be discretionary, usually, but not always, general in its application, based on the exercise of judgment after assessing factors of general policy, of public interest and public convenience, morality, politics, economics, international obligations, national defence and security, or social, scientific or technical concerns, that is, issues of policy which lie outside the ambit of typical concerns or methods of the courts. The classification of a power as "legislative" is not always easily done, or easily justified. In my view, the better approach in considering powers delegated by legislation is to consider whether the power in question is within the authority delegated in light of the factors to be assessed by the delegate within the intent of Parliament. In the case

sière au-dessus du territoire canadien et des dommages-intérêts. Il n'y a eu aucun débat sur la source du pouvoir qui autorisait la mesure prise par le gouvernement; les intéressés avaient admis que la décision avait été prise dans l'exercice de la prérogative en matière de relations internationales, de traités et de défense nationale.

Bien que la Cour suprême ait clairement reconnu que les décisions du gouverneur en conseil fondées sur sa prérogative sont susceptibles de contrôle judiciaire en cas de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les faits dans cette affaire n'ont pas soulevé de questions relatives à la Charte. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge en chef Dickson a conclu que rien ne permettait à la Cour d'intervenir relativement au décret car, à son avis, il n'y avait aucun lien entre cette décision—savoir, permettre les essais de missiles de croisière—et le préjudice allégué, c'est-à-dire le risque accru de guerre nucléaire. Dans un jugement concordant, M^{me} le juge Wilson a conclu que les questions soulevées dans la déclaration portaient essentiellement sur le bien-fondé de la décision rendue dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui relevait de la prérogative royale en vertu de la Constitution, et que les tribunaux n'avaient pas compétence pour connaître de la question. En ce sens, la question soulevée n'était pas du ressort des tribunaux.

Qu'est-ce qui constitue une décision législative dont la Cour ne peut connaître, sous réserve des questions relatives à la compétence de l'auteur de la décision, savoir, en l'espèce, le gouverneur en conseil? À tout le moins, il me semble que la décision doit répondre aux conditions suivantes: elle doit être discrétionnaire, elle doit habituellement—mais pas toujours—être d'application générale et elle doit être fondée sur l'exercice du jugement, après avoir évalué les facteurs relatifs à la politique générale, l'intérêt public, la commodité publique, la moralité, la politique, l'économie, les obligations internationales, la défense et la sécurité nationales, ou à des préoccupations d'ordre social, scientifique ou technique, c'est-à-dire des questions de principe qui ne relèvent pas des préoccupations ou des méthodes classiques des tribunaux. Il n'est pas toujours facile de qualifier un pouvoir de «législatif» ou de justifier ce qualificatif. À mon avis, la meilleure façon d'apprécier les pou-

of claimed prerogative powers the question will be whether the power exercised is within prerogative powers.

Here, policy concerns, in light of Canada's international relations, national security and defence interests are the prime factors upon which the Orders in Council were based. On examination, their text makes no reference to statutory authority. Their essence, one might say their "pith and substance", authorizing visits of certain types of naval vessels operated by friendly countries on conditions assured by their governments, is clearly a matter concerned with international relations and national defence policy. I note, for subsequent reference in these reasons, that in my view the orders do not relate, in their essence, to the regulation of atomic energy, to the shipment of dangerous goods or to the regulation of the environment, though I acknowledge that visits by vessels authorized by these orders may incidentally affect such matters.

Clearly the Orders in Council here questioned are decisions legislative in nature, made in the exercise of discretion and beyond the scope of judicial review so far as they lie within the jurisdiction of the Governor in Council under the prerogative power. Whether they do so lie is an issue dealt with after considering other preliminary issues raised.

In so far as the respondents urge that the issues raised by the applicants are non-justiciable, based on the opinion of Madam Justice Wilson in *Operation Dismantle, supra*, the argument is based on concluding that the essence of the applicants' motion is to "second guess", to question the appropriateness of the decisions made by Order in Council, i.e., the merits of the decisions, to permit visits by NPVs and NCVs, or to permit them without first undertaking a public environmental assessment review process.

voirs délégués par une loi consiste à se demander si le pouvoir en cause relève de l'autorité déléguée à la lumière des facteurs dont doit tenir compte le délégataire, dans les limites de l'intention du Parlement.

^a Lorsque l'on allègue une prérogative, il s'agira de se demander si le pouvoir a été exercé dans le cadre de cette prérogative.

^b En l'espèce, les décrets étaient surtout fondés sur des préoccupations d'ordre politique, compte tenu des intérêts du Canada en relations internationales, dans la sécurité nationale et dans la défense. À l'examen, il n'est nullement question de pouvoir légal dans le texte des décrets. Ce qui en constitue l'essence, et que l'on pourrait appeler leur «caractère véritable», savoir autoriser les escales de certains types de navires de guerre exploités par des pays amis à des conditions garanties par leurs gouvernements, est clairement une question qui relève de la politique en matière de relations internationales et de défense nationale. Je signale, pour référence ultérieure dans les présents motifs, qu'à mon avis, les décrets ne se rapportent pas essentiellement à la réglementation de l'énergie atomique, au transport par mer des marchandises dangereuses ou à la réglementation de l'environnement. Cependant, j'admets que les escales effectuées par les navires autorisés dans ces décrets peuvent avoir une incidence sur ces questions.

^c Manifestement, les décrets contestés en l'espèce sont des décisions de nature législative, prises dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et qui échappent au contrôle judiciaire dans la mesure où elles relèvent de la compétence du gouverneur en conseil en vertu de la prérogative. La question de savoir si c'est effectivement le cas sera traitée après l'examen des autres questions préliminaires soulevées.

^d Si les intimés plaident que les questions soulevées par les requérants ne sont pas du ressort des tribunaux, s'appuyant sur les motifs de Madame le juge Wilson dans l'arrêt *Operation Dismantle*, précité, c'est parce qu'ils estiment que la requête vise, au fond, à contester le bien-fondé des décisions, prises par décret, de permettre les escales de NPN et de NCN, ou de les permettre sans avoir d'abord entrepris le processus d'évaluation et d'examen publics en matière d'environnement. C'est peut-être là le but

Those may be the ultimate goals of the applicants, but those goals do not raise issues for this Court. That has already been stressed by my colleague Strayer J. in dealing with a preliminary motion in this matter (*Vancouver Island Peace Society v. Canada*, *supra*, at page 49). For the applicants it is urged that the originating motion does not invite the Court to assess the merits of the decisions, rather, what is here sought is recognition that the decisions were made in a manner that is inconsistent with the lawful authority of the Governor in Council. The evidence offered by affidavits, in particular the evidence of risk arising from visits of NPVs and NCVs and the evidence of widespread support for a public environmental assessment is submitted, not to persuade the Court that the Governor in Council was wrong, but rather that relevant evidence available to the Crown was ignored, it is alleged in bad faith, and thus the decisions made were beyond the jurisdiction of the Governor in Council.

The applicants' submissions, in my view, warrant consideration on the basis on which they were advanced, that is in relation to arguments that the Guidelines Order is here applicable in relation to the decisions questioned but was here ignored, and that evidence available to the Crown was ignored. Thus I decline to construe the applicants' motion as in essence one that simply questions the merits of the decisions made. For the purposes of the applicants' submissions the issues they raise, in my view, warrant consideration on their merits and are not properly classed as non-justiciable.

There is a final preliminary argument concerning jurisdiction of the Court in relation to the relief sought by *mandamus* against named Ministers to compel them to take account of the widespread public interest in the visits of NPVs and NCVs and to order an environmental screening or initial assessment, and to refer the matter for public review by a Panel, in accord with the provisions of the Guidelines Order. The respondents contend that Order has no application to these decisions, and moreover even if the Order were to apply it is clear from the Order

ultime que visent les requérants, mais ce but ne soulève pas de questions dont cette Cour peut connaître. Mon collègue le juge Strayer, saisi d'une requête préliminaire dans ce dossier (*Vancouver Island Peace Society c. Canada*, précité, à la page 49) a déjà insisté sur ce point. Selon l'avocat des requérants, la requête introductive d'instance n'a pas pour objet d'inviter la Cour à évaluer le bien-fondé de la décision. Dans leur requête, les requérants demandent plutôt à la Cour de reconnaître que les décisions ont été prises d'une manière incompatible avec les pouvoirs légitimes du gouverneur en conseil. La preuve présentée par affidavit, notamment sur le risque posé par les escales de NPN et de NCN et le fait qu'une bonne partie de la population soit en faveur d'un examen public en matière d'environnement, vise non pas à convaincre la Cour que le gouverneur en conseil avait tort mais plutôt à démontrer que l'État a fait fi, de mauvaise foi allègue-t-on, de la preuve pertinente qu'il avait à sa disposition, si bien que le gouverneur en conseil a outrepassé sa compétence en prenant les décisions en cause.

À mon avis, les arguments des requérants méritent d'être examinés dans l'optique dans laquelle ils ont été avancés, c'est-à-dire en rapport avec la thèse selon laquelle le Décret sur les lignes directrices s'applique en l'espèce relativement aux décisions contestées mais qu'il n'en a pas été tenu compte, et que l'État a fait fi d'une preuve qui était fournie. Par conséquent, à mon sens, la requête n'a pas simplement pour objet essentiel de contester le bien-fondé des décisions prises. À mon avis, les arguments avancés par les requérants méritent d'être examinés au fond et il est faux de dire qu'ils ne sont pas du ressort des tribunaux.

Les intimés ont fait valoir un dernier argument préliminaire concernant la compétence de la Cour en rapport avec la réparation demandée par voie de *mandamus* contre les ministres nommés pour les obliger à tenir compte du fait qu'une bonne partie de la population s'intéresse aux escales de NPN et de NCN, à ordonner un examen préalable ou une évaluation initiale et à soumettre la question à un examen public par une commission, conformément aux dispositions du Décret sur les lignes directrices. Selon les intimés, ce décret ne s'applique pas aux décisions en cause.

itself that the necessity for a public review is a matter for the "initiating department" to determine.

Sections 10, 11, 12, 13 and 20 of the Guidelines Order, upon which the applicants rely, are as follows:

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1) shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

11. For the purposes of the environmental screening and initial assessment referred to in subsection 10(1), the initiating department shall develop, in cooperation with the Office,

(a) a list identifying the types of proposals that would not produce any adverse environmental effects and that would, as a result, be automatically excluded from the Process; and

(b) a list identifying the types of proposals that would produce significant adverse environmental effects and that would be automatically referred to the Minister for public review by a Panel.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(a) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(a), in which case the proposal may automatically proceed;

(b) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(b), in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

(d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;

(e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the

En outre, même si le décret s'appliquait, il ressort clairement du décret lui-même qu'il appartient au «ministère responsable» de juger de la nécessité d'un examen public.

^a Les articles 10, 11, 12, 13 et 20 du Décret sur les lignes directrices, invoqués par les requérants, disposent:

^b 10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

^c (2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

^d 11. Aux fins de l'examen préalable et de l'évaluation initiale visés au paragraphe 10(1), le ministère responsable dresse, en collaboration avec le Bureau, les listes suivantes:

^a a) une liste des divers types de propositions qui n'auraient aucun effet néfaste sur l'environnement et qui, par conséquent, seraient automatiquement exclus du processus; et

^e b) une liste des divers types de propositions qui auraient des effets néfastes importants sur l'environnement et qui seraient automatiquement soumises au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

^f a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11a), auquel cas elle est réalisée telle que prévue;

^g b) la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11b), auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

^h d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

ⁱ e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou

^j f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition

proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

20. Where a determination concerning a proposal is made pursuant to paragraph 12(b), (d) or (e) or section 13, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review.

Whether the Guidelines Order is applicable in the case of these decisions, so that an initial assessment in accord with section 10 is required, is a matter dealt with under a later heading in these reasons. However, in my view, the assessment of the environmental effects of any proposal is a matter entirely within the authority of the "initiating department", as is the determination of whether public concern about a proposal is such that a public review is desirable. No duty to refer a proposal for a public review by a Panel arises under the Guidelines Order until an "initiating department" determines that a proposal would produce potentially adverse environmental effects that are unknown and, presumably before proceeding, the proposal is not to be subject to further study and reassessment (paragraph 12(d)), or that potentially adverse environmental effects that would or may be produced are significant (paragraphs 12(b) and (e)), or that however the environmental effects may be assessed under section 12, public concern about the proposal is such that a public review is desirable (section 13).

It is said the environmental assessment carried out by National Defence was not undertaken under the Guidelines Order. It is clear that no determination of the potentially adverse environmental effects in terms set out in section 12 has here been made. Moreover, while awareness of public concern about the visits and implicitly about the desirability of a public review is acknowledged, no determination has been made by the Department of National Defence that such a review is desirable. I infer the determination

est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

20. Lorsque les effets d'une proposition ont été déterminés conformément aux alinéas 12b), d) ou e) ou à l'article 13, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre pour examen public.

La question de savoir si le Décret sur les lignes directrices s'applique aux décisions en cause, rendant nécessaire une évaluation initiale conformément à l'article 10, est traitée plus loin dans les présents motifs, sous une autre rubrique. Cependant, à mon avis, l'évaluation des effets qu'une proposition pourrait avoir sur l'environnement est une question qui relève entièrement du pouvoir du «ministère responsable», tout comme la question de savoir si les préoccupations du public au sujet d'une proposition rendent souhaitable un examen public. Le Décret sur les lignes directrices n'impose aucune obligation de soumettre une proposition à un examen public par une commission tant qu'un «ministère responsable» n'a pas jugé qu'une proposition risquait d'avoir des effets néfastes inconnus sur l'environnement et, dans ce cas, je présume, la proposition ne devra pas faire l'objet, entre temps, d'autres études ou examens (alinéa 12d)), ou que les effets néfastes que la proposition aurait ou pourrait avoir étaient importants (alinéas 12b) et e)), ou encore, indépendamment de la manière dont les effets sur l'environnement ont pu être évalués en application de l'article 12, que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendaient souhaitable un examen public (article 13).

Les intimés affirment que l'évaluation environnementale réalisée par la Défense nationale n'a pas été entreprise en application du Décret sur les lignes directrices. Il est clair qu'aucune détermination des effets néfastes éventuels sur l'environnement n'a été faite en l'espèce, conformément à l'article 12. En outre, bien que les préoccupations du public au sujet des escales et, implicitement, son sentiment de la nécessité d'un examen public soient reconnus, le ministère de la Défense nationale n'a pas déterminé

was here made by National Defence that a public review was not desirable since none was recommended or initiated. Even if the Guidelines Order is here applicable and if National Defence is an initiating department, it would be under no duty to refer the matter for public review until it reached a conclusion on an initial assessment that potentially adverse environmental effects are unknown yet the proposal should proceed, or that those effects are significant as described in paragraphs 12(b), (d) or (e).

No legal duty exists, under the Guidelines Order or otherwise, at this stage, to conduct a public review. In the absence of a public duty imposed by law, which the party upon whom responsibility rests has refused to perform, there is no basis for exercise of the Court's discretion to intervene by an order in the nature of *mandamus*. I conclude, as here urged on behalf of the Ministers, that the claim for such an order directed to them must be dismissed since at this stage there is no duty upon any of them to refer the matter, or to initiate consideration of it, for public review by a Panel.

Admissibility of the evidence filed by the applicants

A further major preliminary issue raised by the respondents concerns the admissibility of the evidence filed in affidavits of the applicants. Counsel for the respondents made thorough and detailed submissions about virtually each one of the 46 affidavits, and their exhibits, filed by the applicants. Many portions of those are characterized as related to issues that are non-justiciable and other portions as expressions of opinion or recounting of hearsay evidence. All those portions, it is urged, are inadmissible as evidence in support of the applicants' motion.

Since, as I have already indicated, I am prepared to treat the applicants' motion as one that questions the jurisdictional and procedural bases for making the decisions here questioned, and not in essence as

qu'un tel examen ait été souhaitable. J'en déduis que la Défense nationale a déterminé qu'un examen public n'était pas souhaitable vu qu'aucun examen n'a été recommandé ou entrepris. Même si le Décret sur les lignes directrices s'appliquait en l'espèce et même si la Défense nationale était un ministère responsable, celle-ci n'aurait aucune obligation de soumettre la question à un examen public tant qu'elle n'aurait pas conclu, après une évaluation initiale, que les effets néfastes éventuels sur l'environnement étaient inconnus, mais que la proposition devait aller de l'avant quand même, ou que ces effets étaient importants, comme il est prévu aux alinéas 12b), d) ou e).

À cette étape, il n'existe aucune obligation juridique de réaliser un examen public en vertu du Décret sur les lignes directrices ou d'une autre règle de droit. En l'absence d'obligation publique imposée par la loi, obligation dont la partie à laquelle elle incombe a refusé de s'acquitter, rien n'autorise la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir au moyen d'une ordonnance de la nature d'un *mandamus*. Comme l'a plaidé l'avocat des ministres, je conclus qu'il y a lieu de rejeter la demande visant à obtenir une telle ordonnance à leur égard puisqu'à cette étape, aucun d'entre eux n'a l'obligation de soumettre la question à un examen public par une commission ou d'entreprendre l'examen de cette question à cette fin.

Admissibilité de la preuve déposée par les requérants

Une autre grande question préliminaire soulevée par les intimés porte sur l'admissibilité de la preuve déposée par les requérants sous forme d'affidavits. L'avocat des intimés a présenté des observations complètes et détaillées sur pratiquement chacun des 46 affidavits déposés par les requérants et les pièces qui leur étaient annexées. Selon lui, plusieurs passages de ces documents se rapportent à des questions qui ne sont pas du ressort des tribunaux, tandis que d'autres passages renferment des avis ou de la preuve par oui-dire. Il fait valoir que tous ces passages sont inadmissibles en preuve au soutien de la requête.

Comme je l'ai déjà mentionné, je suis prêt à admettre que les requérants, dans leur requête, contestent essentiellement les décisions en cause aux plans de la compétence et de la procédure, et non le

inviting the Court to assess the merits of those decisions, I am not prepared to rule out portions of affidavits described by the respondents as raising non-justiciable issues. Rather, in so far as the portions so classified by respondents are otherwise admissible, I consider them relevant but only to the issue of bad faith of the Governor in Council, here raised by the applicants. In particular those portions concern the assessment of risk, and possible adverse consequences, of visits to Canadian ports by NPVs and NCVs, alleged inadequate planning for a possible accident and inadequate monitoring of environmental effects from authorized visits even where there are no accidents, and the widespread concern among individuals, private organizations and public bodies in British Columbia particularly for a public review of potentially adverse environmental effects.

The second ground for urging that very substantial portions of most of the affidavit material is inadmissible is that those portions recount opinions and hearsay, the latter constituted by correspondence, newspaper articles and other published material as sources of information. That evidence is said to be inadmissible in light of Rule 332 of the *Federal Court Rules*, which provides, in part

Rule 332. (1) Affidavits shall be confined to such facts as the witness is able of his own knowledge to prove, except on interlocutory motions on which statements as to his belief with the grounds thereof may be admitted.

An originating motion for judicial review, as in this case, is not an interlocutory motion and affidavits submitted in support of such a motion must comply with Rule 332(1), except in very limited circumstances.

One of those circumstances is where the affidavit is that of an expert adduced at trial, pursuant to Rule 482 [as am. by SOR/90-846, s. 18]. Here counsel for the applicants urges that many of the affiants are experts by reason of their training and experience, or lay experts who are knowledgeable because of long and committed study of matters germane to the possi-

bien-fondé de ces décisions. Je ne suis donc pas disposé à rejeter certains passages des affidavits du fait qu'ils soulèvent, comme l'allèguent les intimés, des questions qui ne sont pas du ressort des tribunaux.

- ^a Dans la mesure où ces passages sont par ailleurs admissibles, je considère plutôt qu'ils sont pertinents, mais seulement en ce qui a trait à l'allégation des requérants comme quoi le gouverneur en conseil aurait agi de mauvaise foi. Ces passages portent particulièrement sur l'évaluation du risque que posent les escales par les NPN et les NCN dans les ports canadiens et leurs effets néfastes éventuels, sur les allégations selon lesquelles il n'y aurait pas de planification adéquate en cas d'accident ou de surveillance adéquate des effets qu'auraient sur l'environnement des escales autorisées, même s'il n'y avait pas d'accident, et sur le sentiment d'un grand nombre de particuliers et d'organismes publics ou privés, notamment en
- ^b
- ^c
- ^d Colombie-Britannique, qui souhaitent la tenue d'un examen public sur les effets néfastes éventuels sur l'environnement.

Selon les intimés, il y aurait un second motif qui rendrait inadmissibles de très longs passages dans la plupart des affidavits. En effet, selon les intimés, ces passages relatent des avis et du oui-dire, ce dernier étant constitué de lettres, d'articles de journaux et d'autres documents publiés comme sources d'information. Les intimés allèguent l'inadmissibilité de cette preuve en s'appuyant sur la Règle 332 des *Règles de la Cour fédérale* qui dispose, en partie:

Règle 332. (1) Les affidavits doivent se restreindre aux faits que le témoin est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a, sauf en ce qui concerne les requêtes interlocutoires pour lesquelles peuvent être admises des déclarations fondées sur ce qu'il croit et indiquant pourquoi il le croit.

Une requête introductive d'instance de contrôle judiciaire, comme celle en l'espèce, n'est pas une requête interlocutoire et les affidavits présentés à l'appui d'une telle requête doivent être conformes à la Règle 332(1), sauf dans des cas tout à fait exceptionnels.

ⁱ L'un de ces cas est l'affidavit d'un expert présenté à l'instruction, conformément à la Règle 482 [mod. par DORS/90-846, art. 18]. En l'espèce, l'avocat des requérants prétend que plusieurs des déposants sont des experts de par leur formation et leur expérience, ou des «experts profanes» qui ont acquis des connaissances après avoir longuement et sérieusement étudié

ble environmental effects of visits by NPVs and NCVs to Canadian ports. While I accept counsel's description of their expertise, none of them here qualifies as an expert witness for purposes of this application and the Court is not bound to give weight to their opinions as it would to opinions of experts qualified under Rule 482, which provides in part:

Rule 482. (1) No evidence in chief of an expert witness shall be received at the trial (unless the Court otherwise orders in a particular case) in respect of any issue unless

- (a) that issue has been defined by the pleadings or by agreement of the parties filed under Rule 485;
- (b) an affidavit setting out the proposed evidence has been filed and a copy of it served on all other parties at least 30 days before the commencement of the trial; and
- (c) the expert witness is available at the trial for cross-examination.

Key qualifications set out in that Rule for receiving the evidence of experts at a trial have not been met. This is not a trial where *viva voce* evidence is proffered and cross-examination is possible, and issues requiring expert evidence have not been defined or agreed to by the parties. Moreover, expert evidence is irrelevant to the primary issues before the Court for those are legal issues concerning the authority of the Governor in Council and the process followed in reaching the decisions here questioned. These issues are not of the sort on which the evidence of experts is admissible to assist the Court, they are not issues of a scientific or technical nature (see Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), at pages 536-537). In so far as the affidavits filed record opinions of the many affiants, they do not comply with Rule 332(1) and are therefore inadmissible. What constitutes opinion may give rise to questions but here the only line I would draw is that an affiant expressing his own "opinion" about the desirability of a public environmental review may be taken as attesting to the fact that he holds such an opinion, and that fact is admissible, if relevant, to the issues before the Court.

les questions qui se rapportent aux effets que peuvent avoir sur l'environnement les escales effectuées par les NPN et les NCN dans les ports canadiens. Bien que j'accorde foi à la manière dont l'avocat des requérants a décrit les connaissances spécialisées de ces gens, aucun d'eux ne répond aux conditions qui en feraient des témoins-experts aux fins de la présente requête et la Cour n'a pas à tenir compte de leur avis, comme elle tiendrait compte des avis d'experts qui répondent aux conditions prévues à la Règle 482, qui dispose, en partie:

Règle 482. (1) Aucune preuve sur l'examen en chef d'un expert ne doit être reçue à l'instruction (sauf ordre contraire donné par la Cour dans un cas particulier) au sujet d'une question à moins

- a) que cette question n'ait été définie par les plaidoiries ou par accord des parties déposé en vertu de la Règle 485;
- b) qu'un affidavit énonçant la preuve proposée n'ait été déposé et qu'une copie n'ait été signifiée aux autres parties au moins 30 jours avant le début de l'instruction;
- c) que l'expert ne soit disponible à l'instruction pour contre-interroger.

Des conditions essentielles énoncées dans cette Règle pour recevoir la preuve d'experts à l'instruction n'ont pas été remplies. La présente instance n'est pas une instruction où des témoins sont entendus et peuvent être contre-interrogés, et les questions exigeant une preuve d'expert n'ont pas été définies par les parties, notamment par voie d'accord. En outre, la preuve d'expert n'a pas rapport aux questions principales dont la Cour est saisie, c'est-à-dire des questions juridiques concernant l'autorité du gouverneur en conseil et le processus suivi pour en arriver aux décisions contestées en l'espèce. Ces questions ne sont pas de nature scientifique ou technique, si bien que la preuve d'expert n'est pas admissible pour aider la Cour à les résoudre (voir Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), aux pages 536 et 537). Dans la mesure où les affidavits déposés renferment les avis des nombreux déposants, ils ne respectent pas la Règle 332(1), si bien qu'ils sont inadmissibles. La notion d'«avis» peut soulever des questions. Cependant, en l'espèce, la seule limite que j'imposerais est que le déposant qui exprime son propre «avis» sur l'opportunité de faire un examen public en matière d'environnement peut être considéré comme attestant du fait que tel est son avis, et ce fait est admissible, s'il est pertinent, en ce qui a trait aux questions dont la Cour est saisie.

As for hearsay evidence, Rule 332(1) seems no longer entirely consistent with the law. In *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.), a decision rendered after argument in the case at bar, the Court of Appeal reversed the decision of my colleague Mr. Justice Cullen (*Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1992] 1 F.C. 109 (T.D.)) who, in reliance upon Rule 332(1), had struck an affidavit and exhibits containing hearsay evidence in an application for *certiorari*. On the basis of *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, Mr. Justice Hugessen, for the Court of Appeal, said [at page 660] that those “two decisions dramatically clarified and simplified the law of hearsay in this country”. As Chief Justice Lamer said in *Smith* [at page 933] they “signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity.”

Thus I do not strike those portions of the affidavits and exhibits characterized as hearsay by the respondents. Such evidence is admissible on the principles identified, if it is relevant to the issues before the Court, for example, in the applicants’ argument of bad faith on the part of the Governor in Council. I do not propose to review that evidence in any detail and assess its admissibility in light of the principles identified for, in the circumstances of this application as I set them out below in dealing with that issue, this seems unnecessary to the conclusion I have reached.

Before leaving this consideration of the affidavits here presented for the applicants, I would echo comments of my colleague Mr. Justice Strayer in his reasons dismissing the preliminary application of the respondents to convert these proceedings to an action (see *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, *supra*, at pages 49-50). Like him, I have no doubt of the sincerity, and public spiritedness of the affiants. They are public office holders, professional people, and private citizens, some with distinguished service to Canada in the armed forces and a variety of other services and occupations. They represent many orga-

Pour ce qui est de la preuve par ouï-dire, la Règle 332(1) ne semble plus correspondre tout à fait à l’état du droit. Dans l’arrêt *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.), rendu après l’audition de la présente demande, la Cour d’appel a infirmé la décision de mon collègue, M. le juge Cullen (*Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1992] 1 C.F. 109 (1^{re} inst.)) qui, s’appuyant sur la Règle 332(1), avait radié un affidavit et les pièces qui renfermaient du ouï-dire dans une demande en *certiorari*. S’appuyant sur les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, M. le juge Hugessen, pour la Cour d’appel, a affirmé [à la page 660] que «ces deux arrêts ont clarifié et simplifié radicalement le droit canadien en matière de ouï-dire». Comme l’a affirmé le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Smith* [à la page 933], ils ont «annoncé la fin de l’ancienne conception, fondée sur des catégories d’exceptions, de l’admission de la preuve par ouï-dire. L’admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité».

Par conséquent, je ne radie pas ces passages des affidavits et des pièces que les intimés ont qualifiés de ouï-dire. Une telle preuve est admissible, conformément aux principes précités, si elle se rapporte aux questions dont la Cour est saisie, par exemple au soutien de l’argument des requérants voulant que le gouverneur en conseil ait agi de mauvaise foi. Je n’ai pas l’intention d’examiner cette preuve dans les détails et évaluer son admissibilité à la lumière des principes précités car, compte tenu des circonstances de la présente demande, circonstances que j’énonce plus loin en traitant cette question, cela me semble inutile pour conclure comme je l’ai fait.

Avant de terminer cette analyse des affidavits présentés pour les requérants en l’espèce, je voudrais répéter les commentaires exprimés par mon collègue M. le juge Strayer, dans ses motifs rejetant la demande préliminaire des intimés pour que cette instance soit transformée en action (voir *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, précité, aux pages 49 et 50). Comme lui, je ne doute aucunement de la sincérité et du sens civique des déposants. Ce sont des titulaires de charges publiques, des membres de profession, de simples citoyens, dont certains ont servi le Canada avec distinction dans les Forces

nizations vitally concerned with environmental and peace interests, as well as representing themselves. They present a varied and interesting coalition of interests, all concerned with the environmental risks they perceive arising from visits to Canadian ports of NPVs and NCVs and with the necessity, as they see it, of a public review of environmental risks they perceive. I do not doubt the sincerity of their concerns. Nevertheless, much of the content of their affidavits is of little probative value for the issues before the Court. Some of it is irrelevant, for example, concern about an Order in Council, not before the Court though it was adopted the same day as those that are here questioned, which authorizes submarines of the U.S. Navy to transit Dixon Entrance. Another example is the support for a public review of environmental concerns about the visits authorized, by the Legislature of British Columbia or by others in decisions taken after the Orders in Council were adopted. So far as there is relevant evidence before the Court it is my view that could have been provided by only a few of the affidavits filed. While this Court does not advise applicants how their case is best made, the judicial process is not swayed by numbers of affidavits in support of a cause and the process is limited by law and practice to deal with discrete legal issues, or issues of fact to which the law is applied. It cannot resolve all issues of concern to citizens, however sincere and widespread that concern may be.

The Court's jurisdiction in relation to the Orders in Council as determinations made in exercise of the Royal prerogative.

The applicants submit that the adoption of the Orders in Council as determinations under the prerogative power is improper since Parliament, by its adoption of legislation, has effectively withdrawn the power here purported to be exercised.

armées et à plusieurs autres titres. Ils représentent plusieurs organisations vivement préoccupées par l'environnement et la paix, en plus d'agir à titre personnel. Ils constituent une coalition de groupes d'intérêts divers et valables, tous préoccupés par les risques que représentent, selon eux, pour l'environnement, les escales effectuées par les NPN et les NCN dans les ports canadiens et par la nécessité, selon eux, de procéder à un examen public de ces risques. Je ne doute pas de la sincérité de leurs préoccupations. Néanmoins, une bonne partie du contenu de leurs affidavits n'a qu'une valeur probante limitée par rapport aux questions dont la Cour est saisie. Certains éléments sont hors de propos, par exemple, les préoccupations au sujet d'un décret qui ne fait pas l'objet du présent litige, bien qu'il ait été adopté le même jour que ceux qui sont contestés en l'espèce. Ce décret autorise des sous-marins de la marine américaine à passer par le détroit de Dixon. Un autre exemple est l'appui qu'a donné la législature de la Colombie-Britannique et d'autres, dans des décisions prises après l'adoption des décrets, en faveur d'un examen public des préoccupations environnementales au sujet des escales autorisées. À mon sens, quelques-uns des affidavits déposés auraient suffi à faire prendre connaissance à la Cour de la preuve pertinente, le cas échéant. Bien que cette Cour ne conseille pas les requérants sur la meilleure manière de présenter leur cause, l'issue de la procédure judiciaire ne dépend pas du nombre d'affidavits présentés à l'appui d'une cause et la procédure se limite, en vertu du droit et des règles de pratique, à traiter des questions juridiques distinctes, ou des questions de fait auxquelles on applique le droit. La procédure judiciaire ne peut résoudre toutes les questions qui préoccupent les citoyens, si sincères et si généralisées que soient ces préoccupations.

Compétence de la Cour en ce qui a trait aux décrets en tant que décisions prises dans l'exercice de la prerogative royale.

Les requérants prétendent que l'adoption des décrets en tant que décisions prises en vertu de la prerogative est illégale puisque le Parlement, en adoptant certaines lois, a effectivement retiré le pouvoir qui a censément été exercé en l'espèce.

The royal prerogative is comprised of the residue of miscellaneous powers, rights, privileges, immunities and duties accepted under our law as vested in Her Majesty and under our Constitution exercised by the Governor in Council acting on advice of Ministers. Orders in Council may express the decisions of the Governor in Council in relation to matters within the discretionary authority of prerogative powers. Traditionally the courts have recognized that within the ambit of these powers the Governor in Council may act in relation to matters concerning the conduct of international affairs including the making of treaties, and the conduct of measures concerning national defence and security. The prerogative power is, of course, subject to the doctrine of parliamentary supremacy and Parliament, by statute, may withdraw or regulate the exercise of the prerogative power. The authority of the Governor in Council in exercise of the prerogative is also bound by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Operation Dismantle, supra*).

The applicants urge that by enactment of the statutes referred to earlier in setting out the issues raised in this application, Parliament has effectively withdrawn from the Governor in Council the authority to enact the Orders in Council here in question. The statutes referred to are the *Atomic Energy Control Act* and regulations, the *Canada Shipping Act* and particularly the *Dangerous Goods Shipping Regulations*, and the *Canadian Environmental Protection Act*. It is said these statutes "govern and occupy the ground that the Orders in Council purport to effect."

Reliance is placed on the decision of the English Court of Appeal in *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, [1977] Q.B. 643, where that Court held it was unlawful for a Minister of the Crown to withdraw a designation of an authorized air carrier under an international treaty, where that designation had been granted in accord with authority provided by statute. The statute fettered the exercise of prerogative power even in relation to treaties by providing a process which thereafter the Crown and Ministers

La prérogative royale comprend l'ensemble des divers pouvoirs, droits, privilèges, immunités et devoirs reconnus dans notre droit comme dévolus à Sa Majesté et exercés, en vertu de notre Constitution, par le gouverneur en conseil agissant sur l'avis des ministres. Les décisions du gouverneur en conseil relativement aux questions qui relèvent de son pouvoir discrétionnaire issu de la prérogative peuvent être prises par décret. Traditionnellement, les tribunaux ont reconnu que dans les limites de ces pouvoirs, le gouverneur en conseil pouvait agir dans le domaine des affaires internationales, notamment en concluant des traités et en prenant des mesures intéressant la défense et la sécurité nationales. Bien entendu, la prérogative est assujettie au principe de la souveraineté du Parlement et celui-ci peut, par une loi, retirer la prérogative ou en réglementer l'exercice. Le pouvoir du gouverneur en conseil dans l'exercice de la prérogative est également assujéti à la *Charte canadienne des droits et libertés* (voir l'arrêt *Operation Dismantle*, précité).

Selon les requérants, en édictant les lois mentionnées précédemment dans l'exposé des questions soulevées dans la présente demande, le Parlement a effectivement retiré au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les décrets contestés en l'espèce. Les lois mentionnées sont la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* et ses règlements d'application, la *Loi sur la marine marchande du Canada* et, particulièrement, le *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses*, ainsi que la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*. Les requérants allèguent que ces lois [TRADUCTION] «régissent les matières auxquelles les décrets sont censés s'appliquer».

Les requérants invoquent l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, [1977] Q.B. 643. Dans cet arrêt, la Cour a jugé qu'il était illégal pour un ministre de retirer une désignation à un transporteur aérien autorisé en vertu d'un traité international lorsque cette désignation avait été accordée conformément à un pouvoir prévu par la loi. La loi limitait l'exercice de la prérogative, même en matière de traités, en prévoyant un processus dont l'État et les ministres ne

were not free to ignore. The applicants cite the words of Lord Denning M.R. (at pages 705-706):

Seeing that the prerogative is a discretionary power to be exercised for the public good, it follows that its exercise can be examined by the courts just as any other discretionary power which is vested in the executive. At several times in our history, the executive have claimed that a discretion given by the prerogative is unfettered: just as they have claimed that a discretion given by statute or by regulation is unfettered. On some occasions the judges have upheld these claims of the executive—notably in the *Ship Money* case, *Rex v. Hampden* (1637) 3 State Tr. 826 and in one or two cases during the Second World War, and soon after it—but the judges have not done so of late. The two outstanding cases are *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] A.C. 997, and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council* [1976] 3 W.L.R. 641, where the House of Lords have shown that when discretionary powers are entrusted to the executive by statute, the courts can examine the exercise of those powers to see that they are used properly, and not improperly or mistakenly. By “mistakenly” I mean under the influence of a misdirection in fact or in law. Likewise it seems to me that when discretionary powers are entrusted to the executive by the prerogative—in pursuance of the treaty-making power—the courts can examine the exercise of them so as to see that they are not used improperly or mistakenly.

Lord Denning’s comments were subsequently questioned by Lord Roskill in the House of Lords in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935, at page 955. Lord Roskill, who had been a member of the Court of Appeal which earlier decided *Laker Airways*, characterized as “far too wide” and as *dicta*, Lord Denning’s assertion that the prerogative, if exercised improperly or mistakenly, was reviewable.

Both the *Laker Airways* and *Council of Civil Service Unions* decisions do stand for the constitutional principles that Parliament by statute may withdraw, or may fetter or regulate the exercise of, prerogative powers of the Crown, and that it is the court in any given case which determines by its interpretation of the intent of Parliament whether and to what extent prerogative powers have been reduced by statutory enactment.

pouvaient faire abstraction à leur gré. Les requérants citent les propos de lord Denning, M.R. (aux pages 705 et 706):

- a [TRADUCTION] Vu que la prérogative est un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé pour le bien public, il s’ensuit que les tribunaux peuvent en examiner l’exercice comme pour tout autre pouvoir discrétionnaire dévolu à l’exécutif. À plusieurs époques de notre histoire, l’exécutif a allégué le caractère absolu de pouvoirs discrétionnaires accordés par la prérogative, tout comme il a allégué le caractère absolu de pouvoirs discrétionnaires accordés par une loi ou un règlement. Parfois, les juges ont maintenu ces allégations de l’exécutif—notamment dans l’arrêt *Ship Money, Rex v. Hampden* (1637) 3 State Tr. 826 et dans un ou deux arrêts rendus pendant la Seconde Guerre mondiale, et peu de temps après. Cependant, les juges ne l’ont pas fait dernièrement. Les deux principaux arrêts ont été rendus dans les affaires *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] A.C. 997 et *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council* [1976] 3 W.L.R. 641, où la Chambre des lords a statué que lorsque des pouvoirs discrétionnaires étaient confiés à l’exécutif par une loi, les tribunaux pouvaient examiner l’exercice de ces pouvoirs pour s’assurer qu’ils sont employés à bon droit, et non de façon abusive ou erronée. Par l’expression «erronée», je veux dire entachée d’une erreur de fait ou de droit. Pareillement, il me semble que lorsque des pouvoirs discrétionnaires sont confiés à l’exécutif en vertu de la prérogative—conformément au pouvoir de faire des traités—les tribunaux peuvent en examiner l’exercice pour veiller à ce qu’ils ne soient pas employés de façon abusive ou erronée.
- b
- c
- d
- e
- f Par la suite, dans l’arrêt *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935, à la page 955, lord Roskill, de la Chambre des lords, a mis en doute les commentaires précités de lord Denning. Lord Roskill, qui avait été membre de la Cour d’appel au moment où celle-ci avait rendu l’arrêt *Laker Airways*, a qualifié de [TRADUCTION] «beaucoup trop large» et de commentaire incident, l’affirmation de lord Denning selon laquelle la prérogative, si elle était exercée de façon abusive ou erronée, était susceptible d’être révisée.
- g
- h

Les arrêts *Laker Airways* et *Council of Civil Service Unions* consacrent effectivement les principes constitutionnels selon lesquels le Parlement, par une loi, peut retirer à la Couronne ses prérogatives, limiter ces prérogatives ou en réglementer l’exercice. Dans chaque cas, il appartient au tribunal de déterminer, par l’interprétation de l’intention du Parlement, dans quelle mesure les prérogatives ont été réduites par un texte de loi, le cas échéant.

i

j

In this case I have considered the applicants' submissions in relation to each of the statutes referred to and I have reviewed each Act and the regulations to which reference is made. My consideration is made in light of section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 as it has been interpreted. That section provides:

17. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

In *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at page 281, then Chief Justice Dickson, speaking for the majority of the Supreme Court, said in relation to this section (then section 16 of the same Act, R.S.C. 1970, c. I-23):

It seems to me that the words "mentioned or referred to" in s. 16 are capable of encompassing: (1) expressly binding words ("Her Majesty is bound"); (2) a clear intention to bind which . . . "is manifest from the very terms of the statute", in other words, an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions . . . and, (3) an intention to bind where the purpose of the statute would be "wholly frustrated" if the government were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced. These three points should provide a guideline for when a statute has clearly conveyed an intention to bind the Crown.

In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R., 3 at pages 59-61, Mr. Justice La Forest concluded that the Crown, in that case the Crown in right of Alberta, was bound by the *Navigable Waters Protection Act* [R.S.C., 1985, c. N-22], though it did not expressly so provide, as a necessary or logical implication of Parliament's intention and because the purpose of the statute would be wholly frustrated or effectively emasculated, if this were not the case.

When one considers the statutes which the applicants contend have affected the prerogative power to pass the Orders in Council here in question it is clear that only the *Canadian Environmental Protection Act* expressly binds the Crown, but in my view none of them affects the Crown's prerogative to provide for visits of naval vessels, whether nuclear powered or nuclear capable, of friendly foreign countries. In my

En l'espèce, j'ai étudié les arguments des requérants en ce qui a trait à chacune des lois mentionnées, en plus d'avoir examiné chaque loi et règlement cité. J'ai examiné le tout à la lumière de l'article 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, et de la jurisprudence qui s'y rapporte. Cet article dispose:

17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

Dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, à la page 281, le juge Dickson, juge en chef à l'époque, s'exprimant pour la majorité de la Cour suprême, a affirmé ce qui suit au sujet de cet article (à l'époque, l'article 16 de la même Loi, S.R.C. 1970, ch. I-23):

Il me semble que les termes «mentionnée ou prévue» contenus à l'art. 16 peuvent comprendre: (1) des termes qui lient expressément la Couronne («Sa Majesté est liée»); (2) une intention claire de lier qui . . . «ressort du texte même de la loi», en d'autres termes, une intention qui ressort lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions . . . et (3) une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait «privé [. . .] de toute efficacité» si l'État n'était pas lié ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité). Ces trois éléments devraient servir de guide lorsqu'une loi comporte clairement une intention de lier la Couronne.

Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 59 à 61, M. le juge La Forest a conclu que la Couronne, c'est-à-dire, dans cette affaire, la Couronne du chef de l'Alberta, était liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables* [L.R.C. (1985), ch. N-22], même si cette Loi ne le prévoyait pas expressément, vu l'intention du Parlement, qui s'infère par déduction nécessaire ou logique, et parce que, s'il n'en était pas ainsi, la loi serait privée de toute efficacité.

Lorsque l'on examine les lois qui, selon les requérants, ont censément influé sur la prerogative de prendre les décrets contestés en l'espèce, il est clair que seule la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* lie expressément la Couronne. Cependant, j'estime qu'aucune de ces lois n'influe sur la prerogative de la Couronne d'autoriser les escales de navires de guerre, qu'ils soient à propulsion ou à charge

view, none of the statutes suggested, or the regulations enacted thereunder, affects that power of the Crown by necessary implication. This is not to say that some interests of Her Majesty are not affected, but rather that this particular power is not. I turn to a brief review of the statutes relied upon by the applicants.

The *Atomic Energy Control Act* and regulations thereunder provide for the regulation of atomic energy production, and use and possession of prescribed substances, to the lay person perhaps best understood as radioactive materials, all subject to licence to be granted by the Atomic Energy Control Board, unless in accord with its delegated authority the Board grants exemption in any case. The regulatory regime is substantially complete for Canada by reason of section 18 which declares all works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy, or for production, refining or treatment of prescribed substances to be a work or works for the general advantage of Canada. Literal interpretation of that section would not include, in my opinion, ships of foreign nations visiting in Canadian ports. Section 11 of the Act provides for certain companies, incorporated or acquired under prior legislation to be wholly owned by the Minister, or by another company, in trust for Her Majesty, and for such companies to be agents of Her Majesty, but neither the Act nor the regulations affect directly in any other manner Her Majesty's interests. In my view the purposes of the Act and regulations are to regulate, and to ensure safety, in the production, use or application of atomic energy or prescribed substances in Canada. They do not extend to the regulating of visits to Canadian ports, or operation in Canadian waters, of naval NPVs and NCVs of friendly foreign powers.

The *Canada Shipping Act* and the *Dangerous Goods Shipping Regulations* made under the Act are concerned with the registration, operation, staffing and crew qualifications and a host of other matters of concern in the regulation of merchant ships engaged

nucléaire, appartenant à des pays étrangers amis. À mon avis, aucune des lois citées, ou les règlements pris sous leur empire, n'influe sur ce pouvoir de la Couronne par déduction nécessaire. Cela ne veut pas dire que certains droits de Sa Majesté ne sont pas touchés, mais plutôt que ce pouvoir en particulier ne l'est pas. Je vais maintenant brièvement examiner les lois invoquées par les requérants.

La *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* et ses règlements d'application réglementent la production de l'énergie atomique, ainsi que l'utilisation et la possession de substances réglementées, c'est-à-dire, pour le profane, les matières radioactives. Tout ce qui précède doit faire l'objet de licences accordées par la Commission de contrôle de l'énergie atomique, à moins que la Commission, conformément à son pouvoir délégué, n'accorde une dispense dans un cas donné. Le régime réglementaire est essentiellement complet pour le Canada, en vertu de l'article 18 qui déclare à l'avantage général du Canada les ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique, ou à la production, à l'affinage ou au traitement des substances réglementées. Interprété littéralement, cet article ne viserait pas, à mon avis, les navires de pays étrangers qui font escale dans les ports canadiens. En vertu de l'article 11 de la Loi, certaines compagnies, constituées ou acquises sous le régime de lois antérieures, appartiennent en propriété exclusive au ministre, ou à une autre compagnie, agissant à titre de fiduciaire de Sa Majesté. Cet article prévoit également que ces compagnies sont les mandataires de Sa Majesté. Cependant, ni la Loi ni les règlements n'influent directement, de toute autre manière, sur les droits de Sa Majesté. À mon avis, la Loi et les règlements ont pour objet de réglementer la production, l'usage, ou l'application de l'énergie atomique ou des substances réglementées au Canada et d'en assurer la sécurité. Ces textes ne vont pas jusqu'à réglementer les escales effectuées par des NPN et des NCN appartenant à des puissances étrangères amies dans les ports canadiens ou leur navigation dans les eaux canadiennes.

La *Loi sur la marine marchande du Canada* et le *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses* pris en application de la Loi intéressent l'immatriculation et l'exploitation des navires, leur dotation en personnel, les qualifications de l'équipage

in commercial operations in Canada, of Canadian ships outside Canadian waters, and many but not all of their provisions relate also to fishing boats and pleasure craft owned in Canada. The Act does not generally apply to foreign owned vessels except in some respects in relation to their operations in Canadian waters. Similarly, the Act does not apply in the case of Canadian naval vessels and it would be extraordinary to apply it to foreign naval vessels. Nor do the *Dangerous Goods Shipping Regulations*, in my view, apply in the case of foreign naval vessels. I conclude that the purposes of the *Canada Shipping Act* and the *Dangerous Goods Shipping Regulations* are not intended by Parliament to be applicable to naval vessels of friendly foreign powers visiting Canadian ports.

I come to the same conclusion in regard to the *Canadian Environmental Protection Act*, even though that Act expressly provides by section 4 that it is binding on Her Majesty in right of Canada or a province. The Act itself deals with a variety of environmental concerns and provides for regulatory authority, in cooperation with the provinces, for promoting environmental quality, objectives, guidelines and codes of practice, for regulating toxic substances, and nutrients in waters of Canada, for controlling operations of federal departments and agencies, for limiting international air pollution and restricting ocean dumping. Only the last of these might be seen as directly referable to foreign ships, but I do not consider the Act was intended to provide for regulation of visits by foreign naval vessels.

In the case of each statute I stress that their purposes do not include, and Parliament did not intend by these Acts and regulations to regulate visits to Canadian ports by naval NPVs and NCVs of friendly foreign states. As I have earlier set out, that is the pith and substance of the Orders in Council and they are not enacted in relation to the regulation of atomic

et une foule d'autres questions qui touchent à la réglementation des navires marchands qui participent à des opérations commerciales au Canada, ou des navires canadiens qui se trouvent à l'extérieur des eaux canadiennes. Plusieurs de leurs dispositions, mais non pas toutes, ont également trait aux bateaux de pêche et aux embarcations de plaisance possédés au Canada. La Loi ne s'applique généralement pas aux navires étrangers, sauf, à certains égards, pour ce qui est de leur navigation en eaux canadiennes. Pareillement, la Loi ne s'applique pas aux navires de guerre canadiens et il serait étonnant de l'appliquer aux navires de guerre étrangers. À mon avis, le *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses* ne s'applique pas non plus aux navires de guerre étrangers. Je conclus que le Parlement ne veut pas que la *Loi sur la marine marchande du Canada* et le *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses* s'appliquent aux navires de guerre, appartenant à des puissances étrangères amies, qui font escale dans les ports canadiens.

J'arrive à la même conclusion en ce qui a trait à la Loi canadienne sur la protection de l'environnement, même si cette Loi prévoit expressément, à l'article 4, qu'elle lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province. La Loi elle-même porte sur diverses questions en matière d'environnement et accorde un pouvoir réglementaire, exercé en collaboration avec les provinces, pour promouvoir des objectifs, des directives et des codes de pratique en matière de qualité de l'environnement, pour réglementer les substances toxiques et les substances nutritives dans les eaux canadiennes, pour contrôler les opérations de ministères et d'organismes fédéraux, pour limiter la pollution atmosphérique internationale et l'immersion de déchets en mer. De toutes ces questions, seule la dernière peut être considérée comme se rapportant directement aux navires étrangers. Cependant, à mon sens, la Loi ne visait pas la réglementation des escales par des navires de guerre étrangers.

Dans le cas de chaque loi et règlement, j'insiste sur le fait que la réglementation des escales effectuées par des NPN et des NCN appartenant à des États étrangers amis dans des ports canadiens ne fait pas partie des objets que visait le Parlement en les édictant. Comme je l'ai déjà mentionné, tel est le caractère véritable des décrets et ceux-ci ne sont pas pris

energy, the shipment of dangerous goods or the regulation of adverse environmental conditions, even though visits by the vessels here authorized may incidentally affect those matters. It is not persuasive that Parliament used general words in these enactments and did not expressly exempt the visits of foreign naval vessels from their application. As the respondents point out the principles of international law, which affect statutory interpretation unless Parliament clearly enacts otherwise, provide within the doctrine of state immunity that vessels owned by a foreign state dedicated to public uses, as naval vessels are, are not subject to the law of other states, at least in terms of enforcement. None of the penal sanctions for violation of the statutes here raised would be enforceable in the case of violations by those visiting vessels. That principle is part of Canadian law, by virtue of the *State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18.

Nothing in the provisions of the *Atomic Energy Control Act* or the *Canada Shipping Act* and *Dangerous Goods Shipping Regulations* or in the *Canadian Environmental Protection Act*, and nothing in the historic conditions of the mischief they were enacted to deal with persuades me that Parliament intended to withdraw or to fetter the prerogative of the Crown to provide for the visit of NPVs and NCVs to Canadian ports, in pursuance of Canada's international relations and its defence policy. Further, it is my conclusion that the purposes of these statutes and regulations are not frustrated, or effectively emasculated, by recognizing that they do not extend to fettering the discretion of the Governor in Council in providing for visits by naval vessels of friendly foreign powers. Thus, I conclude that the prerogative power of the Crown here exercised is not affected by the statutes identified by the applicants. The Orders in Council were adopted within the authority and discretion of the Governor in Council under recognized prerogative power.

en rapport avec la réglementation de l'énergie atomique, le transport par mer des marchandises dangereuses ou la réglementation de conditions environnementales néfastes, même si les escales effectuées par les navires autorisés en l'espèce peuvent avoir une incidence sur ces questions. Il n'est pas convaincant d'affirmer que le Parlement a employé des termes généraux dans ces textes et qu'il n'a pas expressément exempté de leur application les escales effectuées par des navires de guerre étrangers. Comme le signalent les intimés, les principes du droit international—qui influent sur l'interprétation des lois à moins que le Parlement n'affirme clairement le contraire—prévoient, dans le cadre de la théorie de l'immunité des États—que les navires appartenant à un État étranger et consacré à des usages publics, comme le sont les navires de guerre, ne sont pas assujettis au droit étranger, du moins en ce qui a trait à son exécution. Aucune de sanctions pénales prévues dans les lois invoquées en l'espèce ne pourrait être exécutée en cas de violation par ces navires faisant escale. Ce principe fait partie du droit canadien, en vertu de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), ch. S-18.

Après avoir pris connaissance des dispositions de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, la *Loi sur la marine marchande du Canada*, le *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses* et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, et après avoir examiné le contexte historique des problèmes qu'ils doivent résoudre, je ne suis pas convaincu que le Parlement voulût retirer ou limiter la prérogative royale de permettre aux NPN et aux NCN de faire escale dans les ports canadiens, dans la mise en œuvre des relations internationales du Canada et de sa politique en matière de défense. En outre, je conclus que ces lois et règlements ne sont pas privés de toute efficacité ou que leurs objets ne sont pas, en fait, annihilés, du fait que je reconnaisse qu'ils ne vont pas jusqu'à limiter le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil de permettre les escales par des navires de guerre appartenant à des puissances étrangères amies. Par conséquent, je conclus que les lois citées par les requérants n'ont aucune incidence sur la prérogative royale exercée en l'espèce. Les décrets ont été pris dans les limites de l'autorité et du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en vertu de sa prérogative reconnue.

The application of the Guidelines Order

The applicants' argument that the Governor in Council was subject to the Guidelines Order is substantially based upon the argument I have now disposed of, for their contention was that the prerogative power here exercised was improper since Parliament had, by statute, withdrawn the authority to make the orders here questioned. Since I find otherwise, that basis for the application of the Guidelines Order disappears, and with it the applicants' case for arguing that the Minister of National Defence or the Secretary of State for External Affairs were initiators of a proposal subject to that Order, or that the Minister of Transport would be an initiating department under the *Canada Shipping Act* and the *Dangerous Goods Shipping Regulations*.

One further aspect of the issue concerning the application of the Guidelines Order is left to be explored. That is, whether that Order, and necessarily, the statute under which it was adopted, the *Department of the Environment Act* can be said to affect the prerogative power of the Governor in Council to adopt the Orders in Council here questioned. Much the same issue arose in *Angus v. Canada*, *supra*, though it was there described in different terms, that is, whether the application of the Guidelines Order was a prerequisite to action by the Governor in Council, in that case not based on the prerogative power but upon authority delegated by Parliament. For the majority of the Court of Appeal Mr. Justice MacGuigan found that the Guidelines Order did not apply to decisions of the Governor in Council made pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987* [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28] since the Governor in Council could not have been intended to be included as a "department, board or agency of the Government of Canada" to which the Guidelines Order was expressly made applicable in terms consistent with the authorizing statutory provision, section 6 of the *Department of the Environment Act*.

In that case, though he concurred in the result, Mr. Justice Décary reached a different conclusion con-

Application du Décret sur les lignes directrices

L'argument des requérants selon lequel le gouverneur en conseil était assujéti au Décret sur les lignes directrices est fondé en grande partie sur l'argument que j'ai maintenant réglé, savoir que la prérogative exercée en l'espèce était abusive, puisque le Parlement avait, dans une loi, retiré le pouvoir de prendre les décrets contestés. Puisque je conclus le contraire, ce fondement de l'application du Décret sur les lignes directrices disparaît. Les requérants ne peuvent donc plus prétendre que le ministre de la Défense nationale ou le secrétaire d'État aux Affaires extérieures étaient les responsables d'une proposition assujétiée à ce décret, ou que le ministre des Transports serait un ministère responsable en application de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et du *Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses*.

Il reste à examiner un autre aspect de la question relative à l'application du Décret sur les lignes directrices. En effet, il y a lieu de se demander si ce Décret, et, nécessairement, la loi en vertu de laquelle il a été pris, c'est-à-dire la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, peuvent avoir une incidence sur la prérogative du gouverneur en conseil d'adopter les décrets contestés en l'espèce. L'arrêt *Angus c. Canada*, précité, portait sur une question à peu près semblable, bien que formulée en termes différents, savoir si l'application du Décret sur les lignes directrices était une condition préalable à une mesure prise par le gouverneur en conseil, non pas en vertu de la prérogative mais en vertu d'un pouvoir délégué par le Parlement. Au nom de la majorité de la Cour d'appel, M. le juge MacGuigan a conclu que le Décret sur les lignes directrices ne s'appliquait pas aux décisions du gouverneur en conseil prises conformément à l'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* [L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28], puisque le législateur ne voulait certainement pas que le gouverneur en conseil comprît «un ministère, une commission ou un organisme du gouvernement du Canada» auxquels s'appliquait expressément le Décret sur les lignes directrices dans des termes compatibles avec la disposition légale habilitante, c'est-à-dire l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*.

Dans cet arrêt, bien qu'il ait souscrit au résultat, M. le juge Décary est arrivé à une autre conclusion sur

cerning the application of the Guidelines Order, holding that it was applicable and constituted a condition precedent to the exercise of authority by the Governor in Council under the *National Transportation Act, 1987*. The applicants urge that this Court follow ^a Décary J.A., particularly because in the later decision of Mr. Justice La Forest, speaking for the majority of the Supreme Court, in *Friends of the Oldman River Society, supra*, at page 46, the overall analysis of the application of the Guidelines Order by Décary J.A. ^b was described as helpful. Since the issue was not before him, La Forest J. expressly declined to comment on the application of the Guidelines Order to the Governor in Council.

This Court is, of course, bound by the decision of the majority of the Court of Appeal in *Angus*. But even if that decision did not so clearly stipulate that the Guidelines Order is not applicable to decisions of the Governor in Council, I would reach that same conclusion in this case. I would do so for essentially ^c the same reasons as I have earlier set out in regard to the application of the *Atomic Energy Control Act* and other statutes in the case of the Orders in Council here made. The purposes and the context of the *Department of the Environment Act* and of the Guidelines Order do by their terms implicitly bind the ^d Crown, and Parliament clearly so intended, but there is no intent that the Act extend to, and the purposes of the statute are not frustrated by excluding, the power of the Governor in Council to regulate for ^e international relations and for defence policy and national security purposes, and to authorize visits to Canadian ports of naval vessels, nuclear powered or nuclear capable, belonging to friendly foreign states. ^f

Finally, there is another reason why the Guidelines Order is not applicable, in my view, in this case. In his analysis of the Order in *Friends of the Oldman River Society*, La Forest J. said (at page 47): ^g

l'application du Décret sur les lignes directrices. En effet, il a statué que ce décret s'appliquait et qu'il constituait une condition préalable à l'exercice du pouvoir par le gouverneur en conseil en application ^a de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Les requérants demandent à cette Cour de suivre la décision du juge Décary, J.C.A., d'autant plus que, dans un jugement rendu plus tard, M. le juge La Forest, au nom de la Cour suprême, dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*, précité, à la page 46 a qualifié ^b d'utile l'analyse globale, par le juge Décary, J.C.A. de l'application du Décret sur les lignes directrices. Puisqu'il n'était pas saisi de la question, le juge La ^c Forest a expressément refusé de commenter l'application du Décret sur les lignes directrices au gouverneur en conseil.

Bien entendu, cette Cour est liée par le jugement ^d de la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Angus*. Cependant, même si ce jugement ne précisait pas aussi clairement que le Décret sur les lignes directrices ne s'appliquait pas aux décisions du gouverneur en conseil, j'arriverais à la même conclusion en ^e l'espèce. Je le ferais essentiellement pour les mêmes motifs que j'ai énoncés précédemment en ce qui a trait à l'application de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* et d'autres lois dans le cas des ^f décrets pris en l'espèce. Il ressort du texte de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et du Décret sur les lignes directrices que ces dispositions, de par leurs objets et leur contexte, lient implicitement la Couronne. C'est manifestement ce que voulait le Parle- ^g ment. Cependant, celui-ci ne voulait pas que la Loi aille jusqu'à toucher au pouvoir du gouverneur en conseil de réglementer des questions relatives aux relations internationales, à la politique de défense et à la sécurité nationale, et d'autoriser des navires de ^h guerre, à propulsion ou à charge nucléaire, appartenant à des États étrangers amis, de faire escale dans des ports canadiens. Qui plus est, la loi n'est pas privée de son efficacité du fait qu'elle ne s'applique pas ⁱ à ce pouvoir.

Enfin, il y a un autre motif pour lequel le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas, à mon avis, en l'espèce. Dans son analyse du décret dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*, le juge La Forest a affirmé ce qui suit (à la page 47): ^j

That is not to say that the *Guidelines Order* is engaged every time a project may have an environmental effect on an area of federal jurisdiction. There must first be a "proposal" which requires an "initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility". (Emphasis added.) In my view the proper construction to be placed on the term "responsibility" is that the federal government, having entered the field in a subject matter assigned to it under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, must have an affirmative regulatory duty pursuant to an Act of Parliament, which relates to the proposed initiative, undertaking or activity. It cannot have been intended that the *Guidelines Order* would be invoked every time there is some potential environmental effect on a matter of federal jurisdiction. Therefore, "responsibility" within the definition of "proposal" should not be read as connoting matters falling generally within federal jurisdiction. Rather, it is meant to signify a legal duty or obligation. Once such duty exists, it is a matter of identifying the "initiating department" assigned responsibility for its performance, for it then becomes the decision-making authority for the proposal and thus responsible for initiating the process under the *Guidelines Order*.

If I understand this analysis and here seek to follow it, I find that there is no affirmative regulatory duty pursuant to an Act of Parliament in this case. Nor can any such duty be said to arise in relation to the prerogative power here exercised. No duty to authorize visits by foreign naval vessels exists; the matter is one for decision entirely within the discretion of the Governor in Council. Thus, there would be no initiating department, unless it be the Department of National Defence, to which, again in exercise of prerogative power, the Governor in Council is said to have earlier assigned responsibility for authorization of visits once the policy had been approved. Such a situation, creating an affirmative regulatory duty not by statute but by delegation of prerogative power, may raise a question for another day. Whether the courts may intervene to ensure proper exercise of such authority delegated by prerogative power, was not here argued. I note it was discussed by some members of the House of Lords in *Council of Civil Service Unions*, *supra*.

My conclusion is that the Governor in Council is not bound by the *Guidelines Order* and there was no

Je ne veux pas dire pour autant que le *Décret sur les lignes directrices* reçoit application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Il doit tout d'abord s'agir d'une «proposition» qui vise une «entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». (Je souligne.) À mon avis, l'interprétation qu'il faut donner à l'expression «participe à la prise de décisions» est que le gouvernement fédéral, se trouvant dans un domaine relevant de sa compétence en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doit avoir une obligation positive de réglementation en vertu d'une loi fédérale relativement à l'entreprise ou à l'activité proposée. On n'a pas pu vouloir que le *Décret sur les lignes directrices* soit invoqué chaque fois qu'il existe certaines possibilités de répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. En conséquence, l'expression «participe à la prise de décisions» dans la définition du terme «proposition» ne devrait pas être interprétée comme ayant trait à des questions relevant généralement de la compétence fédérale. Cette expression signifie plutôt une obligation légale. Si cette obligation existe, il s'agit alors de déterminer qui est le «ministère responsable» en la matière, puisque c'est ce ministère qui exerce le pouvoir de décision à l'égard de la proposition et qui doit donc entamer le processus d'évaluation visé par le *Décret sur les lignes directrices*.

M'inspirant de cette analyse, je conclus qu'il n'existe aucune obligation positive de réglementation en vertu d'une loi fédérale en l'espèce. On ne peut pas non plus affirmer qu'une telle obligation découle de la prérogative exercée en l'espèce. Il n'existe aucune obligation d'autoriser les escales effectuées par des navires de guerre étrangers; cette question relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil. Par conséquent, il n'y aurait aucun ministère responsable, à moins que ce ne soit le ministère de la Défense nationale auquel, encore une fois dans l'exercice de sa prérogative, le gouverneur en conseil a, dit-on, déjà confié la responsabilité d'autoriser les escales une fois que la politique avait été approuvée. Une telle situation, c'est-à-dire le fait de créer une obligation positive de réglementation, non pas par une loi mais par une délégation de la prérogative, peut éventuellement soulever une question. Les parties en l'espèce n'ont pas débattu la question de savoir si les tribunaux pouvaient intervenir pour assurer le bon exercice d'une telle autorité déléguée par prérogative. Je remarque que cette question a été traitée par certains membres de la Chambre des lords dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions*, précité.

Je conclus que le gouverneur en conseil n'est pas lié par le *Décret sur les lignes directrices* et qu'il

condition precedent that the Order be applied before adoption of the Orders in Council here in question. There is thus no basis for an order in the nature of *mandamus* to compel any one of the respondents to undertake an initial screening or assessment in accord with the Guidelines Order.

The applicants' claim of bad faith on the part of the Governor in Council

The applicants urge that *certiorari* is appropriate in light of what is alleged to be bad faith in the exercise of prerogative power in this case. It would be only in an extraordinary case, where the Court finds on the basis of the evidence adduced that the Governor in Council, purporting to act under the prerogative, has in fact done so for some purpose that is improper because it lies outside the prerogative power. This is not such a case.

The applicants' submissions concerning bad faith are based on three perceptions. First, it is urged that the Governor in Council ignored the advice of senior officers of the Department of the Environment that the Guidelines Order was here applicable, and by implication that there be a public review of the policy, particularly in light of the widespread public concern which was known to Ministers in Cabinet to whom that concern had been conveyed. It is urged that the decision was made as it was, primarily to avoid a public review. The latter conclusion is not supported by any evidence. The suggestion that the Governor in Council acted despite specific advice that there be a public review is based on a memorandum recommending that the Guidelines Order applies to the decisions here made and that its process be followed. That memorandum, over the names of, but not signed by, officers of the Federal Environmental Assessment Review Office, is marked "Secret" and appended as an exhibit to the affidavit of David Williams, sworn February 7, 1992. The document apparently came into the hands of Mr. Williams and others in ways not identified. Assuming for the moment it is a document produced in government that would be admissible as evidence, though hearsay, on the principles of necessity and reliability, a finding I do not here need to make, there is no evidence that the docu-

n'existait aucune condition préalable selon laquelle le Décret sur les lignes directrices devait être appliqué avant l'adoption des décrets en cause. Par conséquent, rien ne permet de rendre une ordonnance de la nature d'un *mandamus* pour obliger les intimés à entreprendre un examen préalable ou une évaluation initiale conformément au Décret sur les lignes directrices.

Allégations des requérants comme quoi le gouverneur en conseil aurait agi de mauvaise foi

Les requérants prétendent qu'il y a lieu d'accorder un *certiorari* vu que selon eux, la prerogative aurait été exercée de mauvaise foi en l'espèce. Or, cette réparation ne peut être accordée que dans un cas extraordinaire, où le tribunal juge, d'après la preuve présentée, que le gouverneur en conseil, prétendant agir en vertu de la prerogative, a, en fait, agi dans un dessein abusif, vu qu'il dépassait les limites de sa prerogative. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Les allégations de mauvaise foi portées par les requérants sont fondées sur trois perceptions. Premièrement, ils soutiennent que le gouverneur en conseil a fait fi des conseils des hauts fonctionnaires du ministère de l'Environnement, lesquels prétendaient que le Décret sur les lignes directrices était applicable en l'espèce et suggéraient implicitement la tenue d'un examen public de la politique suivie, particulièrement à la lumière des préoccupations exprimées par plusieurs citoyens, préoccupations dont certains ministres du Cabinet avaient personnellement été informés. Les requérants prétendent que la manière dont la décision a été prise visait principalement à éviter un examen public. Cette dernière conclusion n'est pas appuyée par la preuve. L'allégation selon laquelle le gouverneur en conseil aurait agi en dépit de conseils explicites en faveur de la tenue d'un examen public est fondée sur une note de service renfermant une recommandation comme quoi le Décret sur les lignes directrices s'appliquait aux décisions prises en l'espèce, si bien que le processus qui y était prévu devait être suivi. Cette note de service, quoique non signée, porte les noms de fonctionnaires du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales. Il porte la mention «secret» et il est annexé comme pièce à l'affidavit de David Williams, fait sous serment le 7 février 1992. M. Williams et d'autres

ment was presented to the Governor in Council, or that in the process of considering advice it was ignored and not weighed carefully either in the Department of the Environment as advisor to National Defence, or in the latter department in the process leading to the report recommending the action taken by the Governor in Council.

Secondly, it is urged that the action taken was designed simply to avoid a public review despite known public concern about the visits of NPVs and NCVs. There is evidence from the affidavits that at least some of the respondent Ministers were apprised through correspondence of the widespread public concern for a public review of the policy permitting visits, especially to Victoria and Esquimalt, by U.S. and U.K. naval NPVs and NCVs. That awareness on their part, and the references, in the report of National Defence recommending the action here taken, to public concern about the visits and the risks perceived by interest groups, does not, in the absence of a legal duty to conduct a public review, lead to any supportable conclusion that the Governor in Council acted in bad faith in any legal sense. The evidence from affidavits and from the public report of the Department of National Defence, is that some Ministers, respondents here, were aware of public concern, and there is no evidence that was not a factor considered in the decisions either of National Defence or of the Governor in Council.

Finally, it is urged for the applicants that the report of the Department of National Defence is so seriously flawed, so wrong in many respects and so superficial that it cannot be considered as an effort performed in good faith to assess potential environmental consequences of visits by NPVs and NCVs. Those arguments, strenuously advanced, are based upon the opinions of affiants and the hearsay evidence of

seraient apparemment entrés en possession de ce document d'une manière ou d'une autre. Si l'on présume, pour l'instant, qu'il s'agit d'un document gouvernemental admissible en preuve, bien qu'il s'agisse d'un oui-dire, vu les principes de la nécessité et de la fiabilité, une question que je n'ai pas à résoudre en l'espèce, rien ne prouve que le document ait été présenté au gouverneur en conseil, ou que dans le processus d'appréciation des conseils, l'on n'en ait pas tenu compte ou que l'on ne l'ait pas soigneusement examiné, soit au ministère de l'Environnement, à titre de conseiller de la Défense nationale, soit à ce dernier Ministère, dans le processus qui a mené au rapport en faveur de la mesure prise par le gouverneur en conseil.

Deuxièmement, les requérants soutiennent que la mesure prise était simplement destinée à éviter un examen public malgré les préoccupations connues qu'avait le public au sujet des escales des NPN et des NCN. Il ressort des affidavits qu'au moins certains des ministres intimés avaient été informés, par lettre, des préoccupations généralisées du public qui favorisait un examen public de la politique visant à permettre aux NPN et aux NCN américains et britanniques de faire escale, surtout à Victoria et à Esquimalt. Le fait qu'ils l'aient su et la mention dans le rapport de la Défense nationale qui recommandait la mesure prise en l'espèce, des préoccupations du public au sujet des escales et des risques perçus par des groupes d'intérêts ne permettent pas de conclure, en l'absence d'une obligation juridique de réaliser un examen public, que le gouverneur en conseil a agi de mauvaise foi, au sens juridique. D'après la preuve qui ressort des affidavits et du rapport public du ministère de la Défense nationale, certains ministres, intimés en l'instance, étaient au courant des préoccupations du public. Cependant, rien ne prouve que la Défense nationale ou le gouverneur en conseil n'ont pas tenu compte de ce facteur en prenant leurs décisions.

Enfin, l'avocat des requérants soutient que le rapport du ministère de la Défense nationale est tellement défectueux, tellement erroné sous plusieurs rapports et si superficiel qu'il ne saurait constituer un effort fait de bonne foi pour évaluer les effets que les escales effectuées par des NPN et des NCN pourraient avoir sur l'environnement. Ces arguments, vigoureusement mis de l'avant, sont fondés sur les

reports from published sources which are appended as exhibits to a number of affidavits. They are predicated also on the expectations of the applicants about the more detailed report they anticipate would result from a public review conducted under the Guidelines Order. The latter expectations cannot be evidence. The opinions of affiants on the merits of the policy adopted are not admissible evidence either. In so far as hearsay from published sources is concerned, since the applicants themselves acknowledge that information about NPVs and NCVs, their operations and risks, is kept secret by the governments concerned there is really no basis upon which the hearsay evidence here offered about these matters can be taken to be reliable. The applicants are critical of the report of National Defence as based in large part on information from foreign governments, but that information base must here be assumed as more reliable than that available to and provided here by the applicants. There is no basis for concluding, on the basis of the applicants' criticisms of the report of National Defence, that the report was prepared in bad faith and that the decisions of the Governor in Council were tainted by bad faith or made for an improper purpose not within the scope of the prerogative power to deal with international relations and defence and security policy.

Conclusion

For the reasons here set out I have concluded that the applicants' originating motion cannot be sustained and an order goes that it be dismissed.

While I have not been so persuaded on the basis of preliminary procedural issues raised by the respondents, my conclusion is reached on the merits of the application. I find that Orders in Council P.C. 1991-2083 and P.C. 1991-2084, both dated October 30, 1991, were adopted in exercise of the prerogative powers of the Crown in regard to international relations and national defence, powers that have not been withdrawn or regulated in their exercise by statutes enacted by Parliament. Those powers are not, in regard to the decisions made, subject to the Guide-

avis de déposants et sur la preuve par ouï-dire tirée de rapports publiés et annexés à un certain nombre d'affidavits. Ils sont également fondés sur les attentes des requérants, lesquels croient qu'un examen public, sous le régime du Décret sur les lignes directrices, donnerait un rapport plus détaillé. Ces dernières attentes ne sauraient constituer une preuve. Les avis de déposants quant au bien-fondé de la politique adoptée ne sont pas non plus admissibles en preuve. En ce qui a trait au ouï-dire provenant de sources publiées, vu que, d'après les requérants eux-mêmes, les renseignements sur les NPN et les NCN, leur fonctionnement et les risques qu'ils posent, sont gardés secrets par les gouvernements intéressés, il n'y a vraiment rien qui permette de juger de la fiabilité de la preuve par ouï-dire présentée en l'espèce sur ces questions. Les requérants critiquent le rapport de la Défense nationale car, selon eux, il serait fondé dans une large mesure sur des renseignements provenant de gouvernements étrangers. Cependant, l'on doit présumer, en l'espèce, que ces renseignements sont plus fiables que les renseignements que pouvaient se procurer les requérants et qu'ils ont présentés en l'espèce. Rien ne permet de conclure, à partir des critiques formulées par les requérants à l'égard du rapport de la Défense nationale, que le rapport a été rédigé de mauvaise foi et que les décisions du gouverneur en conseil étaient entachées de mauvaise foi ou prises dans un dessein abusif au delà des limites de la prérogative en matière de relations internationales et de politique de défense et de sécurité.

Conclusion

Par ces motifs, j'ai conclu que la requête introductive d'instance était irrecevable et j'en ordonne le rejet.

N'ayant pas été convaincu par les arguments préliminaires de procédure soulevés par les intimés, j'arrive à cette conclusion sur le fond de la demande. Je conclus que les décrets C.P. 1991-2083 et C.P. 1991-2084, datés tous les deux du 30 octobre 1991, ont été pris dans l'exercice de la prérogative royale en matière de relations internationales et de défense nationale, prérogative qui n'a pas été retirée, ou dont l'exercice n'a pas été réglementé, par des lois du Parlement. En ce qui a trait aux décisions prises, cette prérogative n'est pas assujettie au Décret sur les

lines Order. They were not decisions made in bad faith as the applicants allege. Thus there is no basis for an order in the nature of *certiorari*.

Since I find the Guidelines Order is not applicable there is no ground for an order in the nature of *mandamus* to require any of the respondents to conduct an initial screening or assessment in accord with that Order. While I find that the Guidelines Order is not applicable in the case of these decisions, I also find that even if that Order were applicable it does not by its terms impose a duty upon any of the respondents to refer the matter of the visits by foreign naval NPVs and NCVs to a public review of environmental concerns. There is thus no ground for an order in the nature of *mandamus* against any of the respondents.

In accord with Rule 1618 [as enacted by SOR/92-43, s. 19] of the *Federal Court Rules*, since I conclude there are no special reasons to order otherwise, costs are not awarded in relation to this application for judicial review.

lignes directrices. Il ne s'agissait pas de décisions prises de mauvaise foi, comme l'allèguent les requérants. Par conséquent, rien ne permet de décerner une ordonnance de la nature d'un *certiorari*.

^a Puisque je conclus que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas, rien ne permet de rendre une ordonnance de la nature d'un *mandamus* pour obliger les intimés à réaliser un examen préalable ou
^b une évaluation initiale conformément à ce décret. Estimant que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas en l'espèce, je conclus également que, même si ce décret s'appliquait, il n'impose à aucun des intimés, à sa lecture, l'obligation de soumettre la
^c question des escales par des NPN et des NCN étrangers à un examen public des préoccupations relatives à l'environnement. Rien ne permet donc de rendre une ordonnance de la nature d'un *mandamus* contre
^d les intimés.

^e Conformément à la Règle 1618 [éditée par DORS/92-43, art. 19] des *Règles de la Cour fédérale*, vu que je conclus qu'il n'y a pas de raison spéciale d'en ordonner autrement, les frais ne sont pas adjugés relativement à la présente demande de contrôle judiciaire.

A-302-93

The Director of Investigation and Research, PWA Corporation and Canadian Airlines International Ltd. (Appellants) (Respondents)

v.

Air Canada, The Gemini Group Limited Partnership, The Gemini Group Automated Distribution System Inc., Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp. (Respondents) (Respondents)

and

Consumers' Association of Canada, American Airlines, Inc., Attorney General of Manitoba, Alliance of Canadian Travel Associations, Bios Computing Corporation, IBM Canada Ltd., Via Rail Canada Inc., Unisys Canada Inc., Council of Canadian Airlines Employees and Attorney General of Alberta (Respondents) (Intervenors)

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) v. AIR CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Hugessen and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, July 12, 13, 14, 15, 16 and 30, 1993.

Competition — Appeal and cross-appeal from Competition Tribunal decision dismissing application to vary earlier consent order under Competition Act, s. 92 — Merger of computer reservations systems by Air Canada, Canadian said to reduce competition in airline industry — Tribunal refusing to vary consent order as no change in circumstances — Words in Act, s. 106(a) must be given ordinary grammatical sense — Policy of Act explained — Imminent failure of Canadian change in circumstances leading to original order.

These were an appeal and a cross-appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing an application by the Director of Investigation and Research to vary an earlier consent order of the Tribunal dated July 7, 1989. By that consent order, the Director withdrew his challenge to the merger of the computer reservations systems of Air Canada and Canadian Airlines International Ltd. In this application, he sought to vary the consent order by the addition of a term permitting early termination of the hosting contract between the merged entity Gemini, and Air Canada and Canadian. In its decision of April 22, 1993, the Tribunal determined that it had the authority,

A-302-93

Le directeur des enquêtes et recherches, PWA Corporation et les Lignes aériennes Canadien International (appelants) (intimés)

a

c.

Air Canada, The Gemini Group Limited Partnership, The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc., Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp. (intimées) (intimées)

et

c

L'Association des consommateurs du Canada, American Airlines, Inc., le procureur général du Manitoba, l'Alliance canadienne des associations touristiques, Bios Computing Corporation, IBM Canada Ltd., Via Rail Inc., Unisys Canada Inc., le Council of Canadian Airlines Employees et le procureur général de l'Alberta (intimés) (intervenants)

e

RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) c. AIR CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 12, 13, 14, 15, 16 et 30 juillet 1993.

Concurrence — Appel et appel incident d'une décision du Tribunal de la concurrence qui a rejeté la demande de modification d'une ordonnance antérieurement rendue sous le régime de l'art. 92 de la Loi sur la concurrence — Il y aurait diminution de la libre concurrence dans le secteur du transport aérien du fait du fusionnement des systèmes informatisés de réservation d'Air Canada et de Canadien — Le Tribunal a refusé de modifier l'ordonnance par ce motif qu'il n'y a pas eu changement dans les circonstances — Il faut donner aux termes de l'art. 106(a) de la Loi leur sens grammatical ordinaire — Explication de la politique de la Loi — La faillite imminente de Canadien représente un changement dans les circonstances qui ont présidé à l'ordonnance primitive.

Il y a en l'espèce appel et appel incident après rejet par le Tribunal de la concurrence de la demande faite par le directeur des enquêtes et recherches à l'effet de modifier une ordonnance par consentement que le Tribunal avait antérieurement rendue le 7 juillet 1989. Aux termes de cette ordonnance, le directeur s'est désisté de son opposition au fusionnement des systèmes informatisés de réservation d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien International. Par la demande en instance, il conclut à la modification de l'ordonnance par consentement, par addition d'une disposition permettant la résiliation du contrat de gestion interne conclu entre l'entité fusion-

under the *Competition Act*, paragraph 106(a), to terminate a contract if necessary to prevent any substantial lessening of competition and that, if the variations now sought were not granted, Canadian would likely fail, which would create a substantial lessening of competition in passenger airline service in Canada. However, the majority of the Tribunal concluded that there was no change in the “operative circumstance” which led to the consent order, and that the Tribunal was therefore unable to make the variation order requested. The issue was whether the Tribunal erred in interpreting restrictively the provisions of paragraph 106(a) so as to encompass only a change in the circumstances that had directly and demonstrably led to the original order being issued.

Held (MacGuigan J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed and the matter returned to the Tribunal for reconsideration.

Per Hugessen J.A.: The Competition Tribunal erred in giving too narrow and confining an interpretation to the words of paragraph 106(a) of the *Competition Act*. There is no warrant in the language of section 106 itself or in the scheme of the statute generally for reading the words “the circumstances that led to the making of the order” in other than their ordinary grammatical sense. The Tribunal had to determine the existence of a simple causal relationship between the circumstances and the order, but no more. It was an error for the Tribunal, having recognized that the existence of a strong duopoly in the airline business was an important feature of the landscape in which the previous order had been made, not to find that a drastic change in the financial position of one of the members of that duopoly and its imminent failure were not changes in the circumstances that led to the making of the order and that, in the present circumstances, the order would not have been made.

A statutory power to vary an order vested in the tribunal which has made that order is necessarily constrained by the same limits as were imposed on the power to make the order in the first place. Where the order sought to be varied was made under paragraph 92(1)(e) of the Act and resulted from a consent, the Tribunal has no powers beyond those with which it was originally vested at the time of the Director’s first application. On the application to vary, it is open to the Tribunal to rescind the order or to direct the dissolution of the merger or the divestiture of shares or assets. It may also, under subparagraph 92(1)(e)(iii), make an order directing any person “to take any other action” but only with the consent of such person and of the Director. The power to vary given by section 106 of the Act is an “independent” power as without it the Tribunal could not act. But the consent is the very source of its jurisdiction to make an order to vary; without it, the Tribunal may only order dissolution or divestiture, or rescind its original order. To limit the power to vary under section 106 by reference to the power to make the original order under section 92 is a question of

née, Gemini, d’une part, et Air Canada et Canadien de l’autre. Dans sa décision en date du 22 avril 1993, le Tribunal conclut qu’il tient de l’alinéa 106a) de la *Loi sur la concurrence* le pouvoir de mettre fin, si nécessaire, à tout contrat afin de prévenir toute diminution notable de la concurrence; et que si les modifications demandées n’étaient pas accordées, Canadien ferait probablement faillite, ce qui se traduirait par une diminution notable de la concurrence dans le secteur du transport aérien des passagers au Canada. Cependant, le Tribunal décide à la majorité des voix qu’il n’y a aucun changement dans les «circonstances déterminantes» de l’ordonnance par consentement et qu’il ne lui est donc pas possible d’accorder la modification demandée. Il échet d’examiner si le Tribunal a commis une erreur en interprétant de façon restrictive l’alinéa 106a) comme n’embrassant que le changement dans les circonstances qui ont été la cause directe et démontrable de l’ordonnance primitive.

Arrêt (le juge MacGuigan, J.C.A., dissident en partie): l’appel doit être accueilli, l’appel incident rejeté, et l’affaire renvoyée au Tribunal pour nouvelle décision.

Le juge Hugessen, J.C.A.: Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur en donnant une interprétation trop étroite et trop restrictive des termes de l’alinéa 106a) de la *Loi sur la concurrence*. Ni le texte de l’article 106 lui-même ni l’esprit de la Loi prise dans son ensemble ne justifie de donner au membre de phrase «les circonstances ayant entraîné l’ordonnance» un sens différent de son sens grammatical ordinaire. Ces mots signifient que le Tribunal s’assure de l’existence d’un simple lien de causalité entre les circonstances et l’ordonnance, et rien de plus. Le Tribunal, ayant constaté que le contexte dans lequel l’ordonnance antérieure avait été rendue était caractérisé par l’existence d’un vigoureux duopole dans le secteur du transport aérien, a commis l’erreur de ne pas conclure qu’un changement radical dans la situation financière de l’un des deux protagonistes de ce duopole et sa faillite imminente n’étaient pas des changements dans les circonstances qui avaient présidé à cette ordonnance et que, dans la situation actuelle, celle-ci n’aurait pas été rendue.

Le pouvoir de modifier une ordonnance, dont est investi l’organisme qui l’a rendue, est nécessairement confiné dans les mêmes limites que le pouvoir de rendre cette ordonnance en premier lieu. Dans les cas où l’ordonnance visée par la demande de modification a été rendue en application de l’alinéa 92(1)e) par suite du consentement des parties, le Tribunal ne dispose d’aucun pouvoir autre que ceux dont il était investi à l’origine, au moment de la première demande du directeur. Une fois saisi de la demande de modification, il peut soit annuler son ordonnance soit ordonner la dissolution du fusionnement ou l’aliénation d’actions ou d’éléments d’actif. Il peut aussi, en application du sous-alinéa 92(1)e)(iii), ordonner à toute personne «de prendre toute autre mesure» mais à condition que cette personne et le directeur y souscrivent. Le pouvoir de modifier prévu à l’article 106 est un pouvoir «distinct» en ce sens que faute de ce pouvoir, le Tribunal ne pourrait agir. Mais le consentement est à la source même de sa compétence pour rendre une ordonnance modificatrice; faute de consentement, il ne pourrait qu’ordonner la dissolution ou l’aliénation

policy. The policy of the Act, and more particularly of the provisions relating to mergers, is to favour solutions which the parties and the Director, with the guidance and consent of the Tribunal, fashion for themselves and to that end to do everything to encourage them to negotiate. It is also a matter of simple practicality where, for instance, parties to a merger and third parties have undertaken obligations, contractual or otherwise, on the basis of a consent order. The Tribunal does not, absent consent, have the statutory power to order compensation for persons who suffer damages as a result of that order. The Court should refrain from making the order proposed by the Tribunal and requested by the appellants, but return the matter to the Tribunal for reconsideration.

Per Heald J.A. (concurring with Hugessen J.A.): Fulfilment of the conditions precedent for intervention under paragraph 106(a) does not confer upon the Tribunal unrestricted powers to amend or modify an existing order. In applications to vary pursuant to section 106, the Tribunal's powers are the same as they were when the Director's original section 92 application was being considered. This approach establishes a balance between the reliance of parties (and third parties) on an existing order and the public interest in the furtherance of competition. This high threshold for intervention imposed by the scheme of the statute is necessary to clothe existing orders with an acceptable degree of stability and certainty and to ensure that the integrity of the consent order process will be maintained. The Tribunal did not have the jurisdiction to issue the order proposed by it, given its power to intervene pursuant to paragraph 106(a) of the Act.

Per MacGuigan J.A. (dissenting in part): The Tribunal's interpretation of the phrase "the circumstances that led to the making of the order have changed" in paragraph 106(a) of the *Competition Act* to mean circumstances that directly and demonstrably caused the change is not supported by the text of the Act. The words "that led to" imply that the circumstances had to be at least causative of the change, but the language of the statute makes it hard to go much beyond that. The final causality emphasized by the various respondents, being the narrowest construction possible, was unwarranted. The phrase in issue includes all of the facts and conditions that were relevant to the making of the order, which gives support to material and formal causality in the Aristotelian sense, as well as efficient and final causality. The question of law as to the meaning of the power to "rescind or vary" the original order is a policy debate, one which Parliament has already resolved by its adoption of the unrestricted word "vary". A judicially imposed limitation on the power to vary in section 106 would be a total construct, without statutory warrant. The Tribunal's power is discretionary, not mandatory.

d'actions ou d'éléments d'actif, ou encore annuler son ordonnance antérieure. Limiter le pouvoir de modifier prévu à l'article 106 par référence au pouvoir de rendre l'ordonnance initiale sous le régime de l'article 92 est une question touchant la politique de la Loi. La Loi, en particulier ses dispositions relatives aux fusions, vise à favoriser les solutions que les parties et le directeur, avec les directives et l'autorisation du Tribunal, élaborent eux-mêmes, et à cette fin, à tout faire dans les limites du raisonnable pour les encourager à négocier. Il y a aussi une simple raison pratique dans les cas où les parties au fusionnement et les tiers ont souscrit des obligations, contractuelles ou autres, conformément à une ordonnance par consentement. Faute de consentement, le Tribunal n'est pas habilité par la loi à ordonner l'indemnisation de ceux qui subissent un préjudice par suite de cette ordonnance. La Cour devrait s'abstenir de rendre l'ordonnance envisagée par le Tribunal et demandée par les appelants, mais renvoyer l'affaire au Tribunal pour nouvelle décision.

Le juge Heald, J.C.A. (souscrivant aux motifs du juge Hugessen, J.C.A.): Le fait de satisfaire aux conditions préalables de l'intervention sous le régime de l'alinéa 106(a) ne confère pas au Tribunal un pouvoir illimité pour modifier une ordonnance existante. Saisi d'une demande de modification fondée sur l'article 106, il dispose des mêmes pouvoirs qu'à l'égard de la demande initialement introduite par le directeur sous le régime de l'article 92. Cette approche réalise l'équilibre entre la réalité que représente l'ordonnance existante pour les parties (et pour les tiers) et l'intérêt général qu'est la promotion de la libre concurrence. La rigueur des conditions préalables de l'intervention, qu'impose le régime de la loi, est nécessaire pour assurer aux ordonnances un degré acceptable de stabilité et de certitude; elle garantit que l'intégrité du processus d'ordonnance par consentement soit préservée. Le Tribunal n'a pas compétence pour rendre l'ordonnance qu'il envisage, vu les limites du pouvoir d'intervention qu'il tient de l'alinéa 106(a) de la Loi.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (dissident en partie): L'interprétation faite par le Tribunal de la phrase «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé» figurant à l'alinéa 106(a) de la *Loi sur la concurrence* comme visant les circonstances qui ont, de façon directe et démontrable, causé le changement, ne trouve aucune justification dans le texte de la Loi. Les mots «ayant entraîné» sous-entendent que les circonstances en question doivent être au moins la cause du changement, mais le texte de la loi ne permet guère d'aller plus loin. La cause finale, sur laquelle insistent les diverses intimées, représente l'interprétation la plus restrictive possible, qui n'est pas justifiée. Cette phrase embrasse tous les faits et conditions ayant un rapport avec la délivrance de l'ordonnance, donc la cause matérielle et la cause formelle au sens aristotélicien, de même que la cause efficiente et la cause finale. La question de droit relative à la signification du pouvoir d'«annuler ou [de] modifier» l'ordonnance initiale relève du débat sur la politique fondamentale, que le législateur a déjà résolu par l'adoption du mot «modifier» qui n'est assorti d'aucune réserve. Une limitation judiciairement imposée au pouvoir de modifier, que prévoit l'article 106, serait pur exercice intellectuel, sans aucun

With respect to the first requirement of section 106, a change in causative circumstances, the fact of hosting, which the Tribunal found to exist, was a matter of relevance and concern. It was because of the hosting contract in the context of the duopoly that the Director was moved to seek, and the Tribunal to grant, the consent order. The facts found by the majority of the Tribunal established a change in causative circumstances, as Air Canada and Canadian were the dominant airlines in Canada, in vigorous competition with each other and there was no indication whatsoever that Canadian's financial condition would deteriorate to the point where its continued existence would be threatened. As to whether the order would not have been made or would have been ineffective, the best evidence that this test is satisfied in law was provided by the Tribunal's alternative findings of fact that Canadian was no longer financially viable. There was ample evidence that Air Canada and Canadian were the dominant carriers in Canada and that the failure of Canadian would result in a substantial lessening of competition. The Tribunal's conclusions were not based on wrongly admitted evidence and they were amply supported by evidence that was uncontroverted as to its admissibility. The Tribunal was correct in ruling that it could not make compensatory awards as compensation is not within its jurisdiction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 70 (as am. *idem*, s. 41), 75 (as am. *idem*, s. 45), 76 (as am. *idem*), 77 (as am. *idem*), 79 (as enacted *idem*; as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 31), 81 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45), 83 (as enacted *idem*), 84 (as enacted *idem*), 86 (as enacted *idem*; as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 32), 87 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45), 91 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*), 97 (as enacted *idem*), 105 (as enacted *idem*), 106 (as enacted *idem*).

Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, Part I, ss. 5, 8, 9, 12.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto, [1973] 2 O.R. 265; (1973), 33 D.L.R. (3d) 513 (Div. Ct.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129.

fondement législatif. L'exercice du pouvoir du Tribunal est discrétionnaire, non pas obligatoire.

En ce qui concerne la première condition prévue à l'article 106, savoir un changement dans les circonstances ayant présidé à l'ordonnance primitive, le contrat de gestion interne, dont le Tribunal a constaté l'existence, devient un facteur à prendre en considération. C'était l'existence du contrat de gestion interne sur fond de duopole qui a poussé le directeur à demander, et le Tribunal à rendre l'ordonnance par consentement. Les faits constatés par la majorité font ressortir un changement dans les circonstances à prendre en considération, en particulier le fait que Air Canada et Canadien étaient les deux compagnies aériennes dominantes au Canada qui se livraient une vive concurrence, et l'absence d'aucune indication que la situation financière de Canadien se détériorerait à un point tel que son existence même serait menacée. Pour ce qui est de savoir si l'ordonnance primitive n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets voulus, la meilleure preuve qu'il a été satisfait à ce critère sur le plan juridique se dégage des conclusions subsidiaires du Tribunal sur les faits, savoir que Canadien n'était plus financièrement viable. Il y a abondamment de preuves qui démontrent que Air Canada et Canadien sont les transporteurs dominants au Canada, et que la faillite de Canadien signifierait une diminution notable de la concurrence. Le Tribunal n'a pas fondé ses conclusions sur des preuves admises à tort, et ces conclusions sont amplement justifiées par des preuves dont l'admissibilité est incontestée. Le Tribunal a correctement conclu qu'il ne pourrait accorder un dédommagement, qui échappe à sa compétence.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 70 (mod., *idem*, art. 41), 75 (mod., *idem*, art. 45), 76 (mod., *idem*), 77 (mod., *idem*), 79 (édicte, *idem*; mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 31), 81 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45), 83 (édicte, *idem*), 84 (édicte, *idem*), 86 (édicte, *idem*; mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 32), 87 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45), 91 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*), 97 (édicte, *idem*), 105 (édicte, *idem*), 106 (édicte, *idem*).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52.

Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, Partie 1, art. 5, 8, 9, 12.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto, [1973] 2 O.R. 265; (1973), 33 D.L.R. (3d) 513 (C. div.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] R.C.S. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129.

CONSIDERED:

American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal), [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.); *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98; (1982), 141 D.L.R. (3d) 54; 44 N.R. 243 (C.A.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.).

REFERRED TO:

Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Imperial Oil Limited [[1990] C.C.T.D. No.1 (QL)]; *Consumers' Association of Canada v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 F.C. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (T.D.); *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Comp. Trib.).

AUTHORS CITED

Aristotle, *Physics*, II, 3.
Webster's Third New International Dictionary (1981).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ([1993] C.C.T.D. No. 14 (QL)) dismissing an application by the Director of Investigation and Research to vary an earlier consent order of the Tribunal ((1989), 44 B.L.R. 154 (Comp. Trib.)). Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

COUNSEL:

C. D. O'Brien, Q.C. and *R. W. Thompson* for appellants PWA Corporation and Canadian Airlines International Ltd.
Donald B. Houston and *J. G. Bertrand* for appellant Director of Investigation and Research.
J. William Rowley, Q.C. and *William V. Sasso* for respondent Air Canada.
Michael L. Phelan and *P. J. Wilson* for respondents The Gemini Group Limited Partnership and The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence), [1989] 2 C.F. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.); *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98; (1982), 141 D.L.R. (3d) 54; 44 N.R. 243 (C.A.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Ltée [[1990] D.T.C.C. no.1 (QL)]; *L'Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 C.F. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (1^{re} inst.); *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Trib. conc.).

DOCTRINE

Aristote, *Physique*, II, 3.
Webster's Third New International Dictionary (1981).

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision du Tribunal de la concurrence ([1993] D.T.C.C. No. 14 (QL)) qui a rejeté la demande faite par le directeur des enquêtes et recherches à l'effet de modifier une ordonnance antérieure du Tribunal ((1989), 44 B.L.R. 154 (Trib. conc.)). Appel accueilli, appel incident rejeté.

AVOCATS:

C. D. O'Brien, c.r., et *R. W. Thompson* pour les appelantes PWA Corporation et les Lignes aériennes Canadien International.
Donald B. Houston et *J. G. Bertrand* pour l'appelant, directeur des enquêtes et recherches.
J. William Rowley, c.r., et *William V. Sasso* pour l'intimée Air Canada.
Michael L. Phelan et *P. J. Wilson* pour les intimées The Gemini Group Limited Partnership et The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

William L. Vanveen and *T. Burke* for respondents Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp.

Colin L. Campbell, Q.C. for respondent (intervenor) American Airlines, Inc. a

W. A. Kelly, Q.C. for respondent (intervenor) IBM Canada Ltd.

Bruce M. Graham for respondent (intervenor) Council of Canadian Airlines Employees. b

William L. Vanveen et *T. Burke* pour les intimées Covia Canada Corp. et Covia Canada Partnership Corp.

Colin L. Campbell, c.r., pour l'intimée (intervenant) American Airlines, Inc.

W. A. Kelly, c.r., pour l'intimée (intervenant) IBM Canada Ltd.

Bruce M. Graham pour l'intimé (intervenant) Council of Canadian Airlines Employees.

SOLICITORS:

Bennett Jones Verchere, Calgary, for appellants PWA Corporation and Canadian Airlines International Ltd. c

Legal Services Branch, Consumer and Corporate Affairs, Hull, Quebec, for appellant Director of Investigation and Research.

McMillan Binch, Toronto, for respondent Air Canada. d

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for respondents The Gemini Group Limited Partnership and The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. e

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp.

McCarthy Tétrault, Toronto, for respondent (intervenor) American Airlines, Inc. f

Kelly Affleck Greene, Toronto, for respondent (intervenor) IBM Canada Ltd.

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson, & Mayer, Toronto, for respondent (intervenor) Council of Canadian Airlines Employees. g

PROCUREURS:

Bennett Jones Verchere, Calgary, pour les appelantes PWA Corporation et les Lignes aériennes Canadien International.

Services juridiques, Consommation et Affaires commerciales, Hull, Québec, pour l'appelant, directeur des enquêtes et recherches.

McMillan Binch, Toronto, pour l'intimée Air Canada.

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour les intimées The Gemini Group Limited Partnership et The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les intimées Covia Canada Corp. et Covia Canada Partnership Corp.

McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'intimée (intervenant) American Airlines, Inc.

Kelly Affleck Greene, Toronto, pour l'intimée (intervenant) IBM Canada Ltd.

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson, & Mayer, Toronto, pour l'intimé (intervenant) Council of Canadian Airlines Employees.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

HEALD J.A.: I have had the privilege of reading the detailed reasons for judgment herein prepared by my colleagues Hugessen J.A. and MacGuigan J.A.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'ai pris connaissance des motifs de jugement détaillés de mes collègues les juges Hugessen et MacGuigan, J.C.A. i

I agree with both of my colleagues that the Competition Tribunal (the Tribunal) erred in the restrictive interpretation that it gave to the provisions of paragraph (a) of section 106 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, as amended [R.S.C., 1985 (2nd

Je conviens avec l'un et l'autre que le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a commis une erreur en donnant une interprétation restrictive de l'alinéa a) de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 mod. par [L.R.C. (1985) (2^e suppl.),

Supp.), c. 19, s. 19], (the Act).¹ I agree with MacGuigan J.A. that in interpreting the phrase “the circumstances that led to the making of the order have changed” in paragraph 106(a) [as enacted *idem*, s. 45] so as to encompass only changed circumstances that directly and demonstrably caused the order to be issued, the learned judicial member of the Tribunal imposed an unwarranted restriction on that phrase. I agree also with Hugessen J.A. [*infra*, at page 166] that the phrase in issue must be given its “ordinary grammatical sense” which “involves a determination by the Tribunal of the existence of a simple causal relationship between the circumstances and the order, but no more.” The financial viability of the initial parties to the Gemini merger on June 1, 1987, namely Air Canada and Canadian, was clearly an important component of the rationale for the 1989 consent order. In its current financial position, Canadian would not have agreed to the Gemini merger. Accordingly, no consent merger order would have been made pursuant to the provisions of section 92² [as enacted *idem*] of the Act.

¹ S. 106 reads:

106. Where, on application by the Director or a person against whom an order has been made under this Part, the Tribunal finds that

(a) the circumstances that led to the making of the order have changed and, in the circumstances that exist at the time the application is made under this section, the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose, or

(b) the Director and the person against whom an order has been made have consented to an alternative order, the Tribunal may rescind or vary the order accordingly.

² S. 92 reads:

92. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

(a) in a trade, industry or profession,

(b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,

(c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or

(d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

ch. 19, art. 19], ensemble ses modifications (la Loi)¹. Je conviens avec le juge MacGuigan, J.C.A., qu'en interprétant le membre de phrase «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé» de l'alinéa 106a) [édicte, *idem*, art. 45] comme n'embrassant que le changement dans les circonstances qui ont été la cause directe et démontrable de l'ordonnance primitive, le juge qui siégeait au Tribunal en a restreint le sens à tort. Je conviens aussi avec le juge Hugessen, J.C.A. [*infra*, à la page 166], qu'il faut donner à ce membre de phrase son «sens grammatical ordinaire», qui signifie que «le Tribunal s'assure de l'existence d'un simple lien de causalité entre les circonstances et l'ordonnance, et rien de plus». L'équilibre financier des parties initiales au fusionnement Gemini, réalisé le 1^{er} juin 1987, savoir Air Canada et Canadien, était indubitablement un facteur important de l'ordonnance par consentement de 1989. Dans sa situation financière actuelle, Canadien n'aurait pas consenti au fusionnement Gemini. Donc, aucune ordonnance par consentement sur le fusionnement n'aurait été rendue en application des dispositions de l'article 92² [édicte, *idem*] de la Loi.

¹ Voici le texte de l'art. 106:

106. Le Tribunal peut annuler ou modifier une ordonnance rendue en application de la présente partie lorsque, à la demande du directeur ou de la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue, il conclut que:

a) les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé et que, sur la base des circonstances qui existent au moment où la demande prévue au présent article est faite, l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet;

b) le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue ont consenti à une autre ordonnance.

² Voici le texte de l'art. 92 de la Loi:

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du directeur, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet:

a) dans un commerce, une industrie ou une profession;

b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;

c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;

d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

While my two colleagues are in agreement that the Tribunal erred in its interpretation of the conditions precedent imposed by paragraph 106(a) of the Act, they have a fundamental disagreement as to the extent of the power to vary conferred on the Tribunal pursuant to paragraph 106(a). In the result, they do not agree as to the appropriate remedy.

I agree with Mr. Justice Hugessen that fulfilment of the conditions precedent for intervention pursuant to paragraph 106(a) does not confer upon the Tribunal unrestricted powers to amend or modify an existing order. The Tribunal's power is subject to the same limitations as were imposed on its jurisdiction to make the original order. Here, we have a consent

(Continued from previous page)

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

- (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
- (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or
- (iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

- (i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,
- (ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or
- (iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both
 - (A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or
 - (B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, ordering the person to take any other action

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially solely on the basis of evidence of concentration or market share.

Si mes deux collègues sont convenus que le Tribunal a commis une erreur dans son interprétation des conditions préalables prévues à l'alinéa 106a) de la Loi, leurs vues divergent totalement quant à l'étendue du pouvoir de modifier que le Tribunal tient de cet alinéa a). En conséquence, ils ne s'entendent pas sur la réparation à ordonner.

Je conviens avec le juge Hugessen que le fait de satisfaire aux conditions préalables de l'intervention sous le régime de l'alinéa 106a) ne confère pas au Tribunal un pouvoir illimité pour modifier une ordonnance existante. Son pouvoir en la matière est soumis aux mêmes limites que la compétence dont il est investi pour rendre l'ordonnance initiale. En l'espèce,

(Suite de la page précédente)

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:

- (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
- (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif ou des actions qu'il indique,
- (iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant:

- (i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,
- (ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,
- (iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non:
 - (A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,
 - (B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le directeur et cette personne y souscrivent.

(2) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché.

order issued pursuant to section 105 [as enacted *idem*] of the Act following an application by the Director of Investigation and Research (the Director) pursuant to section 92 of the Act which was converted to a consent proceeding in April of 1989. My brother, Hugessen J.A., relies on the provisions of subparagraph 92(1)(e)(iii) as the basis for the Tribunal's jurisdiction to make a wide range of orders in relation to mergers. I do not think it necessary to determine whether the Tribunal's power emanates specifically from subparagraph 92(1)(e)(iii) or from the more general powers conferred on the Tribunal pursuant to the provisions of section 105 of the Act.³ In my view, when section 106 is read in context with section 92, and, having regard to the scheme of Part VIII of the Act, it is apparent, in the absence of the consent of all parties to the merger order, that the Tribunal's powers are limited to ordering dissolution of the merger or divestiture of its assets provided it has been proven that the merger or proposed merger "prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially."

In applications to vary pursuant to section 106, the Tribunal's powers are the same as they were when the Director's original section 92 application was being considered. In situations where the parties have consented to a modification or an alternative order, the Tribunal has the jurisdiction, pursuant to paragraph 106(b) to vary the order accordingly. Such an alteration or variation is subject to the condition, as would be the case under section 105, that the amended order redress the anti-competitive effects of the merger. This represents the consensual or negotiated solution to changed circumstances. Where, as in this case, consensus is not likely, paragraph (a) of

³ S. 105 reads:

105. Where an application is made to the Tribunal under this Part for an order and the Director and the person in respect of whom the order is sought agree on the terms of the order, the Tribunal may make the order on those terms without hearing such evidence as would ordinarily be placed before the Tribunal had the application been contested or further contested.

il y a une ordonnance par consentement, rendue conformément à l'article 105 [édicte, *idem*] de la Loi sur demande introduite par le directeur des enquêtes et recherches (le directeur) en application de l'article 92 de la Loi, demande qui s'est subséquemment transformée en procédure d'ordonnance par consentement en avril 1989. Mon collègue le juge Hugessen, J.C.A., se fonde sur les dispositions du sous-alinéa 92(1)e(iii) pour conclure que le Tribunal est habilité à rendre une grande variété d'ordonnances en matière de fusionnements. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de savoir si le pouvoir en question du Tribunal émane spécifiquement du sous-alinéa 92(1)e(iii) ou fait partie des pouvoirs plus généraux qu'il tient des dispositions de l'article 105 de la Loi³. À mon avis, lorsqu'on envisage l'article 106 à la lumière de l'article 92 et eu égard au régime institué par la partie VIII de la Loi, il appert que, sauf consentement de toutes les parties à l'ordonnance portant fusionnement, le pouvoir du Tribunal se limite à ordonner soit la dissolution du fusionnement soit l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif, à condition qu'il soit prouvé que ce fusionnement, réalisé ou proposé, «empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet».

Saisi d'une demande de modification fondée sur l'article 106, le Tribunal dispose des mêmes pouvoirs qu'à l'égard de la demande initialement introduite par le directeur sous le régime de l'article 92. Dans le cas où les parties ont consenti à la modification ou à la délivrance d'une autre ordonnance, le Tribunal est habilité par l'alinéa 106b) à modifier l'ordonnance primitive en conséquence. La modification est subordonnée en ce cas, tout comme dans les cas visés à l'article 105, à la condition que l'ordonnance modifiée remédie aux effets anticoncurrentiels du fusionnement. Elle représente la solution consensuelle ou négociée face aux circonstances nouvelles. Dans les

³ Voici le texte de l'art. 105:

105. Lorsqu'une demande d'ordonnance est faite au Tribunal en application de la présente partie et que le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée s'entendent sur le contenu de l'ordonnance en question, le Tribunal peut rendre une ordonnance conforme à cette entente sans que lui soit alors présentée la preuve qui lui aurait autrement été présentée si la demande avait fait l'objet d'une opposition.

section 106 may be engaged.⁴ Under paragraph 106(a) the Tribunal's jurisdiction is limited to ordering divestiture or dissolution (as was the case under section 92, in the absence of consent) and then only when the Tribunal decides that the merger, operating under the terms of the existing order, will lead to a substantial lessening of competition. Put another way, the same stark choice between continuation and dissolution of the merger exists and applies in all non-consensual scenarios whether the Tribunal's source of jurisdiction is section 92 or paragraph 106(a). Likewise, the same test for intervention by the Tribunal applies in both cases.

This approach establishes a balance between the reliance of parties (and third parties) on an existing order and the public interest involved in the furtherance of competition. The high threshold for intervention imposed by the scheme of the statute is necessary in order to clothe existing orders with an acceptable degree of stability and certainty. Such a high threshold ensures that the integrity of the consent order process will be maintained, a desirable objective, in my view.

To summarize, it is my conclusion that the Director or any person against whom an order has been made under Part VIII may apply for variation of that order, pursuant to paragraph 106(a), absent consent amongst the parties to modification of that existing

⁴ Hugessen J.A. is of the view that the policy of the Act and more particularly, the merger provisions therein, favour negotiated solutions which are fashioned by the parties and the Director, "with the guidance and consent" of the Tribunal. I would agree that the "all or nothing" result mandated by the statutory scheme in the absence of consent creates a strong impetus for the parties to arrive at "finely-tuned" solutions through negotiation. However, in the case at bar, an agreement was not reached, hence s. 106(a) application. In the circumstances of this case, an agreement seems unlikely. Contrary to the usual scenario accompanying a s. 92 application, one of the parties to the merger (Canadian) wants the merger dissolved. Air Canada does not wish the merger dissolved. In the vast majority of s. 92 applications, neither the parties nor the Director would be supporting dissolution or divestiture. In this case, due to the intransigence of at least two of the parties, I fear that negotiations between the parties may be unproductive, given the existing atmosphere.

cas où, comme en l'espèce, un consentement est peu probable, l'alinéa 106a) peut entrer en jeu⁴. Par application de l'alinéa 106a), la compétence du Tribunal se limite à ordonner soit l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif soit la dissolution (comme dans les cas soumis à l'article 92 faute de consentement), et ce uniquement dans le cas où il conclut que le fusionnement, exploité conformément aux dispositions de l'ordonnance existante, aboutira à une diminution notable de la concurrence. En d'autres termes, le même choix brutal entre le maintien et la dissolution du fusionnement existe et s'applique dans tous les cas où il n'y a pas consentement, que le Tribunal tienne sa compétence de l'article 92 ou de l'alinéa 106a). Par ailleurs, le critère de l'intervention du Tribunal est le même dans les deux cas.

Cette approche réalise l'équilibre entre la réalité que représente l'ordonnance existante pour les parties (et pour les tiers) et l'intérêt général qu'est la promotion de la libre concurrence. La rigueur des conditions préalables de l'intervention, qu'impose le régime de la loi, est nécessaire pour assurer aux ordonnances un degré acceptable de stabilité et de certitude. Pareille rigueur garantit que l'intégrité du processus d'ordonnance par consentement soit préservée, ce qui me paraît un objectif souhaitable.

En bref, je conclus que le directeur ou toute personne visée par une ordonnance rendue sous le régime de la partie VIII peut en demander la modification conformément à l'alinéa 106a), faute de consentement des parties à cet effet. Si les conditions

⁴ Le juge Hugessen, J.C.A., estime que l'objectif de la Loi, et en particulier de ses dispositions relatives aux fusionnements, favorise les solutions négociées par les parties et le directeur, «avec les directives et l'autorisation» du Tribunal. Je conviens que le résultat «manichéen» prescrit par le régime de la loi en cas d'absence de consentement représente un incitatif puissant qui pousse les parties à trouver par négociation des solutions «bien adaptées». En l'espèce cependant, il n'y a pas eu d'accord, d'où l'application de l'art. 106a). Dans les circonstances présentes, un accord paraît peu probable. À l'opposé des cas habituels de demande sous le régime de l'art. 92, l'une des parties (Canadien) au fusionnement veut que celui-ci soit dissous, ce que ne veut pas Air Canada. Dans la grande majorité des demandes fondées sur l'art. 92, ni les parties ni le directeur ne favorisaient la dissolution ou la cession forcée d'actions ou d'éléments d'actif. En l'espèce, il me semble que l'intransigence de deux des parties au moins fait que des négociations entre les parties ne donneraient peut-être aucun résultat, dans l'atmosphère qui règne en ce moment.

order. If the conditions precedent for the Tribunal's exercise of power under paragraph 106(a) are met, the Tribunal may order dissolution or divestiture of the merger where it has been established that the merger operating pursuant to the existing order will lead to a substantial lessening of competition. If it has not been so established to the Tribunal's satisfaction, the *status quo* should remain. To emphasize—the merger must be the cause of the anti-competitive effects in issue since the Tribunal's powers under Part VIII of the Act are restricted to redressing the effects of specific types of behaviour, one of which is mergers. The Tribunal's powers pursuant to Part VIII do not extend, for example, to issues relating to the economic regulation of airline markets. This regulatory area is encompassed by the mandate of the National Transportation Agency.

In conclusion, and for the reasons stated herein, I agree with Mr. Justice Hugessen that the Tribunal does not have the jurisdiction to issue the order proposed by it, given its power to intervene pursuant to paragraph 106(a) of the Act.

Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Tribunal and return the matter to the Tribunal for reconsideration on the basis that the condition precedent to the exercise of the power to rescind or vary has been met, but that the power to rescind or vary may only be exercised in accordance with the provisions of section 92 of the Act. I would dismiss the cross-appeal. I would make no order as to costs in respect of either the appeal or the cross-appeal.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my colleague MacGuigan J.A. I am in agreement with him that the Competition Tribunal erred in law in its interpretation of the conditions precedent imposed by paragraph 106(a) of the *Competition Act*⁵ upon the exercise by it of the power to vary a previous order. I disagree with him, however, as to the manner of the exercise of that power, and its extent, once those con-

⁵ R.S.C., 1985, c. C-34.

préalables de l'exercice du pouvoir que le Tribunal tient de l'alinéa 106a) sont réunies, il peut ordonner la dissolution du fusionnement ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif dans le cas où il est prouvé que celui-ci, exploité conformément à l'ordonnance existante, aura pour résultat une diminution notable de la concurrence. Si cette preuve n'est pas administrée de façon concluante, il faudra respecter le statu quo. Autrement dit, il faut que le fusionnement ait produit les effets anticoncurrentiels en question puisque les pouvoirs que le Tribunal tient de la partie VIII de la Loi se limitent à remédier aux effets d'agissements spécifiques, dont le fusionnement. Ces pouvoirs ne s'étendent pas, par exemple, aux questions relatives à la régulation économique du transport aérien, laquelle relève de l'Office national des transports.

En conclusion, et par les motifs ci-dessus, je conviens avec le juge Hugessen que le Tribunal n'a pas compétence pour rendre l'ordonnance qu'il envisage, vu les limites du pouvoir d'intervention qu'il tient de l'alinéa 106a) de la Loi.

En conséquence, je me prononce pour l'accueil de l'appel, l'infirmité de la décision du Tribunal et le renvoi de l'affaire à celui-ci pour nouvelle décision par ce motif que la condition préalable de l'exercice de son pouvoir d'annuler ou de modifier a été remplie, mais que ce pouvoir ne peut s'exercer que conformément à l'article 92 de la Loi. Je me prononce pour le rejet de l'appel incident. Je ne prononce pas sur les frais et dépens que ce soit à l'égard de l'appel ou de l'appel incident.

* * *

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'ai pris connaissance des motifs de jugement que mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A., se propose de prononcer. Je conviens avec lui que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur de droit dans son interprétation des conditions préalables qu'attache l'alinéa 106a) de la *Loi sur la concurrence*⁵ à l'exercice de son pouvoir de modifier une ordonnance antérieure. Je ne partage cependant ses vues ni sur l'étendue ni sur les moda-

⁵ L.R.C. (1985), ch. C-34.

ditions have been met. In the result, I arrive at a different disposition of the appeal.

MacGuigan J.A. has fully set out the background and the facts and since it is clearly in the public interest as well as in the commercial interest of the individual parties that the matter be resolved as quickly as possible, it is neither necessary nor desirable for me to repeat them. For the same reasons I think it appropriate that I state as briefly as possible my reasons for concluding as I do.

In my view, the Tribunal erred in giving too narrow and confining an interpretation to the words of section 106 of the *Competition Act* and particularly to paragraph (a) thereof. That section reads:

106. Where, on application by the Director or a person against whom an order has been made under this Part, the Tribunal finds that

(a) the circumstances that led to the making of the order have changed and, in the circumstances that exist at the time the application is made under this section, the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose, or

(b) the Director and the person against whom an order has been made have consented to an alternative order,

the Tribunal may rescind or vary the order accordingly.

This provision appears in Part VIII of the Act, "Matters Reviewable by Tribunal". Part VIII covers sections 75 to 107 [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] and contains provisions dealing with various restrictive trade practices (refusal to deal, consignment selling, exclusive dealing, etc.) specialization agreements and mergers, and empowers the Tribunal to make specific types of orders in each of these areas. Part VIII concludes with a short subdivision entitled "General" dealing with interim and consent orders, evidence, and, in section 106, the power to vary.

In the present case, the Tribunal was dealing with an application by the Director seeking the variation of an order previously given by the Tribunal on consent in accordance with the terms of section 92 relat-

lités d'exercice de ce pouvoir, une fois les conditions préalables réunies. Le dispositif de l'appel auquel j'en arrive est donc différent.

Le juge MacGuigan, J.C.A., a rapporté en détail les faits et circonstances de la cause, et comme il est certainement conforme à l'intérêt général comme à l'intérêt commercial des entreprises qui sont parties à l'instance que l'affaire soit résolue le plus vite possible, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que je les relate encore. Pour les mêmes raisons, les motifs de ma décision seront aussi brefs que possible.

À mon avis, le Tribunal a commis une erreur en donnant une interprétation trop étroite et trop restrictive de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence*, en particulier de son alinéa a). Voici ce que prévoit cet article:

106. Le Tribunal peut annuler ou modifier une ordonnance rendue en application de la présente partie lorsque, à la demande du directeur ou de la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue, il conclut que:

a) les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé et que, sur la base des circonstances qui existent au moment où la demande prévue au présent article est faite, l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet;

b) le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue ont consenti à une autre ordonnance.

Cette disposition figure à la partie VIII de la Loi, «Affaires que le Tribunal peut examiner», laquelle partie, formée des articles 75 à 107 [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45], comprend des dispositions relatives à diverses pratiques restrictives du commerce (refus de vendre, vente par voie de consignation, exclusivité, etc.), aux accords de spécialisation et aux fusionnements, et habilite le Tribunal à rendre des ordonnances spécifiquement prévues pour chacun de ces domaines. La partie VIII se termine par une brève section intitulée «Dispositions générales» et portant sur les ordonnances provisoires, les ordonnances par consentement, la preuve et, à l'article 106, le pouvoir de modifier une ordonnance antérieure.

En l'espèce, le directeur a demandé au Tribunal de modifier une ordonnance par consentement que celui-ci avait rendue conformément à l'article 92 relatif aux fusionnements. Il est clair à mes yeux que l'inter-

ing to mergers. It is, in my view, clear that the Tribunal's restrictive interpretation of its power to vary was in some measure coloured by the fact that it was being called upon to impose changes in an order which the parties had previously negotiated amongst themselves and consented to. I shall have more to say later about this aspect of the matter but, for the moment, it is enough to indicate that, while the Tribunal's concern was quite legitimate, the course it chose as a means of solving the difficulty was inappropriate. The restrictive interpretation given by the Tribunal to the words of paragraph 106(a) results not only in making involuntary interference with consent orders difficult, a desirable result in my view, but also in rendering it almost impossible to make any variation in any of the other kinds of orders envisaged in Part VIII, a much less happy consequence. In my view, there is no warrant in the language of section 106 itself or in the scheme of the statute generally for reading the words "the circumstances that led to the making of the order" in other than their ordinary grammatical sense. This involves a determination by the Tribunal of the existence of a simple causal relationship between the circumstances and the order, but no more. It is not necessary that such relationship be "direct" or "demonstrable" other than in the very limited sense that the Tribunal must be satisfied that it exists. Nor is it necessary to relate the circumstances to the purposes sought to be achieved by the order, although it is of course always legitimate to look to such purposes as a guide to identifying some of the circumstances leading to it.

Dealing with the particular facts of this case, I think it was an error for the Tribunal, having recognized that the existence of a strong duopoly in the airline business was an important feature of the landscape in which the previous order had been made, not to find that a drastic change in the financial position of one of the members of that duopoly and its imminent failure were not changes in the circumstances that led to the making of the order and that, in the present circumstances, the order would not have been made.

In my view, however, a conclusion that the conditions of paragraph (a) of section 106 have been met, as I believe they have, does no more than open the door to the possibility of the Tribunal making a new

prétation restrictive, faite par le Tribunal, de son pouvoir de modifier tenait dans une certaine mesure à ce qu'on lui demandait d'apporter des modifications à une ordonnance sur lesquelles s'étaient entendues les parties elles-mêmes. Je reviendrai sur ce point mais, pour le moment, il suffit de dire que, si ce souci du Tribunal était parfaitement légitime, il s'est engagé sur une mauvaise voie pour résoudre la difficulté. L'interprétation restrictive donnée par le Tribunal des termes de l'alinéa 106(a) non seulement rend difficile l'ingérence involontaire dans les ordonnances par consentement, ce qui est souhaitable, mais encore fait qu'il soit presque impossible d'apporter quelque modification que ce soit aux autres types d'ordonnances visés à la partie VIII, ce qui est bien moins souhaitable. À mon avis, ni le texte de l'article 106 lui-même ni l'esprit de la loi prise dans son ensemble ne justifie de donner au membre de phrase «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance» un sens différent de son sens grammatical ordinaire. Ces mots signifient que le Tribunal s'assure de l'existence d'un simple lien de causalité entre les circonstances et l'ordonnance, et rien de plus. Il n'est pas nécessaire que ce lien soit «direct» ou «démonstrable», si ce n'est au sens très limité que le Tribunal doit être convaincu qu'il existe. Il n'est pas nécessaire non plus d'établir un rapport entre ces circonstances et les fins poursuivies par l'ordonnance, bien qu'à l'évidence, il soit toujours légitime de se guider sur ces dernières pour identifier certaines des circonstances qui ont abouti à cette ordonnance.

Dans ce cas d'espèce, je pense que le Tribunal, ayant constaté que le contexte dans lequel l'ordonnance antérieure avait été rendue était caractérisé par l'existence d'un vigoureux duopole dans le secteur du transport aérien, a commis l'erreur de ne pas conclure qu'un changement radical dans la situation financière de l'un des deux protagonistes de ce duopole et sa faillite imminente n'étaient pas des changements dans les circonstances qui avaient présidé à cette ordonnance et que, dans la situation actuelle, celle-ci n'aurait pas été rendue.

À mon avis cependant, s'il est jugé que les conditions prévues à l'alinéa a) de l'article 106 ont été remplies, et j'estime qu'elles l'ont été en l'espèce, cela signifie tout juste que le Tribunal peut rendre

order; it does nothing to tell us what that new order can or should be. The empowering words of the section are not found in the paragraphs setting out the conditions precedent to the exercise of the power, but rather in the body of the section: "the Tribunal may rescind or vary the order". It is to them that I now turn.

I start from the proposition which I take to be self-evident that a statutory power to vary an order vested in the tribunal which has made that order is necessarily constrained by the same limits as were imposed on the power to make the order in the first place. Put another way, a tribunal cannot invoke a power to vary its earlier order as a justification for making an order which it did not have the power to make the first time.

In the present case, the Tribunal has been asked to vary an order made with respect to a merger. The powers of the Tribunal in such cases are set out in subsection 92(1):

92. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially:

- (a) in a trade, industry or profession,
- (b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or
- (d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

- (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
- (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or
- (iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

- (i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,

une nouvelle ordonnance; pareille conclusion ne nous dit pas ce que celle-ci peut et devrait être. La disposition d'habilitation de cet article ne se trouve pas dans les alinéas prescrivant les conditions préalables de l'exercice du pouvoir, mais dans le corps même de l'article: «Le Tribunal peut annuler ou modifier une ordonnance». C'est cette disposition que je vais examiner maintenant.

Notre analyse sera fondée sur ce postulat: le pouvoir de modifier une ordonnance, dont est investi l'organisme qui l'a rendue, est nécessairement confiné dans les mêmes limites que le pouvoir de rendre cette ordonnance en premier lieu. En d'autres termes, un tribunal administratif ne peut invoquer son pouvoir de modifier ses propres ordonnances pour rendre une ordonnance qu'il n'est pas habilité à rendre en premier lieu.

En l'espèce, le Tribunal était saisi d'une demande de modification d'une ordonnance relative à un fusionnement. Ses pouvoirs en la matière sont prévus au paragraphe 92(1):

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du directeur, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet:

- a) dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;
- d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:

- (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
- (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,
- (iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant:

- (i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,

(ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or
 (iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both
 (A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or
 (B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, ordering the person to take any other action.

Of particular relevance here, since at the time of the Director's original application, the Tribunal was dealing with a completed merger, are the words of paragraph 92(1)(e). That paragraph is rather unusual in my experience, for in addition to the very precise and limited powers which it gives in subparagraphs 92(1)(e)(i) and (ii), it goes on in subparagraph (iii) to open up the possibility of a virtually unlimited range of orders if the Director and the person against whom it is made consent. Paragraph 92(1)(e) also differs in this respect from the other provisions of Part VIII. Under those provisions, and in particular by sections 75, 76, 77, 79 [as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 31], 81, 83, 84, 86 [as am. *idem*, s. 32] and 87, the Tribunal is empowered to make specific orders of the various types described. Those orders may, of course, be the result of contested proceedings or they may come into being because the parties have consented to them. Section 105 (which as previously noted is in the "general" subdivision of Part VIII) provides for consent orders as follows:

105. Where an application is made to the Tribunal under this Part for an order and the Director and the person in respect of whom the order is sought agree on the terms of the order, the Tribunal may make the order on those terms without hearing such evidence as would ordinarily be placed before the Tribunal had the application been contested or further contested.

In my view, this provision does nothing to expand the nature or content of the orders the Tribunal may make; it simply provides that the Tribunal may rely on consent to make orders of the kind it is otherwise empowered to make and without the necessity of hearing evidence. Thus, in a proceeding for abuse of dominant position a consent by the relevant person

(ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,
 (iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non:
 (A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,
 (B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le directeur et cette personne y souscrivent.

Le libellé de l'alinéa 92(1)e revêt une importance particulière en l'espèce, puisque au moment de la première demande du directeur, l'affaire soumise au Tribunal concernait un fusionnement réalisé. Je trouve cet alinéa plutôt inusité car, outre les pouvoirs très précis et très circonscrits que prévoient les sous-alinéas 92(1)e(i) et (ii), il ouvre la porte, en son sous-alinéa (iii), à la possibilité d'une gamme pratiquement illimitée d'ordonnances si la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur y souscrivent. L'alinéa 92(1)e diffère aussi à cet égard des autres dispositions de la partie VIII. Sous le régime de ces dernières, en particulier des articles 75, 76, 77, 79 [mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 31], 81, 83, 84, 86 [mod., *idem*, art. 32] et 87, le Tribunal est habilité à rendre des ordonnances dont le type est expressément prévu. Ces ordonnances peuvent bien entendu être l'aboutissement de débats contradictoires ou d'un consentement des parties. L'article 105 (qui, comme indiqué *supra*, fait partie de la section des «Dispositions générales» de la partie VIII) prévoit les ordonnances par consentement comme suit:

105. Lorsqu'une demande d'ordonnance est faite au Tribunal en application de la présente partie et que le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée s'entendent sur le contenu de l'ordonnance en question, le Tribunal peut rendre une ordonnance conforme à cette entente sans que lui soit alors présentée la preuve qui lui aurait autrement été présentée si la demande avait fait l'objet d'une opposition.

À mon avis, cette disposition n'a nullement pour effet d'ajouter à la nature ou au contenu des ordonnances que le Tribunal est habilité à rendre; elle ne fait que prévoir que le Tribunal peut se fonder sur le consentement des intéressés pour rendre des ordonnances du type qu'il est habilité à rendre, sans qu'il lui soit nécessaire d'entendre des preuves ou témoi-

would allow the Tribunal to make one or more of the orders described in subsections 79(1) and (2):

79. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

It could not, however, make any other type of order.

Subparagraph 92(1)(e)(iii) by contrast allows the consent of the parties to expand the type of order that the Tribunal can make in merger cases. The power of the Tribunal to make the expanded order, however, is conditioned by and dependent upon the consent. Without consent, the Tribunal is limited to ordering the dissolution of the merger (subparagraph (i)) or the divestiture of assets or shares (subparagraph (ii)). These are important and even drastic powers, but in the hands of either the Director or the Tribunal, they constitute a rather blunt instrument for the implementation of Canada's competition policy. Indeed it is the very bluntness of that instrument and the all-or-nothing nature of the orders that can be given under subparagraphs (i) and (ii) which no doubt give subparagraph (iii) its vitality and increase its utility. Both the Director and the parties to a merger may find unpalatable the prospect of the Tribunal on the one

gnages. Ainsi donc, dans une affaire d'abus de position dominante, le consentement de l'intéressé lui permettrait de rendre une ou plusieurs ordonnances visées aux paragraphes 79(1) et (2):

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du directeur, il conclut à l'existence de la situation suivante:

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans le cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

Le Tribunal ne pourrait cependant rendre aucun autre type d'ordonnance dans ces cas.

Le sous-alinéa 92(1)(e)(iii) permet par contre l'élargissement, par consentement des parties, de la gamme des ordonnances que le Tribunal peut rendre dans les affaires de fusionnement. Ce pouvoir ne peut cependant s'exercer que s'il y a un consentement, faute de quoi le Tribunal ne peut ordonner que la dissolution du fusionnement (sous-alinéa (i)) ou l'aliénation d'éléments d'actif ou d'actions (sous-alinéa (ii)). Il s'agit là de pouvoirs importants, voire draconiens, mais entre les mains soit du directeur soit du Tribunal, ils constituent plutôt un instrument mal dégrossi d'application de la politique de promotion de la libre concurrence au Canada. En effet, ce sont bien la grossièreté même de cet instrument et le manichéisme des ordonnances que peut rendre le Tribunal en application des sous-alinéas (i) et (ii) qui indubitablement donnent au sous-alinéa (iii) sa vitalité et ajoutent à son utilité. Il peut bien y avoir des cas où le directeur

hand finding that the necessary degree of harm has not been shown (i.e. that the merger does not or is not likely to “prevent or lessen competition substantially”) or, on the other hand, having found such a harm, ordering the dismantling of the entire commercial structure which was the subject of the merger. This is likely to make both sides readier to engage in constructive negotiations and to agree upon an order which may contain a vast range and number of fine-tuned provisions designed to satisfy the requirements both of public interest and commercial reality.

It is against this background that the power to vary given by section 106 must be read. Where, as is the case here, the order sought to be varied is one which was given under paragraph 92(1)(e) and resulted from a consent, the Tribunal has no powers beyond those with which it was originally vested at the time of the Director’s first application. On the application to vary, therefore, it is open to the Tribunal to rescind the order or to direct the dissolution of the merger or the divestiture of shares or assets. It may also make an order directing any person “to take any other action” but only with the consent of such person and of the Director. On the application to vary, just as was the case on the original application, the parties are given the same incentives to negotiate a consent order which will respond sensitively to both public and commercial interests in the light of the changed circumstances; they are likewise subject to the same dangers of an all-or-nothing order should they fail to do so.

The Director takes issue with this view of the Tribunal’s powers. He argues that the word “vary” is wide in scope and confers an independent and unlimited power upon the Tribunal to impose new terms in what was previously a consent order. He cites the decision of the Ontario Divisional Court in *Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto*, [1973] 2 O.R. 265 and the decision of the Supreme Court of Canada in *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et*

et les parties à un fusionnement trouvent détestable que le Tribunal, ayant conclu soit que le degré nécessaire de préjudice n’a pas été prouvé (c’est-à-dire que le fusionnement «n’empêche ou ne diminue pas sensiblement la concurrence, ou n’aura vraisemblablement pas cet effet») soit que ce préjudice a été prouvé, ordonne le démembrement de l’entière structure commerciale issue du fusionnement. Cette perspective tend à rendre les deux côtés plus disposés à engager des négociations constructives et à s’entendre sur une ordonnance qui peut contenir une vaste gamme de dispositions subtiles et à même de satisfaire à la fois aux impératifs de l’intérêt général et de la réalité commerciale.

C’est dans ce contexte qu’il faut envisager le pouvoir de modifier prévu à l’article 106. Dans les cas où, comme en l’espèce, l’ordonnance visée par la demande de modification a été rendue en application de l’alinéa 92(1)e par suite du consentement des parties, le Tribunal ne dispose d’aucun pouvoir autre que ceux dont il était investi à l’origine, au moment de la première demande du directeur. Il s’ensuit qu’une fois saisi de la demande de modification, il peut soit annuler son ordonnance soit ordonner la dissolution du fusionnement ou l’aliénation d’actions ou d’éléments d’actif. Il peut aussi ordonner à toute personne «de prendre toute autre mesure» mais à condition que cette personne et le directeur y souscrivent. En cas de demande de modification, tout comme dans le contexte de la demande initiale, les parties ont le même intérêt à négocier une ordonnance par consentement qui prenne en considération à la fois l’intérêt général et leurs propres intérêts commerciaux à la lumière des nouvelles circonstances, faute de quoi elles seraient, cette fois encore, exposées aux mêmes dangers d’une ordonnance qui est tout l’un ou tout l’autre.

Le directeur conteste cette conception des pouvoirs du Tribunal. Citant à l’appui la décision *Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto*, [1973] 2 O.R. 265, de la Cour divisionnaire de l’Ontario et l’arrêt *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282, de la Cour suprême du Canada, il soutient que le mot «modifier» a un sens très large et investit le Tribunal du pouvoir, distinct et illimité, d’imposer de nou-

al. v. White Lunch Ltd. et al., [1966] S.C.R. 282. In my view, neither of those cases is of any assistance to him for in neither was there any question of the Board or Tribunal giving an order on an application to vary which it did not have the power to give the first time around. Nor does any other case that I know of suggest such a power. I repeat that when a power to do a thing and the power to vary that thing are both vested in the same body, the first necessarily conditions the second else the latter is without limit.

Indeed, it is the Director's position, if I understood it correctly, that where the original consent order is a "behavioural" order, the only limitation on the Tribunal's power to vary is that the new order should also be behavioural and should be designed to address the substantial lessening of competition resulting from the merger. In my view, that cannot be the case. At the most basic level, subparagraph 92(1)(e)(iii) allows for the making of an order against a person who is not a party to the impugned merger provided that person consents; if consent is no longer to be a prerequisite when it comes to the variation of that order, there would be *nothing* to prevent the Tribunal directing the new order against some other person, also not a party to the merger, but without that person's consent. That surely is too extravagant a claim for a simple power to vary.

Indeed, the very limitation which the Director concedes in the case of an application to vary, that is to say that the new terms should be designed to remove the substantial lessening of competition caused by the merger, can only have their source in section 92 (see subsection 92(1) *supra*). This surely is a recognition of the fact that Parliament intended to deal exhaustively in section 92 with the Tribunal's powers in matters relating to mergers. I accept, of course, that the power to vary given by section 106 is an "independent" power in the sense that without it the Tribunal could not act. But the consent which must underlie an order made under subparagraph 92(1)(e)(iii) is more than merely an authority for the Tribunal to

velles dispositions dans ce qui était auparavant une ordonnance par consentement. À mon avis, ni l'un ni l'autre de ces deux précédents cités ne lui est d'aucun secours, car il n'y était nullement question d'un tribunal administratif qui, saisi d'une demande de modification, aurait rendu une ordonnance qu'il n'était pas habilité à rendre en premier lieu. Je ne connais d'ailleurs aucun autre précédent qui permette de conclure à l'existence de pareil pouvoir. Je répète que lorsqu'un organisme est investi à la fois du pouvoir de faire quelque chose et du pouvoir de modifier subséquentement ce quelque chose, le premier conditionne nécessairement le second, faute de quoi celui-ci serait illimité.

En effet, l'argument du directeur, si je le comprends bien, est que si l'ordonnance rendue par consentement à l'origine est une ordonnance portant contrainte de «conduite», la seule limitation qui s'attache au pouvoir de modifier du Tribunal est que la nouvelle ordonnance porte aussi sur la conduite et soit centrée sur la diminution sensible de la concurrence par suite du fusionnement. À mon avis, cela ne peut être le cas en l'espèce. Réduit à sa plus simple expression, le sous-alinéa 92(1)e)(iii) permet de rendre une ordonnance contre une personne qui n'est pas partie au fusionnement en cause à condition qu'elle souscrive à l'ordonnance; si le consentement ne doit plus être une condition préalable de la modification de cette dernière, rien n'empêcherait le Tribunal de diriger l'ordonnance contre quelqu'un d'autre qui n'est pas partie au fusionnement, et ce sans son consentement. Voilà certainement une prétention trop extravagante pour un simple pouvoir de modifier.

En effet, la seule limitation que le directeur reconnaît en cas de demande de modification, savoir que les nouvelles dispositions soient conçues de façon à remédier à la diminution sensible de la concurrence que cause le fusionnement, ne peut avoir sa source que dans l'article 92 (voir le paragraphe 92(1) *supra*). Il s'agit certainement là de la reconnaissance du fait que le législateur entendait régler en l'article 92 tous les pouvoirs du Tribunal en matière de fusionnements. J'accepte, bien entendu, que le pouvoir de modifier prévu à l'article 106 soit un pouvoir «distinct» en ce sens que faute de ce pouvoir, le Tribunal ne pourrait agir. Mais le consentement qui doit présider à l'ordonnance rendue en application du sous-

act;⁶ it is the very source of its jurisdiction to make that kind of order at all; without it the Tribunal is limited to ordering dissolution or divestiture. Likewise on the application to vary: absent consent the Tribunal may only order dissolution or divestiture, or rescind its original order.

This brings me to the more fundamental question of policy. The Director submits that to limit the power to vary under section 106 by reference to the power to make the original order under section 92 (or under whichever of the other sections in Part VIII were in play the first time around) is to frustrate the purposes of the Act. I think not.

In the first place, the Director's view must postulate, as he says, an implied consent by the parties to a consent order to having that order varied by the Tribunal against their wills. If that is truly to be the case, I think that parties will hesitate long before entering into consent orders. Of what value are arduous negotiations, difficult trade-offs, delicate compromises and finely-tuned terms if changed circumstances are to give warrant to the Tribunal to ride rough-shod through the whole intricate structure? The Tribunal already plays an activist and interventionist role in the making of consent orders, and it is entirely right that it should; it has always accepted, however, that in the final analysis it is the parties who must give their consent and, if they fail to do so, the Tribunal's role is limited to saying *yea* or *nay*—to granting or refusing the order sought.⁷

⁶ As it would be, for example, in a consent variation pursuant to s. 106(b) with regard to an order originally made under any of the provisions of Part VIII other than s. 92(1)(e)(iii). Such consent would also, of course, do away with need for satisfying the other conditions imposed by s. 106(a).

⁷ For an example of just how far the Tribunal is prepared to go, see *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Imperial Oil Limited* (January 26, 1990), No. CT8903/390 (Comp. Trib.) ([1990] C.C.T.D. No. 1 (QL)).

alinéa 92(1)e)(iii) est davantage que l'autorisation donnée au Tribunal d'agir⁶; il est à la source même de sa compétence pour rendre ce genre d'ordonnance même. À défaut de ce consentement, le Tribunal ne pourrait ordonner que la dissolution ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif. Il en est de même en cas de demande de modification: faute de consentement, le Tribunal ne pourra qu'ordonner la dissolution ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif, ou encore annuler son ordonnance antérieure.

Cela m'amène à la question plus fondamentale de la politique de la Loi. Le directeur soutient que de limiter le pouvoir de modifier prévu à l'article 106 par référence au pouvoir de rendre l'ordonnance initiale sous le régime de l'article 92 (ou de n'importe lequel des articles de la partie VIII qui était en jeu à l'origine) reviendrait à faire échec à l'objectif de la Loi. Je ne le pense pas.

En premier lieu, l'argument du directeur pose pour postulat, en ses propres termes, le consentement implicite des parties à l'ordonnance par consentement à ce que le Tribunal modifie celle-ci contre leur gré. S'il en est vraiment ainsi, je pense que les parties hésiteront longtemps avant de souscrire aux ordonnances par consentement. À quoi serviront les négociations ardues, les concessions mutuelles difficiles, les compromis délicats et les dispositions minutieusement formulées, si un changement dans les circonstances justifie que le Tribunal traite tout un ensemble complexe à coups de massue. Le Tribunal joue déjà un rôle activiste et interventionniste par les ordonnances par consentement qu'il rend, ce qui est parfaitement légitime. Cependant, il a toujours accepté qu'en dernière analyse, ce soient les parties qui doivent donner leur consentement, faute de quoi le rôle du Tribunal se limite à dire oui ou non—à rendre ou à refuser l'ordonnance demandée⁷.

⁶ Comme ce serait le cas, par exemple, de la modification par consentement, sous le régime de l'art. 106b), d'une ordonnance rendue à l'origine en application de n'importe laquelle des dispositions de la partie VIII, autre que l'art. 92(1)e)(iii). Pareil consentement obvierrait aussi, bien entendu, à la nécessité de satisfaire aux autres conditions prévues à l'art. 106a).

⁷ Pour savoir jusqu'où le Tribunal est disposé à aller, voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* (26 janvier 1990), n° CT8903/390 (Trib. conc.) ([1990] D.T.C.C. n° 1 (QL)).

In the second place, it is also my view that the policy of the Act, and more particularly of the provisions relating to mergers, is to favour solutions which the parties and the Director, with the guidance and consent of the Tribunal, fashion for themselves and to that end to do everything within reason to encourage them to negotiate. That, as I see it, is the rationale for what I have described as the “blunt instrument” of subparagraphs 92(1)(e)(i) and (ii) which are designed to lead to the sophisticated solutions of subparagraph 92(1)(e)(iii). The interpretation of sections 106 and 92 which I propose, and the interplay between them, is such as to drive the parties on an application to vary back to the bargaining table and to encourage precisely the sort of result which Parliament has favoured. While a view of section 106 as giving the Tribunal an unlimited power to vary consent orders without consent does not prevent the parties from coming to an agreement, it is I think very much less likely to encourage them to do so.

My third reason for thinking that the purposes of the Act are best served by requiring that on an application to vary the Tribunal be free to exercise the same powers, no more but also no less, as those available to it at the time of the original application is a matter of simple practicality. Where, as in the present case, the Tribunal has made a consent order allowing a merger to go ahead, both the parties to the merger and third parties will have undertaken obligations, contractual or otherwise, on the basis of the order. If that order is then subject to be changed by the Tribunal acting without consent, difficult questions are bound to arise regarding indemnification for the injury thus caused. In my view, the Tribunal does not, absent consent, have the statutory power to order such compensation⁸ and it is very doubtful that there

⁸ The only statutory basis that was suggested was s. 8(2) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, Part I:

8. . . .

(2) The Tribunal has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

En deuxième lieu, je pense aussi que la Loi, en particulier ses dispositions relatives aux fusionnements, vise à favoriser les solutions que les parties et le directeur, avec les directives et l'autorisation du Tribunal, élaborent eux-mêmes, et à cette fin, à tout faire dans les limites du raisonnable pour les encourager à négocier. Je pense que c'est là l'explication de ce que j'ai appelé «l'instrument mal dégrossi» que représentent les sous-alinéas 92(1)e(i) et (ii), lesquels ont été conçus de façon à engager aux solutions raffinées du sous-alinéa 92(1)e(iii). La conjugaison des articles 106 et 92, tels que je les interprète, a pour effet de pousser les parties concernées par la demande de modification, à revenir à la table de négociation et de promouvoir précisément le résultat voulu par le législateur. Bien qu'une interprétation de l'article 106 qui ait pour effet d'investir le Tribunal du pouvoir illimité de modifier, sans le consentement des parties, les ordonnances par consentement antérieures, n'empêche pas les parties de parvenir à un accord, je pense qu'il est bien moins probable qu'elle les y encourage.

La troisième raison pour laquelle je pense qu'une fois saisi d'une demande de modification, le Tribunal doit avoir toute latitude pour exercer, ni plus ni moins, les mêmes pouvoirs que ceux dont il jouissait lors de la demande initiale, est une simple raison pratique. Dans les cas où comme en l'espèce, il a rendu une ordonnance par consentement pour autoriser un fusionnement, les parties au fusionnement et les tiers auront souscrit des obligations, contractuelles ou autres, conformément à cette ordonnance. Si celle-ci peut être subséquentement modifiée par le Tribunal sans le consentement des parties, des questions difficiles se feront inéluctablement jour au sujet de la réparation du préjudice qui s'ensuit. Je pense que faute de consentement, le Tribunal n'est pas habilité par la loi à ordonner cette indemnisation⁸ et il est très

⁸ Le seul fondement légal évoqué était l'art. 8(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19 Partie I:

8. . . .

(2) Le Tribunal a, pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

is any recourse in any court for persons who suffer damages as a result of the Tribunal's order.

On the view I take of the Tribunal's powers, these problems largely disappear. If the Tribunal orders dissolution or divestiture, that can only be on the basis that the merger prevents or lessens competition, i.e. that it is contrary to public policy, and there can be no claim for damage by the parties to the merger; innocent third parties, on the other hand, who have dealt in good faith with the merger, will be in the same position as anyone else who has dealt with a corporation or partnership which is subsequently dissolved and will retain whatever rights the law gives them in those circumstances. If, however, the parties to an application to vary can agree on a consent order pursuant to subparagraph 92(1)(e)(iii), there is simply no limit to the kind of "other action" the Tribunal can order with a view to achieving a just and fair resolution of commercial relationships, both within the merger and between the merger and others.

Accordingly, it is my view, for the reasons stated, that while the appellants are right in contending that the Tribunal erred in too narrowly construing the provisions of paragraph 106(a), the cross-appellants are also right in their view that the Tribunal could not make the alternative order that it said it would have made if it thought it had the power to do so.⁹ In the result, the appeal should be allowed but the Court should refrain from making the order proposed by the Tribunal and requested by the appellants.

Instead, it is my view that this is a proper case for returning the matter to the Tribunal for reconsideration. The Director's original application to vary con-

⁹ Technically, of course, the cross-appeal is ill founded and unnecessary. It is trite law that an appeal only goes to the disposition of the impugned decision and not to the reasons. Once the Tribunal had determined that the conditions of s. 106(a) had not been met, it had disposed of the case; everything else in the decision is, strictly speaking, *obiter*. Nothing turns on the point since the order I propose can properly be made on the main appeal and this is not a case for costs.

douteux qu'un recours en justice, devant quelque juridiction que ce soit, soit ouvert à ceux qui subissent un préjudice par suite de l'ordonnance du Tribunal.

a

Dans mon interprétation des pouvoirs du Tribunal, ces problèmes ne se posent presque plus. Si celui-ci ordonne la dissolution ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif, ce ne peut être qu'après avoir conclu que le fusionnement empêche ou diminue la concurrence, c'est-à-dire qu'il est contraire à l'ordre public, et les parties au fusionnement ne peuvent prétendre à aucune réparation; par contre, les tiers innocents, qui ont traité de bonne foi avec le fusionnement, seront dans la même position que quiconque a traité avec une personne morale ou société subseq- uemment dissoute, et conserveront les droits que la loi leur donne dans cette situation. Si cependant les parties à la demande de modification peuvent s'entendre sur une ordonnance par consentement au sens du sous-alinéa 92(1)e(iii), il n'y aura tout simplement aucune limite au genre d'«autres mesures» que le Tribunal peut ordonner en vue d'un règlement juste et équitable des rapports commerciaux, à la fois au sein de l'entreprise fusionnée et entre celle-ci et les tiers.

b

c

d

e

f

g

h

Je conclus donc, par les motifs *supra*, que si les appelants soutiennent à juste titre que le Tribunal a commis une erreur en donnant une interprétation trop étroite des dispositions de l'alinéa 106(a), les appelants à l'incident ont également raison de soutenir que le Tribunal ne pourrait rendre l'autre ordonnance qu'il dit qu'il aurait rendue s'il y avait été habilité⁹. Par conséquent, il faut accueillir l'appel, mais la Cour devrait s'abstenir de rendre l'ordonnance envisagée par le Tribunal et demandée par les appelants.

Au contraire, je pense qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire au Tribunal pour nouvelle décision. La première demande de modification du directeur con-

⁹ Du point de vue purement juridique, l'appel incident n'est pas fondé et est inutile. Il est de droit constant qu'un appel ne s'attaque qu'au dispositif, non aux motifs, de la décision entreprise. Une fois que le Tribunal a conclu que les conditions prévues à l'art. 106(a) n'étaient pas remplies, il a prononcé sur l'affaire, le reste n'étant, strictement parlant, que des observations incidentes. Ce point n'est d'ailleurs pas pertinent puisque l'ordonnance que je propose peut être rendue à juste titre dans l'appel principal, et il n'est pas question des frais et dépens.

tained an alternative conclusion seeking the dissolution of the Gemini merger. That conclusion, although it was not pressed with vigour (or apparently at all once the hearing got under way)¹⁰ was never formally abandoned and was indeed specifically reserved both at the Tribunal and on appeal. None of the parties, however, appear to have addressed it in any great detail either in their evidence or in their submissions. Nor, obviously, did they address the possibility of the Tribunal's exercise of its powers under subparagraphs 92(1)(e)(i) and (ii) nor the desirability, clearly in my view fostered by the language of the statute, of attempting to negotiate a new consent order in the light of that possibility. Having misconceived the nature of the stick, they were perhaps less sensitive to the attractions of the carrot. It would be both fair and consistent with the policy of the statute to allow them to reconsider their positions now.

The Tribunal, as it was constituted for the hearing, heard a great deal of evidence and argument. The additional material required to be added to the case in order to dispose of the matter correctly should be relatively slight, if any. Since a reconsideration in accordance with an order of this Court is, in my view, a continuation of the same "matter" within the meaning of subsection 5(4) of the *Competition Tribunal Act*,¹¹ the Tribunal may think it expedient to have the same panel continue and complete the hearing.

One final point. There was some suggestion during the hearing that the limitation imposed by section 97 of the *Competition Act*¹² might in some way be an impediment to the Tribunal's examining the possibility of ordering the dissolution of Gemini. I think not. By its terms, section 97 only applies to an application under section 92; the Director's application is not

¹⁰ This is hardly surprising since the Tribunal had already, in the reasons given in support of the consent order herein, publicly taken the position that its power to vary was not limited by s. 92.

¹¹ 5. . . .

(4) A person may continue to act as a member of the Tribunal after the expiration of his term of appointment in respect of any matter in which he became engaged during the term of his appointment.

¹² 97. No application may be made under section 92 in respect of a merger more than three years after the merger has been substantially completed.

cluait, subsidiairement, à la dissolution du fusionnement Gemini. Cette conclusion, si elle n'était pas soutenue avec vigueur (ou même pas du tout après que l'audience eut commencé)¹⁰, n'a jamais été formellement abandonnée; par contre, elle a été expressément réservée devant le Tribunal comme en appel. Il se trouve cependant qu'aucune des parties ne l'a invoquée en détail que ce fût dans les témoignages produits ou dans leurs conclusions. Et il est manifeste qu'elles ne se préoccupaient non plus ni de la possibilité que le Tribunal exerce ses pouvoirs conformément aux sous-alinéas 92(1)e(i) et (ii), ni de l'intérêt, clairement promu, à mon avis, par le texte de la loi, qu'il y avait à négocier une nouvelle ordonnance par consentement à la lumière de cette possibilité. Ayant mal compris la nature du bâton, elles étaient peut-être moins sensibles aux attraits de la carotte. Il serait donc équitable et conforme à l'esprit de la loi de leur permettre de revoir maintenant leur position.

Le Tribunal, tel qu'il était constitué pour l'audition de l'affaire, a entendu de nombreux témoignages et arguments. On n'aurait pas à ajouter beaucoup de documents au dossier en vue d'une décision judiciaire. Puisqu'une nouvelle instruction conforme à une ordonnance de cette Cour est, à mon avis, la continuation de la même «question» au sens du paragraphe 5(4) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*¹¹, le Tribunal pourra juger commode de confier à la même formation la tâche de poursuivre et de mener à terme l'audition.

Un dernier point. Il a été soutenu à l'audience que le délai de prescription prévu à l'article 97 de la *Loi sur la concurrence*¹² pourrait empêcher le Tribunal d'envisager la possibilité d'ordonner la dissolution du réseau Gemini. Je ne le pense pas. Les termes de l'article 97 ne s'appliquent qu'aux demandes introduites en application de l'article 92; la demande du direc-

¹⁰ Cela n'a rien d'étonnant puisque, dans les motifs donnés à l'appui de l'ordonnance par consentement dont s'agit, le Tribunal avait fait publiquement savoir que son pouvoir de modifier n'était pas limité par l'art. 92.

¹¹ 5. . . .

(4) Une personne peut, après l'expiration de son mandat, continuer à exercer les pouvoirs d'un membre du Tribunal à l'égard de toute question dont elle avait été saisie au cours de son mandat.

¹² 97. Une demande ne peut pas être présentée en application de l'article 92 à l'égard d'un fusionnement qui est en substance complété depuis plus de trois ans.

made under section 92, but under section 106 and the fact that the Tribunal's powers are limited by the text of section 92 does not have the effect of importing the section 97 limitation period.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Tribunal, and return the matter to the Tribunal for reconsideration on the basis that the condition precedent to the exercise of the power to rescind or vary has been met, but that the power to vary may only be exercised in accordance with the provisions of section 92. I would dismiss the cross-appeal. I would make no order as to costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A. (*dissenting in part*): This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal (the Tribunal) of April 22, 1993 [[1993] C.C.T.D. No. 14 (QL)], which dismissed an application of the Director of Investigation and Research (the Director) appointed under subsection 7(1) of the *Competition Act* (the Act), R.S.C., 1985, c. C-34. The application of the Director was to vary an earlier consent order (the consent order) of the Tribunal of July 7, 1989 [(1989), 44 B.L.R. 154 (Comp. Trib.)].

By the consent order the Director withdrew a challenge he had earlier made to the merger of the computer reservations systems (CRS's) of Air Canada and Canadian Airlines International Ltd. (Canadian).¹³ In the present application the Director sought to vary the consent order by the addition of a term permitting the early termination of the hosting contract¹⁴ entered into between the merged entity, The Gemini Group Limited Partnership and The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. (collec-

¹³ Canadian was joined in this action by its parent corporation PWA Corporation (PWA). I designate both collectively as "Canadian".

¹⁴ Hosting is the management of carriers' internal reservations and seat inventory, internal operations and passenger processing systems.

teur n'a pas été introduite sous le régime de l'article 92, mais de l'article 106; et le fait que les pouvoirs du Tribunal soient limités par le texte de l'article 92 n'a pas pour effet de faire jouer le délai de prescription de l'article 97.

Je me prononce pour l'accueil de l'appel, l'annulation de la décision du Tribunal et le renvoi de l'affaire à celui-ci pour nouvelle décision, par ce motif que la condition préalable de l'exercice du pouvoir d'annuler ou de modifier a été remplie, mais que le pouvoir de modifier ne peut s'exercer que conformément aux dispositions de l'article 92. Je me prononce pour le rejet de l'appel incident, et ne rendrais pas d'ordonnance sur les frais et dépens.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A. (*dissident en partie*): Il y a en l'espèce appel formé contre la décision en date du 22 avril 1993 [[1993] D.T.C.C. no. 14 (QL)], par laquelle le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a rejeté la demande faite par le directeur des enquêtes et recherches (le directeur) nommé en application du paragraphe 7(1) de la *Loi sur la concurrence* (la Loi), L.R.C. (1985), ch. C-34, en vue de la modification d'une ordonnance par consentement (l'ordonnance par consentement) que le Tribunal avait antérieurement rendue le 7 juillet 1989 [(1989), 44 B.L.R. 154 (Trib. conc.)].

Par l'ordonnance par consentement, le directeur s'est désisté de son opposition au fusionnement des systèmes informatisés de réservation (SIR) d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien International (Canadien)¹³. Par la demande en instance, le directeur conclut à la modification de l'ordonnance par consentement, par addition d'une disposition permettant la résiliation du contrat de gestion interne¹⁴ conclu entre l'entité fusionnée, The Gemini Group Limited Partnership et The Gemini Group Automated

¹³ La compagnie mère de Canadien, PWA Corporation (PWA), s'est jointe à elle dans cette action. Je les désignerai collectivement par l'appellation «Canadien».

¹⁴ Gestion interne s'entend de la gestion des systèmes internes de réservation et d'inventaire des places, ainsi que des systèmes internes d'exploitation et d'enregistrement des passagers, chez les transporteurs aériens.

tively “Gemini”), and Air Canada and Canadian. In its decision of April 22, 1993, the Tribunal determined that it may vary the terms of a consent order without the consent of all of the parties thereto and that it has the authority to terminate a contract if necessary to prevent any substantial lessening of competition. The Tribunal further found that if the variations now sought were not granted, Canadian would likely fail and there would be a substantial lessening of competition in passenger airline service in Canada.

However, Strayer J., the Judicial Member of the Tribunal, concluded that the Tribunal may grant the variation sought by the Director only if it finds that the circumstances which directly caused it to issue the 1989 consent order have changed.¹⁵ On the basis of this view of the law, the majority of the Tribunal was of the view that there was no change in the “operative circumstance” which led to the consent order, and that the Tribunal was therefore unable to make the variation order requested. Dr. Roseman, in dissent, concluded there were changes in relevant circumstances which would permit the Tribunal to vary the consent order as sought by the Director.

Part VIII of the Act deals with “Matters Reviewable by Tribunal.” The relevant provisions of this Part are as follows:

Mergers

91. In sections 92 to 100, “merger” means the acquisition or establishment, direct or indirect, by one or more persons, whether by purchase or lease of shares or assets, by amalgamation or by combination or otherwise, of control over or significant interest in the whole or a part of a business of a competitor, supplier, customer or other person.

¹⁵ By s. 12(1)(a) of the *Competition Tribunal Act* “questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings.”

Distribution Systems Inc. (appelées collectivement «Gemini») d’une part, et Air Canada et Canadien de l’autre. Par sa décision en date du 22 avril 1993, le Tribunal conclut qu’il peut modifier les dispositions d’une ordonnance par consentement sans que toutes les parties à cette dernière y consentent, et qu’il est investi du pouvoir de mettre fin, si nécessaire, à tout contrat afin de prévenir toute diminution notable de la concurrence. Il constate en outre que si les modifications demandées n’étaient pas accordées, Canadien ferait probablement faillite, ce qui se traduirait par une diminution notable de la concurrence dans le secteur du transport aérien des passagers au Canada.

Cependant, le juge Strayer, qui siégeait au Tribunal, a conclu que celui-ci ne pouvait faire droit à la demande de modification du directeur que s’il constatait que les circonstances ayant directement présidé à son ordonnance par consentement de 1989 ont changé¹⁵. Se fondant sur cette interprétation des règles applicables, le Tribunal a conclu à la majorité qu’il n’y avait aucun changement dans les «circonstances déterminantes» de l’ordonnance par consentement et qu’il ne lui était donc pas possible d’accorder la modification demandée. Par avis dissident, M. Roseman conclut qu’il y avait un changement dans les circonstances à prendre en considération, qui pourrait permettre au Tribunal de modifier l’ordonnance par consentement ainsi que l’a demandé le directeur.

La partie VIII de la Loi porte sur les «Affaires que le Tribunal peut examiner». En voici les dispositions applicables:

Fusionnements

91. Pour l’application des articles 92 à 100, «fusionnement» désigne l’acquisition ou l’établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d’actions ou d’éléments d’actif, soit par fusion, association d’intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d’une entreprise d’un concurrent, d’un fournisseur, d’un client, ou d’une autre personne, ou encore d’un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d’une telle entreprise.

¹⁵ Aux termes de l’art. 12(1)a) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, «seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit».

92. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

(a) in a trade, industry or profession,

(b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,

(c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or

(d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

(i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,

(ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or

(iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

(i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,

(ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or

(iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both

(A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or

(B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, ordering the person to take any other action.

. . .

General

. . .

105. Where an application is made to the Tribunal under this Part for an order and the Director and the person in respect of whom the order is sought agree on the terms of the order, the Tribunal may make the order on those terms without hearing such evidence as would ordinarily be placed before the Tribunal had the application been contested or further contested.

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du directeur, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet:

a) dans un commerce, une industrie ou une profession;

b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;

c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;

d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:

(i) de le dissoudre, conformément à ses directives,

(ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,

(iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant:

(i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,

(ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,

(iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non:

(A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,

(B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le directeur et cette personne y souscrivent.

. . .

Dispositions générales

. . .

105. Lorsqu'une demande d'ordonnance est faite au Tribunal en application de la présente partie et que le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée s'entendent sur le contenu de l'ordonnance en question, le Tribunal peut rendre une ordonnance conforme à cette entente sans que lui soit alors présentée la preuve qui lui aurait autrement été présentée si la demande avait fait l'objet d'une opposition.

106. Where, on application by the Director or a person against whom an order has been made under this Part, the Tribunal finds that

(a) the circumstances that led to the making of the order have changed and, in the circumstances that exist at the time the application is made under this section, the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose, or

(b) the Director and the person against whom an order has been made have consented to an alternative order,

the Tribunal may rescind or vary the order accordingly.

I

At all relevant times Air Canada was the largest and Canadian the second largest airline in Canada. Before June 1, 1987, each maintained its own in-house CRS, Reservec II and Pegasus 2000 respectively. On June 1, 1987, the two airlines agreed to merge their CRS systems via a limited partnership, which later became known as Gemini. Each would become 50% shareholders of the partnership, which was to last until the end of 2069. Each would transfer its CRS assets to the partnership and use Gemini exclusively to maintain or "host" its own internal reservation system and to distribute information about its fares, flights, seat availability, etc., to travel agents who could then issue tickets for flights on each carrier.

On March 3, 1988, the Director filed an application pursuant to section 92 of the Act to dissolve the Gemini partnership on the basis of concerns about the effect of the merger on competition in CRS markets and in airline markets. Air Canada and Canadian were said already to control 56% and 37% respectively of the scheduled airline passenger market. The use of a CRS was said to be one of the most important ways in which airlines compete with one another, and the existing dominance of these airlines, coupled with the vertical integration of Gemini with them, would ensure that Gemini alone would be able to provide the most complete, accurate and timely information, including last seat availability, on virtually all Canadian carriers of interest to Canadian travel agents, since they and their affiliated and

106. Le Tribunal peut annuler ou modifier une ordonnance rendue en application de la présente partie lorsque, à la demande du directeur ou de la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue, il conclut que:

a) les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé et que, sur la base des circonstances qui existent au moment où la demande prévue au présent article est faite, l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet;

b) le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue ont consenti à une autre ordonnance.

I

Pendant toute la période en cause, Air Canada était la première, et Canadien la deuxième compagnie aérienne par ordre d'importance au Canada. Jusqu'au 1^{er} juin 1987, chacune avait son propre système informatisé de réservation, savoir Reservec II et Pegasus 2000 respectivement. Le 1^{er} juin 1987, les deux compagnies se sont entendues pour fusionner leurs SIR dans une société en commandite, connue par la suite sous la dénomination sociale de Gemini. Chaque compagnie devait détenir la moitié des actions de la nouvelle société, qui devait durer jusqu'à la fin de 2069. Chaque compagnie devait transférer son SIR à la société en commandite et aurait exclusivement recours à Gemini pour exploiter ou «servir» son propre système interne de réservation, et pour diffuser les informations sur ses tarifs, ses vols, la disponibilité des places, etc., aux agences de voyages qui pourraient alors émettre des billets pour les vols de l'un et l'autre transporteurs.

Le 3 mars 1988, le directeur s'est fondé sur l'article 92 de la Loi pour demander la dissolution de la société en commandite Gemini, en arguant de son souci au sujet des effets du fusionnement sur la libre concurrence sur les marchés de la réservation informatisée et du transport aérien des passagers. La demande soutenait que Air Canada et Canadien accaparaient déjà 56 p. 100 et 37 p. 100 respectivement du marché du transport aérien de passagers par vols réguliers. Que l'exploitation d'un SIR était l'un des moyens de concurrence les plus importants entre compagnies aériennes, et que la position dominante de ces deux compagnies, renforcée par l'intégration verticale de Gemini, ferait en sorte que seule Gemini soit en mesure de fournir les informations les plus complètes, exactes et à temps, y compris les informa-

aligned carriers were hosted only on Gemini, and other CRS's had no direct-access links to these carriers. The merger was alleged to be likely to entrench the dominant position of Air Canada and Canadian in the airline industry in Canada, thereby reducing competition in Canadian airline markets.

Negotiations followed, and in April, 1989, on the eve of the hearing, the Director amended his application to seek a consent order, filing a statement of agreed facts, a consent order impact statement and a draft consent order.

Following a hearing, the Tribunal on July 7, 1989, issued a 16-page consent order, supplemented by 14 pages of Computer Reservation System Rules, and 70 pages of reasons for the consent order. In the course of the reasons for the order, the presiding judicial member, Reed J. said (at pages 196-198):

It is clear that the Tribunal's constituent legislation does not contemplate that the Tribunal will be a mere rubber stamp. The legislation, for example, does not provide for the automatic filing, by the Director, of settlements which he reaches with respondents so that they automatically become orders of the Tribunal. This type of procedure is found, for example, in the *Canadian Human Rights Act*; the filing of an order of a Human Rights Tribunal in the Registry of the Federal Court constitutes an order of that Court for the purpose of enforcement. The Tribunal is composed of judicial members and of non-judicial members who have special expertise in areas relevant to the work of the Tribunal. It is required to sit in panels of three, even for the purpose of granting consent orders. It is clear that Parliament intended the Tribunal to exercise an independent judgment with respect to such orders.

At the same time, the legislation sends a very clear message to the Tribunal that it is not anticipated that the Tribunal should take a detailed role in the crafting of consent orders. Section 105 of the *Competition Act* [formerly s. 77, as enacted S.C. 1986, c. 26, s. 47] provides:

And s. 92 [formerly s. 64, as enacted by S.C. 1986, c. 26, s. 47] provides:

tions sur les dernières places disponibles, chez pratiquement tous les transporteurs canadiens qui intéressent les agences de voyages canadiennes, puisque les deux compagnies et leurs transporteurs affiliés et associés, n'étaient servis que par Gemini, alors que les autres SIR n'avaient aucun lien d'accès direct à ces transporteurs. Et que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet de consolider la position dominante d'Air Canada et de Canadien et, partant, de diminuer la concurrence dans le secteur du transport aérien du Canada.

Des négociations s'ensuivirent et en avril 1989, à la veille de l'audition de l'affaire, le directeur a modifié sa demande pour conclure à ordonnance par consentement, en déposant un exposé conjoint des faits, une déclaration sur les répercussions possibles et un projet d'ordonnance par consentement.

À l'issue d'une audience tenue à cet effet, le Tribunal a rendu le 7 juillet 1989 une ordonnance par consentement de 16 pages, à laquelle étaient jointes les 14 pages des Règles régissant les systèmes informatisés de réservation et 70 pages de motifs d'ordonnance. Dans ces motifs, Madame le juge Reed, qui présidait le Tribunal, a tiré la conclusion suivante (aux pages 196 à 198):

Il est évident, d'après la loi habilitante du Tribunal, que celui-ci n'a pas pour rôle d'approuver sans discussion. La Loi, par exemple, ne prévoit pas le dépôt automatique, par le directeur, des règlements intervenus avec les défenderesses de telle sorte qu'ils deviennent automatiquement des ordonnances du Tribunal. Ce genre de procédures existe, notamment dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*; le dépôt d'une ordonnance du Tribunal des droits de la personne au greffe de la Cour fédérale fait de cette ordonnance une ordonnance de la Cour aux fins de l'application de la loi. Le Tribunal se compose de juges et de membres non judiciaires qui ont des compétences spéciales dans les domaines qui concernent le Tribunal. Les demandes faites au Tribunal sont entendues par au moins trois membres, même lorsqu'il s'agit de rendre des ordonnances par consentement. Il est évident que le Parlement voulait que le Tribunal rende un jugement indépendant par rapport à ces ordonnances.

En même temps, la Loi exprime très clairement que le Tribunal n'a pas à jouer un rôle prépondérant dans l'élaboration des ordonnances par consentement. L'article 105 de la *Loi sur la concurrence* [antérieurement art. 77, édicté par S.C. 1986, ch. 26, art. 47] stipule ce qui suit:

Et l'art. 92 [antérieurement art. 64, édicté par S.C. 1986, ch. 26, art. 47] établit ce qui suit:

Thus, s. 92 provides that, apart from the remedies of dissolution and divestiture of shares or assets, the Tribunal cannot impose terms on a respondent unless both the respondent and the Director agree to those terms. Similarly, in s. 105 the Tribunal may make "the" order which is sought on consent. Applications by the Director for variation of an order pursuant to s. 106 are different. Under that provision, the Director can seek the imposition of terms and conditions on a respondent without the respondent's consent.

The Tribunal accepts the Director's argument that the role of the Tribunal is not to ask whether the consent order is the optimum solution to the anticompetitive effects which it is assumed would arise as a result of the merger. The Tribunal agrees that its role is to determine whether the consent order meets a minimum test. That test is whether the merger, as conditioned by the terms of the consent order, results in a situation where the substantial lessening of competition, which it is presumed will arise from the merger, has, in all likelihood, been eliminated. In *Director of Investigation and Research v. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Competition Trib.), at 548 the test was expressed:

"It is incumbent on the tribunal to satisfy itself that the order sought meets a critical threshold of effectiveness, namely, that of eliminating the likely prevention or lessening substantially of competition that gave rise to the application for the order."

The order imposes behavioural constraints on the respondents. The Tribunal is aware that there has been some discussion that its decision in *Director of Investigation and Research v. Palm Dairies*, *supra*, stands for the proposition that the Tribunal is not prepared to issue behavioural type orders. Such an interpretation is a misreading of that decision.

Among the behavioural constraints in the consent order was clause 16, which responded to the fear of collusive behaviour, as expressed by the Tribunal (at pages 179-180):

Collusion

It is generally accepted that where there are only two major competitors in a market, there is increased opportunity to engage in collusive behaviour.

While the Gemini merger does not increase the incentives for Air Canada and Canadian to collude, with respect to the airline market, the existence of Gemini does allow for exchanges of data which make collusion easier to engage in and more difficult to detect.

Outre les recours tels que la dissolution et le dessaisissement des éléments d'actif et des actions, l'art. 92 précise que le Tribunal ne peut imposer de conditions à une défenderesse à moins que celle-ci et le directeur n'y consentent. De même, selon l'art. 105, le Tribunal peut rendre l'ordonnance demandée par consentement. La situation est différente dans le cas des demandes de modification d'une ordonnance, présentées par le directeur en vertu de l'art. 106. En vertu de ces dispositions, le directeur peut demander que des conditions soient imposées à une défenderesse sans l'accord de celle-ci.

Le Tribunal se range à l'argument du directeur selon lequel le rôle du Tribunal n'est pas de demander si l'ordonnance par consentement est la solution optimale aux effets anticoncurrentiels qui, est-il supposé, résulteraient du fusionnement. Le Tribunal accepte que son rôle consiste à établir si l'ordonnance par consentement répond à un critère minimal. Ce critère réside dans la question de savoir si le fusionnement, assorti des conditions de l'ordonnance par consentement, entraîne une situation où la diminution sensible de la concurrence, qui est présumée découler du fusionnement a, selon toute vraisemblance été éliminée. Dans l'affaire *Le directeur des enquêtes et recherches c. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Trib. conc.), à la page 548, le critère est ainsi décrit:

«Il revient au Tribunal de s'assurer que l'ordonnance demandée répond à un critère non équivoque d'efficacité: la suppression du risque d'empêchement ou de diminution sensible de la concurrence ayant suscité la demande d'ordonnance.»

L'ordonnance impose des contraintes de conduite aux défenderesses. Le Tribunal est conscient que sa décision, dans *Le directeur des enquêtes et recherches c. Palm Dairies*, *supra*, à l'appui de la proposition voulant que le Tribunal ne soit pas disposé à rendre des ordonnances relatives à la conduite a fait l'objet d'une certaine discussion. Il s'agit là d'une mauvaise interprétation de cette décision.

Entre autres contraintes de conduite, le paragraphe 16 de l'ordonnance par consentement visait à prévenir la conduite collusoire, que le Tribunal explique en ces termes (aux pages 179 et 180):

Collusion

Il est généralement reconnu que, là où il n'y a que deux grands concurrents sur un marché, les occasions de se livrer à une conduite collusoire se multiplient.

Certes, le fusionnement Gemini n'incite pas davantage Air Canada et Canadien à la collusion en ce qui concerne le marché des voyages aériens, mais l'existence de Gemini permet tout au moins des échanges de données qui facilitent la collusion et la rendent plus difficile à déceler.

As noted by the Tribunal, this concern was addressed by the consent order in clause 16. The Tribunal stated (at pages 181-182):

The original clause [16] has been redrafted, in response to a number of suggestions made in the course of the hearing before the Tribunal, to read as follows:

“16. AND IT IS FURTHER ORDERED that the respondents and each and every one of their respective directors, officers, managers, servants, employees, agents, or any of them, shall not share or exchange commercially sensitive airline information through the operations of Gemini, including, but not limited to, seat inventory information in respect of individual carriers to a greater extent than such information is accessible by Gemini subscribers, where such sharing or exchange would facilitate agreement to share markets or fix the level of prices between AC, including its affiliated airlines, on the one hand and PWAC, Wardair and CDN, including its affiliated airlines, on the other.”

In addition, it was always contemplated that the order would require the officers of Air Canada, Canadian, PWA Corporation, Wardair and Gemini to report each year to the Director indicating that this provision, as well as the other CRS rules had been complied with.

In its reasons the Tribunal anticipated that the Covia Canada Partnership Corp. and Covia Canada Corp. (collectively “Covia”), wholly owned subsidiaries of a CRS operating in the United States with its computer center in Denver, would become a one-third partner (at page 157), and went so far as to suggest that, if it did not, the Director would have grounds to move for a variation under section 106 (at page 179):

It is the Tribunal’s view that if Gemini does not in the near future acquire a third owner, given that this expectation formed the basis of so much of the argument before the Tribunal, it would be open to the Director to seek a modification of the Tribunal’s order pursuant to s. 106 (formerly s. 78) of the *Competition Act*, on the ground that the circumstances in existence at the time of the making of the order had changed.

In fact, Covia did become a one-third owner of Gemini on June 30, 1989, in a restated partnership agreement, with the term of the partnership now expiring on December 31, 2067. On the same day, Gemini entered into a CRS agreement with Covia, and the long-term hosting relationship of Air Canada and Canadian with Gemini was continued by a new agreement.

Ainsi que le fait remarquer le Tribunal, le paragraphe 16 de l’ordonnance par consentement répond à cette préoccupation comme suit (aux pages 181 et 182):

La disposition originale [16] a été remaniée en réponse à plusieurs observations faites pendant l’audience devant le Tribunal, de façon à être ainsi libellée:

«16. ORDONNE EN OUTRE aux défenderesses et à chacun de leurs administrateurs, dirigeants, cadres, agents, employés et mandataires respectifs de ne partager ni échanger, par le biais des activités de Gemini, aucun renseignement commercial confidentiel sur les lignes aériennes autres que ceux auxquels ont accès les abonnés de Gemini, y compris, mais non exclusivement, les renseignements sur le nombre de places des transporteurs individuels, lorsque le partage ou l’échange de ces renseignements faciliterait des accords de partage des marchés ou de fixation des prix entre, d’une part, AC et ses lignes aériennes affiliées et, d’autre part, PWAC, Wardair et CDN et ses lignes aériennes affiliées.»

En outre, il a toujours été envisagé que l’ordonnance exigerait que les dirigeants d’Air Canada, de Canadien, de PWA Corporation, de Wardair et de Gemini présentent chaque année au directeur un rapport attestant que cette disposition ainsi que les autres énoncés dans les Règles régissant les SIR ont été respectées.

Dans ses motifs d’ordonnance, le Tribunal prévoyait que Covia Canada Partnership Corp. et Covia Canada Corp. (ci-après appelées collectivement «Covia»), filiales appartenant en propriété exclusive à un SIR exploité aux États-Unis avec ordinateur central à Denver, auraient une participation d’un tiers (à la page 157); il allait même jusqu’à dire que si cette participation ne se réalisait pas, le directeur serait fondé à demander la modification de l’ordonnance conformément à l’article 106 (à la page 179):

Selon le Tribunal, si Gemini n’acquiert pas sous peu un troisième propriétaire, étant donné que cette mesure attendue inspirait une grande partie des arguments présentés au Tribunal, le directeur aurait la faculté de demander une modification de l’ordonnance du Tribunal, conformément à l’art. 106 (antérieurement l’art. 78) de la *Loi sur la concurrence*, au motif que les circonstances ayant entraîné l’ordonnance auraient changé.

En fait, Covia est devenue propriétaire d’un tiers de Gemini le 30 juin 1989 aux termes d’un contrat modifié de société, à expirer le 31 décembre 2067. Le même jour, Gemini a conclu un accord de SIR avec Covia, et le contrat de gestion interne de longue durée entre Air Canada et Canadien d’une part, et Gemini d’autre part, est maintenu en vigueur par un nouvel accord.

By the restated partnership agreement the first window period for a partner to leave the partnership was in 1997, in which case the separate hosting contract would terminate two years later (if the departing partner were a party to that contract).

However, since the consent order was issued in 1989, the financial condition of Canadian has deteriorated to the point that it cannot survive on its own. A search for investors revealed only two interested parties, Air Canada and American Airlines, Inc. (American) or its parent corporation, AMR Corporation (AMR).¹⁶ Negotiations with Air Canada have not continued. American agreed to invest \$264 million in Canadian and to provide it with a package of services which are revenue-enhancing and cost-saving, conditional on Canadian's moving its hosting from Gemini to American's CRS, Sabre. Air Canada has refused a commercial settlement which would allow Canadian to move its hosting to Sabre.

On November 5, 1992, the Director filed an application under section 106 to vary the consent order to provide for early termination of Canadian's hosting relationship with Gemini, or, alternatively to dissolve the Gemini merger.¹⁷

II

It was not disputed by the respondents that, there being no privative clause, the Tribunal must correctly interpret the statutory criteria in section 106 in order to be insulated from judicial interference with its order. The interpretation by Strayer J. of the questions of law before the Tribunal was as follows:

¹⁶ I refer to the latter two entities indifferently as "American".

¹⁷ I have not found the related insolvency proceedings now before the Ontario courts of any relevance to the case at bar and so I make no further reference to them.

Aux termes du contrat modifié de société, la première période possible pendant laquelle un associé pourrait se retirer de la société serait 1997, auquel cas le contrat de gestion interne, qui en est distinct, serait résolu deux ans après (si l'associé qui se retire était partie à ce contrat).

Il se trouve cependant que depuis la délivrance de l'ordonnance par consentement en 1989, la situation financière de Canadien s'est détériorée au point qu'elle ne pourrait pas survivre par ses propres moyens. Elle s'est donc mise à rechercher des investisseurs, et seulement deux compagnies ont manifesté leur intérêt, Air Canada et American Airlines, Inc. (American) ou sa compagnie mère, AMR Corporation (AMR)¹⁶. Les négociations avec Air Canada n'ont pas abouti. De son côté, American a accepté d'investir 264 millions de dollars dans Canadien et de mettre à sa disposition un ensemble de services qui visent à augmenter les recettes et à réduire les coûts, à condition que celle-ci transfère son service de gestion interne de Gemini à Sabre, qui est le SIR d'American. Par la suite, Air Canada a rejeté un règlement commercial qui eût permis à Canadien de transférer son service de gestion interne à Sabre.

Le 5 novembre 1992, le directeur se fonde sur l'article 106 pour introduire une demande de modification de l'ordonnance par consentement en vue de la résiliation du contrat de gestion interne de Canadien avec Gemini ou, subsidiairement, de la dissolution du fusionnement Gemini¹⁷.

II

Les intimées ne contestent pas qu'en l'absence de toute disposition privative, le Tribunal doit interpréter correctement le critère prévu à l'article 106 pour que son ordonnance soit à l'abri de l'intervention de l'autorité judiciaire. Voici l'interprétation donnée par le juge Strayer des questions de droit dont était saisi le Tribunal:

¹⁶ Ces deux dernières entités seront indifféremment appelées «American» dans le texte.

¹⁷ Je ne mentionnerai pas la procédure de redressement judiciaire devant les tribunaux ontariens, laquelle ne présente à mon avis aucun rapport avec le litige soumis à la Cour.

B. Questions of Law

In the view of the Tribunal, paragraph 106(a) of the Act must be interpreted as a whole to allow the Tribunal to vary an earlier order only where the purposes for which the order was sought and made can no longer be adequately served by that order.

Firstly, Parliament provides that a variation may be ordered only where “the circumstances that led to the making of the order” have changed. If a change in any background circumstance were sufficient, Parliament would presumably have used language such as “circumstances existing at the time of the making of the order have changed . . .” (The French version uses the expression “*les circonstances ayant entraîné l’ordonnance . . .*” which appears equally to imply a causal connection between the circumstances and the order made.) By using instead the words “that led to”, Parliament must have intended there to be a direct causal link between the existence of certain circumstances and the decision of the Tribunal, and not merely the logical relevance of some background condition existing at that time.

Secondly, by paragraph 106(a) the Tribunal must, in order to vary an order, also find that the change in those circumstances is such that today, in the changed circumstances, “the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose”. This phraseology appears to focus on the cause or purpose of the original order just as do the words “circumstances that led . . .” Thus, the Tribunal cannot vary an earlier order only because that order might today look less than perfect: the order can only be changed if it would not today properly serve the purpose for which it was made or would seriously impair the achievement of that purpose.

Thus, as a matter of law, the circumstances whose change would permit adding terms to an earlier order must be those circumstances that demonstrably were taken into account by the Tribunal at the time of, and directly caused, the making of the order in question. Further, assuming such changed circumstances to exist, the order should still not be changed unless it has become useless or inadequate to its intended purpose of solving the problem as identified in the relevant circumstances that led to the original order being made. (See also *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor-General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 at 115, (1982), 141 D.L.R. (3d) 54 at 66-67 (C.A.), for the proposition that a power to “vary” can only be exercised in respect of the “same type or kind of order” as the original order.)

A further question of law has been raised as to the authority given the Tribunal by the closing words of section 106 to “rescind or vary the order accordingly” where a consent order is involved. A number of arguments have been presented, by

B. Questions de droit

De l’avis du Tribunal, il faut interpréter l’ensemble de l’alinéa 106a) de la Loi pour que le Tribunal puisse modifier une ordonnance rendue précédemment uniquement lorsque celle-ci ne permet plus de réaliser de façon appropriée les objectifs pour lesquels elle a été demandée et rendue.

D’abord, le Parlement énonce qu’une modification ne peut être ordonnée que lorsque «les circonstances ayant entraîné l’ordonnance» ont changé. Si un changement touchant un fait de base avait été suffisant, le Parlement aurait probablement utilisé des mots semblables à ce qui suit: [TRADUCTION] «si les circonstances qui existaient lorsque l’ordonnance a été rendue ont changé . . .» (L’expression «les circonstances ayant entraîné l’ordonnance . . .» semble indiquer de façon aussi claire que la version anglaise («*the circumstances that led to the making of the orders*») qu’il est nécessaire d’établir un lien de cause à effet entre les circonstances et l’ordonnance rendue.). En utilisant plutôt les mots «ayant entraîné», le Parlement voulait sans doute que l’on prouve un lien de cause à effet direct entre l’existence de certaines circonstances et la décision du Tribunal et non simplement la pertinence logique d’une situation qui existait à l’époque.

En deuxième lieu, selon l’alinéa 106a), le Tribunal doit aussi, afin de modifier une ordonnance, être d’avis que le changement est tel qu’aujourd’hui, sur la base des circonstances qui ont changé, «l’ordonnance n’aurait pas été rendue ou n’aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet». Ces mots semblent donner beaucoup d’importance à la cause ou à l’objet de l’ordonnance initiale, tout comme les mots «les circonstances ayant entraîné». Ainsi, le Tribunal ne peut modifier une ordonnance rendue précédemment pour la simple raison que l’ordonnance en question semble moins que parfaite aujourd’hui: l’ordonnance ne peut être modifiée que si elle ne permet pas, aujourd’hui, de réaliser de façon appropriée l’objet pour lequel elle a été rendue ou que si elle compromet sérieusement la réalisation de cet objet.

Ainsi, comme question de droit, les circonstances dont la modification permettrait d’ajouter des conditions à une ordonnance rendue précédemment doivent correspondre aux circonstances dont le Tribunal a effectivement tenu compte lorsqu’il a rendu l’ordonnance en question et qui en constituent la cause directe. En outre, même si l’on présume que ces circonstances existent, l’ordonnance ne devrait pas être modifiée, à moins qu’elle ne soit devenue inutile ou qu’elle ne permette plus de réaliser de façon appropriée son objet, soit celui de résoudre la situation problématique décelée dans les circonstances pertinentes qui ont entraîné l’ordonnance initiale (Se reporter également à *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en Conseil*, [1983] 2 C.F. 98 aux pp. 114-15 (C.A.), où il a été décidé que le pouvoir de «modifier» ne peut être exercé qu’à la condition de s’en tenir au «même type ou genre d’ordonnance» que celle rendue initialement.)

Une autre question de droit a été soulevée en ce qui a trait au pouvoir du Tribunal, selon l’article 106, «[d]’annuler ou [de] modifier une ordonnance» dans le cas d’une ordonnance par consentement. Ceux qui s’opposent à la présente demande ont

those opposed to the present application, concerning the limitations said to be imposed on the Tribunal as to the kind of order which can be made under section 106. It was argued that we could rescind a consent order without consent, where the conditions of paragraph 106(a) were met, but that we could not vary an order without the consent of all parties under paragraph 106(b). This was said to flow from the fact that the power to make any kind of an order under section 92, pursuant to the original application, would have been limited to dissolution and divestiture in the absence of the consent of all parties. Further, the order which was made under section 105 in settlement of the proceedings brought under section 92, being a consent order, had by definition to be with the agreement of all parties. It was argued therefore that section 106 must mean that a consent order can only be varied by consent and that the power to "vary" must be taken to apply only to orders coming within the condition imposed in subparagraph 106(b). It was argued by one party that as paragraph 106(a) refers to orders which would not have been made or would have been ineffective to achieve their intended purpose, the closing words authorizing the Tribunal to "rescind or vary . . . accordingly" must be taken to refer respectively to: the rescission of an order that would not have been made in current circumstances; and the variation of an order which has become ineffective to achieve its intended purpose. Reliance was placed on the word "accordingly" at the end of the section as if it meant "respectively".

Neither of these arguments appears tenable. If such distinctions were to be made, Parliament would surely have stated them specifically. Further, the structure of the French version of the section which at its outset gives the Tribunal the power to rescind or vary, does not accord with the view that the word "accordingly", which has no counterpart in the French version, was intended to mean "respectively".

This Tribunal has already expressed the view, admittedly in *obiter dicta* (in its Reasons for Consent Order Dated July 7, 1989 in the present matter: *supra*, note 11 at 64), that the Tribunal can impose terms and conditions under section 106 without the consent of all respondents. This would appear to be most consistent with the phraseology of section 106 which does not expressly limit either the power to rescind or vary consent orders to situations where all original parties consent. It is obvious that section 106 permits the rescission or variation of any orders made under Part VIII, many of which would not be consent orders: the general phraseology of the section is clearly appropriate for changes in those orders. Parliament would certainly have been more specific if it intended the variation or rescission of consent orders to be treated in a different way. [Underlining added.]

soulevé plusieurs arguments concernant les restrictions imposées au Tribunal quant au type d'ordonnance pouvant être rendue en application de l'article 106. On a soutenu que nous pouvions annuler une ordonnance par consentement sans aucun consentement lorsque les conditions de l'alinéa 106(a) étaient établies, mais que nous ne pouvions pas modifier une ordonnance sans le consentement de toutes les parties selon l'alinéa 106(b). Cette restriction découlerait du fait que le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92, conformément à la demande initiale, se serait limité à la dissolution et au dessaisissement, en l'absence du consentement de toutes les parties. En outre, l'ordonnance qui a été rendue en application de l'article 105 pour régler la demande fondée sur l'article 92, soit une ordonnance par consentement, devait, par définition, être rendue avec l'assentiment de toutes les parties. L'article 106, a-t-on soutenu, devait donc vouloir dire qu'une ordonnance par consentement ne pouvait être modifiée que par consentement et que le pouvoir de «modifier» devait s'appliquer uniquement aux ordonnances visées par la condition imposée à l'alinéa 106(b). Une partie a fait valoir que, puisque l'alinéa 106(a) renvoyait aux ordonnances qui n'auraient pas été rendues ou qui n'auraient pas eu les effets nécessaires à la réalisation de leur objet, les mots autorisant le Tribunal à «annuler ou modifier» devaient désigner respectivement l'annulation d'une ordonnance qui n'aurait pas été rendue dans les circonstances actuelles et la modification d'une ordonnance qui n'avait plus maintenant les effets nécessaires à la réalisation de son objet. À l'appui de cette interprétation, on a soutenu que le mot «*accordingly*» [par conséquent] de la version anglaise, qui se trouve à la fin de l'article, signifiait «*respectively*» [respectivement].

Aucun de ces arguments ne semble défendable. S'il était nécessaire d'établir ces distinctions, le Parlement les aurait sûrement énoncées lui-même en toutes lettres. En outre, la structure de la version française de l'article, qui au début accorde au Tribunal le pouvoir d'annuler ou de modifier, ne concorde pas avec l'argument selon lequel le mot «*accordingly*», qui n'a pas d'équivalent dans la version française, devait vouloir dire «*respectively*».

Le Tribunal s'est déjà dit d'avis, et ce par des remarques incidentes (se reporter aux motifs de l'ordonnance par consentement du 7 juillet 1989 dans la présente affaire: *supra*, note 11 à la p. 73), qu'il peut imposer des conditions en vertu de l'article 106 sans le consentement de toutes les défenderesses. Selon toute apparence, ceci serait davantage compatible avec la phraseologie de l'article 106 qui ne restreint pas expressément le pouvoir d'annuler ou de modifier des ordonnances par consentement aux cas où toutes les parties initiales y consentent. Il est évident que l'article 106 permet l'annulation ou la modification de toute ordonnance rendue en application de la partie VIII, qui, dans bien des cas, ne serait pas une ordonnance par consentement: la phraseologie générale de cet article est manifestement pertinente lorsqu'il s'agit d'apporter des changements à ces ordonnances. S'il avait voulu que la modification ou l'annulation des ordonnances par consentement soit traitée

What is at stake in the “questions of law” is the relationship between section 92, the provision that governed the original consent order, and section 106, which allows the rescission or variation of such an order, and is therefore at play in the case at bar.

The first legal issue decided by the Tribunal was as to the meaning of the phrase “the circumstances that led to the making of the order have changed” in paragraph 106(a). The judicial member of the Tribunal interpreted this to mean circumstances that directly and demonstrably caused the change, a gloss for which I find no warrant in the text of the Act. It should be noted at the outset that on the view thus taken by the majority it would not have been possible for the Director to have sought a modification of the consent order for Covia’s failure to enter Gemini, contrary to the original Tribunal’s expressed view of the law.

Contrary to Canadian’s argument, to my mind the words “that led to” imply that the circumstances had to be at least causative of the change, but on the language of the statute it is hard to go much beyond that.

Aristotle in his *Physics*, II, 3, distinguished four kinds of causes: the material cause, the matter from which something came; the formal cause, the substantial form or essence of a change; the efficient cause, the agent by which a change was brought about; and the final cause, the purpose or end of the change.

In the case at bar the various respondents emphasized final causality, stressing the explicit purpose the Tribunal (clearly the agent or efficient cause) appeared to have in mind in making the consent order. This is the narrowest construction possible, and seems to me unwarranted.

Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 provides that “[e]very enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures

de façon différente, le Parlement l’aurait certainement indiqué de façon plus explicite. [Soulignements ajoutés.]

Ce qui est en jeu dans les «questions de droit», c’est le lien entre l’article 92, c’est-à-dire la disposition qui régissait l’ordonnance par consentement initiale, et l’article 106, qui en permet l’annulation ou la modification et qui, de ce fait, est applicable en l’espèce.

Le premier point de droit examiné par le Tribunal était la signification de la phrase «les circonstances ayant entraîné l’ordonnance ont changé» qui figure à l’alinéa 106a). Le juge siégeant au Tribunal a interprété cette phrase comme visant les circonstances qui ont, de façon directe et démontrable, causé le changement, interprétation pour laquelle je ne trouve aucune justification dans le texte de la Loi. Il y a lieu de noter avant tout que si on s’en tenait à cette conclusion majoritaire du Tribunal, le directeur n’aurait pu demander une modification de l’ordonnance par suite de l’échec de Covia à prendre une participation dans Gemini, contrairement à l’interprétation juridique faite par la formation antérieure du Tribunal.

Contrairement aux arguments proposés par Canadien, les mots «ayant entraîné» sous-entendent, à mon avis, que les circonstances en question doivent être au moins la cause du changement, mais le texte de la loi ne permet guère d’aller plus loin.

Dans son traité *Physique*, II, 3, Aristote distinguait quatre sortes de causes: la cause matérielle, la matière dont provenait quelque chose; la cause formelle, la forme substantielle ou l’essence d’un changement; la cause efficiente, l’agent par lequel le changement se produit; et la cause finale, le dessein ou la fin du changement.

En l’espèce, les diverses intimées se sont concentrées sur la cause finale, en mettant l’accent sur le dessein explicite que le Tribunal (qui est de toute évidence l’agent ou la cause efficiente) semblait nourrir en rendant l’ordonnance par consentement. Il s’agit là de l’interprétation la plus restrictive possible, qui ne me semble pas justifiée.

L’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que «[t]out texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit

the attainment of its objects.” The present Act states in its very first substantive words that “[t]he purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada” (section 1.1 [as enacted *idem*, s. 19]). This Court in *American Airlines, Inc. v. Canada* ^a (*Competition Tribunal*), [1989] 2 F.C. 88, at page 98 (*per* Iacobucci C.J.) referred to this purpose as “extremely broad,” and in that case and in the *Chrysler Canada Ltd. v. Canada* ^b (*Competition Tribunal*), [1992] 2 S.C.R. 394, both courts gave a broad interpretation to the companion legislation, the *Competition Tribunal Act*. Gonthier J., in *Bell Canada v. Canada* ^c (*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*), [1989] 1 S.C.R. 1722, at page 1756 emphasized that courts must “avoid sterilizing these powers [of regulatory authorities] through overly technical interpretations of enabling statutes.”

Webster’s Third New International Dictionary (1981) defines “circumstances” as “the total complex of essential attributes and attendant adjuncts of a fact or action.” In my view, the words “the circumstances that led to the making of the order” include all of the facts and conditions that were relevant to the making of the order.¹⁸ In that sense, the kind of causality involved includes material and formal causality in the Aristotelian sense, as well as efficient and final causality. Of course, the Director cannot simply assert that any earlier circumstance was relevant to the making of the earlier order. He must establish it to the satisfaction of the Tribunal on a balance of probabilities.

The consent order must therefore be taken in its full contextual amplitude, which obviously includes the pivotal role of the hosting contract in the arrange-

¹⁸ In *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 (C.A.) this Court held that the Cabinet, in exercising a power of variation, could not add an irrelevant provision, dealing with subject matter different from the original order, under the guise of a variation. The key concept, as I emphasize, is that of relevance. It is relevance that determines whether it is “the same type or kind of order.”

compatible avec la réalisation de son objet». La Loi qui nous intéresse en l’espèce proclame dès sa première disposition de fond qu’elle «a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada» (article 1.1 [édicte, *idem*, art. 19]). Dans *American Airlines, Inc. c. Canada* ^a (*Tribunal de la concurrence*), [1989] 2 C.F. 88, à la page 98 (motifs prononcés par le juge en chef Iacobucci), notre Cour a conclu qu’il s’agissait là d’un objet «très vaste» et, tout comme la Cour suprême dans *Chrysler Canada Ltd. c. Canada* ^b (*Tribunal de la concurrence*), [1992] 2 R.C.S. 394, a donné une large interprétation de la loi connexe, la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Dans *Bell Canada c. Canada* ^c (*Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*), [1989] 1 R.C.S. 1722, à la page 1756, le juge Gonthier souligne que les tribunaux judiciaires doivent «éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes ^d [des organismes de réglementation] de façon trop formaliste».

Le *Webster’s Third New International Dictionary* (1981) définit «*circumstances*» (circonstances) comme étant «*the total complex of essential attributes and attendant adjuncts of a fact or action*» ([TRADUCTION] l’ensemble complexe des particularités essentielles qui accompagnent un fait ou une action). À mon avis, les mots «circonstances ayant entraîné l’ordonnance» embrassent tous les faits et conditions ayant un rapport avec la délivrance de l’ordonnance¹⁸. Dans ce sens, le lien de causalité qui est en jeu embrasse la cause matérielle et la cause formelle au sens aristotélicien, de même que la cause efficiente et la cause finale. Il va de soi que le directeur ne peut se contenter d’affirmer que toute circonstance antérieure avait un rapport avec la délivrance de l’ordonnance primitive. Il faut qu’il fasse la preuve concluante du lien de causalité, selon la prépondérance des probabilités.

L’ordonnance par consentement doit donc être envisagée dans son contexte, dont un élément est manifestement le rôle essentiel du contrat de gestion

¹⁸ Dans *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98 (C.A.), il a été jugé que le Cabinet ne pouvait se fonder sur son pouvoir de modifier pour ajouter une disposition étrangère, portant sur un autre sujet que l’ordonnance primitive. Le concept clé, comme je l’ai fait remarquer, est celui de rapport, qui permet de dire s’il s’agit du «même type d’ordonnance».

ment. The fact that neither Gemini nor Air Canada breached the consent order will not alone be enough to save it, since it cannot be limited to the specific means of competition on which it was directly focussed, if under the new set of circumstances “the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose.” The Director must, of course, bear the burden of establishing this.

The determination of this second issue gives rise to the further question of law as to the meaning of the power to “rescind or vary” the original order, which has in my respectful opinion been correctly resolved by Strayer J. It was strenuously argued before us, particularly by Air Canada, that the Tribunal could have only as great power on reconsideration of a consent order as on original consideration.¹⁹ The first time around, the Tribunal can only dissolve a completed merger, disposing of its assets or shares, or make an additional order “with the consent of the person against whom the order is directed.” It is illogical, it was said, to allow on later reconsideration not only the power of rescission but also an untrammelled power to vary, which could include making a further order against the will of a person to whom it is directed. “Vary” must therefore mean only with consent, as in section 92.

But this, it seems to me, is a policy debate, one which Parliament has already resolved by its adoption of the unrestricted word “vary.” As it was put by Macdonald J. in *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.), at page 476 (and followed by Gibson J. in *Consumers’ Association of Canada v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 F.C. 433 (T.D.), at page 440, “The word ‘vary’ in its ordinary use as well as in legal phraseology is quite comprehensive in mean-

¹⁹ The other respondents did not accept the argument of the respondent Gemini that the power to vary consent orders found in s. 106 is based on the power in relation to consent orders found in s. 105, and I do not pursue this argument because it seems evident to me that s. 105 is an exclusively evidentiary provision.

interne dans l’arrangement. Le fait que ni Gemini ni Air Canada n’a manqué à l’ordonnance par consentement ne suffit pas pour assurer son maintien, car elle ne peut pas être limitée aux moyens de concurrence spécifiques directement visés si, dans les nouvelles circonstances, «l’ordonnance n’aurait pas été rendue ou n’aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet». C’est, bien entendu, ce qu’il incombe au directeur de prouver.

La résolution de cette deuxième question nous mène à une autre question de droit, celle de la signification du pouvoir d’«annuler ou [de] modifier» l’ordonnance initiale, qui, à mon humble avis, a été correctement résolue par le juge Strayer. Devant la Cour, les intimées, en particulier Air Canada, soutiennent avec force que le Tribunal n’a pas, en réexaminant une ordonnance, un pouvoir plus étendu que celui dont il était investi au moment où il rendit la même ordonnance¹⁹. À l’origine, le Tribunal peut seulement ordonner la dissolution du fusionnement réalisé ou l’aliénation d’actions ou d’éléments d’actif, ou encore rendre une ordonnance supplémentaire «à condition que la personne qui en fait l’objet y souscrive». Selon les intimées, ce serait illogique de lui reconnaître, à la révision, non seulement le pouvoir d’annuler, mais encore un pouvoir absolu de modifier, en vertu duquel il pourrait rendre une ordonnance supplémentaire contre le gré de la personne qui en fait l’objet. «Modifier» veut donc dire modifier avec consentement, comme dans les cas visés à l’article 92.

Mais, à mon sens, il s’agit là d’un débat sur la politique fondamentale, que le législateur a déjà résolu par l’adoption du mot «modifier» qui n’est assorti d’aucune réserve. Ainsi que l’a fait remarquer le juge Macdonald dans *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.), à la page 476 (conclusion à laquelle a souscrit le juge Gibson dans *L’Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 C.F. 433 (1^{re} inst.), à la page 440, «le mot

¹⁹ Les autres intimées ne partagent pas l’argument proposé par l’intimée Gemini, selon lequel le pouvoir de modifier les ordonnances par consentement, que prévoit l’art. 106, découle du pouvoir prévu à l’art. 105 au sujet de ces ordonnances. Je n’examinerai pas cet argument puisqu’il me paraît évident que l’art. 105 concerne exclusivement l’administration des preuves.

ing and I see no sound reason for restricting its meaning.” However, if we were to consider policy, it would be easy enough to make a case that on reconsideration of a possibly long-established merger different factors were in play than on the original consideration: for example, it might be more desirable to require a small variation to be made than to raise the spectre of dissolution. Moreover, it would not be unreasonable to suppose that the parties to a merger were aware of the possibility of an involuntary variation down the road, at the instigation of the Director, acting for the public interest, or even at that of another party to the merger. Finally, Gonthier J. referred, with apparent approval, in the *Chrysler Canada* case at page 407 to the Tribunal’s power to rescind or vary its orders upon request:

Parliament, in order to provide for the supervision of the orders of the Tribunal, has given the Tribunal at s. 106 CA a power to rescind or vary its orders upon request from the Director or a person against whom the order has been made.

To my mind, a judicially imposed limitation on the power to vary in section 106 would be a total construct, without statutory warrant.

I therefore adopt as my own the concluding words of Strayer J., *supra*:

It is obvious that section 106 permits the rescission or variation of any orders made under Part VIII, many of which would not be consent orders: the general phraseology of the section is clearly appropriate for changes in those orders. Parliament would certainly have been more specific if it intended the variation or rescission of consent orders to be treated in a different way.

The Tribunal’s power is discretionary not mandatory. The restraint upon variation, the proper circumstances being established, is therefore the good sense of the Tribunal not to cause needless disruption or expense to the parties who for some considerable time have been relying on a merger. In the light of its other heavy responsibilities, this should not prove to be an unduly onerous task to impose on the Tribunal.

“modifier”, dans son acception commune tout comme dans le langage juridique, a un sens très large et je ne vois rien qui justifie une restriction de sa signification». Mais, à supposer même que nous discutons de principe fondamental, il serait assez facile de soutenir qu’au réexamen d’un fusionnement peut-être établi de longue date, différents facteurs entrent en jeu qui n’existaient pas au moment de l’examen initial: par exemple, il pourrait être plus souhaitable de prescrire une légère modification que d’évoquer le spectre de la dissolution. Qui plus est, il ne serait pas déraisonnable de supposer que les parties au fusionnement aient été conscientes de la possibilité d’une modification forcée à l’avenir, à la demande du directeur agissant dans l’intérêt général, ou même d’une partie au fusionnement. Enfin, le juge Gonthier, dans *Chrysler Canada*, à la page 407, a pris acte du pouvoir du Tribunal d’annuler ou de modifier sur demande ses propres ordonnances:

Afin d’assurer la surveillance des ordonnances du Tribunal, le législateur lui a donné, à l’art. 106 de la LC, le pouvoir d’annuler ou de modifier ses ordonnances à la demande du directeur ou de la personne visée par l’ordonnance en question.

À mon avis, une limitation judiciairement imposée au pouvoir de modifier, que prévoit l’article 106, serait pur exercice intellectuel, sans aucun fondement législatif.

Je fais donc mienne cette conclusion du juge Strayer, *supra*:

Il est évident que l’article 106 permet l’annulation ou la modification de toute ordonnance rendue en application de la partie VIII, qui, dans bien des cas, ne serait pas une ordonnance par consentement: la phraséologie générale de cet article est manifestement pertinente lorsqu’il s’agit d’apporter des changements à ces ordonnances. S’il avait voulu que la modification ou l’annulation des ordonnances par consentement soit traitée de façon différente, le Parlement l’aurait certainement indiqué de façon plus explicite.

L’exercice du pouvoir du Tribunal est discrétionnaire, non pas obligatoire. Une fois établi que les circonstances justifient la modification, ce qui limite ce pouvoir, si limitation il y a, c’est le bon sens dont le Tribunal doit faire preuve pour ne pas causer des bouleversements ou des dépenses inutiles aux parties qui ont réglé leurs activités sur l’existence du fusionnement depuis un certain temps déjà. Vu ses autres responsabilités qui sont tout aussi lourdes, ce ne

serait pas là une tâche excessivement difficile pour le Tribunal.

III

Given the erroneous legal basis on which the Tribunal majority assessed the facts, and the fact that even Dr. Roseman in dissent was legally constrained to follow the legal member's interpretation of the law, it is not possible simply to accept the factual framework established by the Tribunal. Nevertheless, it is, I believe, possible to discover among the facts found by the Tribunal sufficient findings to resolve the case.

With respect to the first requirement of section 106, a change in causative circumstances, let me note at the beginning that the majority is entirely right in the following analysis:

The Consent Order does not require that Air Canada and Canadian be hosted on Gemini nor does it mention, much less approve or disapprove, the hosting contract that the Director now seeks to modify. The fact that Air Canada and Canadian were hosted in Gemini (through Reservec and Pegasus) was considered only in a treatment of the background to the consent order proceeding.

However, since I have interpreted the law so as to eliminate the majority's distinction between background and foreground, the fact of hosting, which the Tribunal found to exist, therefore becomes a matter of relevance and concern.

After reviewing the principal documents before the first Tribunal, the majority stated:

Throughout these documents and the Agreed Statement of Facts filed in support of the consent order application, the existing duopoly in the Canadian airline market, and the hosting of the two major airlines in Gemini, are noted but not identified as causes for making the order. Instead, the principal concern articulated was vertical integration by the two dominant airlines with a single CRS and how this might be used to produce anti-competitive results in both the CRS and airline markets. It is difficult to see why the same analysis might not have been applied to a vertical integration between a single airline with over 90 per cent of the Canadian airline market and a pre-

III

^a Vu le mauvais fondement juridique sur lequel la majorité des membres du Tribunal s'est appuyée pour juger les faits, et vu que même dans ses motifs dissidents, M. Roseman était tenu par la loi de déférer à l'interprétation juridique faite par le juge siégeant au Tribunal, il n'est pas possible d'accepter tel quel le contexte factuel établi par le Tribunal. Je pense cependant qu'il est possible de découvrir parmi les faits constatés par celui-ci, suffisamment de conclusions pour résoudre l'affaire en instance.

^d En ce qui concerne la première condition prévue à l'article 106, savoir un changement dans les circonstances ayant présidé à l'ordonnance primitive, il y a lieu de noter en premier lieu que la majorité avait tout à fait raison dans l'analyse suivante:

^e L'ordonnance par consentement n'a pas pour effet d'exiger qu'Air Canada et Canadien soient liées à Gemini pour la prestation de services; elle ne fait nullement état du contrat de prestation de services que le directeur veut maintenant modifier et encore moins d'une indication voulant que le contrat soit approuvé ou non. Le fait qu'Air Canada et Canadien étaient liées à Gemini pour la prestation de services (par l'entremise de Reservec et Pegasus) n'a été examiné que dans le cadre de l'étude des renseignements de base ayant donné lieu à la procédure d'ordonnance par consentement.

^g Cependant, comme j'ai interprété la loi de façon à éliminer la distinction faite par la majorité du Tribunal entre circonstances secondaires et circonstances primaires, le contrat de gestion interne, dont le Tribunal a constaté l'existence, devient un facteur à prendre en considération.

^h Après examen des principaux documents dont était saisie la formation antérieure du Tribunal, la majorité a tiré cette conclusion:

ⁱ Partout dans ces documents ainsi que dans l'exposé conjoint des faits déposé à l'appui de la demande d'ordonnance par consentement, le duopole existant sur le marché canadien du transport aérien et les liens entre les deux grands transporteurs aériens et Gemini en ce qui a trait à la prestation de services sont signalés, mais ne sont pas considérés comme des causes de l'ordonnance. La principale préoccupation formulée résidait plutôt dans l'intégration verticale des deux lignes aériennes en position dominante avec un seul SIR et la façon dont cette intégration pourrait être utilisée pour donner des résultats anticoncurrentiels sur les marchés des SIR et du transport aérien. Il est

vously independent CRS operating in Canada. It was therefore not the existence of an airline duopoly as such which was the operative circumstance leading to the 1989 Consent Order.

It seems to me that the above passage says it all. “[T]he existing duopoly in the Canadian airline market, and the hosting of the two major airlines in Gemini” were relevant circumstances at the time of the making of the consent order. They were not, in the Tribunal’s view, principal concerns, the principal concerns in their view focussing on the airlines’ CRS’s, rather than on the airlines themselves. But given the Director’s mandate under paragraph 92(1)(a) to make an application to the Tribunal when he “finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a trade, industry or profession”, and his expressed concern in his initial application (Appeal Book, XXXV, at page 8744) that “this merger will likely entrench the dominant position” of Air Canada and Canadian “in the airline industry in Canada”, it is evident that it was because of the existence of the hosting contract in the context of the duopoly that the Director was moved to seek, and the Tribunal to grant, the consent order. As the Director put it in his application (Appeal Book, XXXV, at page 8746):

The use of a CRS is one of the most important ways in which airlines compete with one another. This merger eliminates this element of competition as between . . . the two major airlines in Canada.

Perhaps the only respect in which the broader relationship between the airlines came to the fore was with respect to the danger of collusive behaviour and the special clause inserted to prevent it, but in fact the whole merger was a public policy concern because it involved a key element of competition (i.e., the hosting of CRS’s) in a duopolistic industry. Hosting was not precluded from being an integral part of the merger merely because the Air Canada-Canadian relationship was put on a separate piece of paper after the entry of Covia into Gemini.

difficile de comprendre pourquoi la même analyse n’aurait pas pu s’appliquer à une intégration verticale entre une seule ligne aérienne occupant plus de 90 % du marché canadien du transport aérien et un SIR exploité au Canada et auparavant indépendant. Ce n’était donc pas l’existence d’un duopole dans le domaine du transport aérien qui a été la conséquence ayant mené en soi à l’ordonnance par consentement de 1989.

Il me semble que toute la question se résume dans le passage ci-dessus. «[L]e duopole existant sur le marché canadien du transport aérien et les liens entre les deux grands transporteurs aériens et Gemini en ce qui a trait à la prestation de services» étaient les deux circonstances à prendre en considération au moment de l’ordonnance par consentement. Le Tribunal n’y voyait pas les principaux facteurs, lesquels devaient être à son avis les SIR des compagnies aériennes intéressées, non pas ces compagnies elles-mêmes. Mais vu l’obligation que le directeur tient de l’alinéa 92(1)a) de saisir le Tribunal dans les cas où il «conclut qu’un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, dans un commerce, une industrie ou une profession», et la préoccupation qu’il avait exprimée dans sa demande antérieure (Dossier d’appel, XXXV, à la page 8744) que [TRADUCTION] «ce fusionnement aura vraisemblablement pour effet de consolider la position dominante» d’Air Canada et de Canadien «dans le secteur du transport aérien au Canada», il est évident que c’était l’existence du contrat de gestion interne sur fond de duopole qui a poussé le directeur à demander, et le Tribunal à rendre l’ordonnance par consentement. Ainsi que l’a fait remarquer le directeur dans sa demande (Dossier d’appel, XXXV, à la page 8746):

[TRADUCTION] Le recours à un SIR est l’un des moyens de concurrence les plus importants entre compagnies aériennes. Ce fusionnement élimine cet élément de concurrence entre . . . les deux grandes compagnies aériennes au Canada.

Peut-être la seule facette des relations d’ensemble entre les deux compagnies aériennes qui ait retenu l’attention était-elle le risque de conduite collusoire et la clause spéciale qui a été insérée pour le prévenir, mais en fait le fusionnement tout entier était un sujet de préoccupation d’ordre public car il concernait un principal élément de concurrence (c’est-à-dire la gestion interne des SIR) dans une situation de duopole. L’intégration du service de gestion interne dans le fusionnement n’était pas exclue du seul fait que les relations entre Air Canada et Canadien ont fait l’objet

On the basis of the law as I have interpreted it, I believe the facts found by the majority establish a change in causative circumstances. These circumstances included above all, the fact that Air Canada and Canadian were the dominant airlines in Canada, in vigorous competition with each other, and the absence of any indication whatsoever that Canadian's financial condition would deteriorate to the point where its continued existence would be threatened.

This result is, not surprisingly, clearer in Dr. Roseman's dissent:

What then are the circumstances that led to the order? An examination of the order shows that they clearly include the concerns regarding CRS and airline markets identified by the majority. But the order also includes a provision directed at preventing Air Canada and Canadian from using Gemini to exchange certain information and, thus, to facilitate collusion between them. Since we cannot say that this term is any less important than the others, we cannot ignore the circumstance that led to its inclusion. The circumstance that led to the insertion in the order of the "collusion" provision was the possible use of Gemini by Air Canada and Canadian to lessen competition substantially in airline markets. This is a concern with competition within airline markets that is not related to the operation of a travel agency CRS but to the fact that Air Canada and Canadian were both hosted in Gemini. The particular method for lessening competition that was foreseen was the exchange of information through Gemini. [Underlining added.]

The second factual issue is whether in the present circumstances the order would not have been made or would have been ineffective. The best evidence that this test is satisfied in law is provided by the Tribunal's alternative findings of fact, made in the event that it was found to be in error on the question of jurisdiction. The majority said:

We recognize, however, that the legislation is relatively new and that a novel point of jurisdiction has been raised before us. Given the importance of this case we have little doubt that appeals will be launched. In case a different view is taken of our jurisdiction on appeal, we therefore feel it essential to

d'un accord à part, après l'admission de Covia dans Gemini.

À la lumière des règles de droit telles que je les ai interprétées, je conclus que les faits constatés par la majorité font ressortir un changement dans les circonstances à prendre en considération. Parmi ces circonstances, il faut citer avant tout le fait que Air Canada et Canadien étaient les deux compagnies aériennes dominantes au Canada qui se livraient une vive concurrence, et l'absence d'aucune indication que la situation financière de Canadien se détériorerait à un point tel que son existence même serait menacée.

Il n'est pas étonnant que ce résultat ressorte davantage des motifs dissidents de M. Roseman:

Quelles sont donc les circonstances ayant entraîné l'ordonnance? Un examen de l'ordonnance révèle qu'elles comprennent manifestement les préoccupations qu'a soulignées la majorité au sujet des marchés des SIR et du transport aérien. Toutefois, l'ordonnance comporte également une disposition visant à empêcher Air Canada et Canadien d'utiliser Gemini pour échanger certains renseignements et, ainsi, se livrer à des pratiques de collusion entre elles. Comme nous ne pouvons pas affirmer que cette condition est moins importante que les autres, nous ne pouvons ignorer les circonstances ayant mené à son inclusion. Ces circonstances résidaient dans la possibilité qu'Air Canada et Canadien utilisent Gemini pour diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés du transport aérien. C'est là une préoccupation qui concerne la concurrence sur les marchés du transport aérien n'ayant aucun rapport avec l'exploitation d'un SIR par une agence de voyage, mais correspondant plutôt au fait qu'Air Canada et Canadien étaient toutes deux liées à Gemini pour la prestation de services. On prévoyait que l'échange de renseignements par l'entremise de Gemini soit le moyen employé pour réduire la concurrence. [Soulignement ajouté.]

La deuxième question de fait est de savoir si dans les circonstances présentes, l'ordonnance primitive n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets voulus. La meilleure preuve qu'il a été satisfait à ce critère sur le plan juridique se dégage des conclusions subsidiaires sur les faits, que le Tribunal a tirées au cas où il aurait commis une erreur en matière de compétence. La majorité s'est prononcée en ces termes à ce sujet:

Toutefois, nous reconnaissons que la législation est relativement nouvelle et qu'une nouvelle question liée à la compétence a été soulevée devant nous. Compte tenu de l'importance de la présente affaire, nous sommes presque certains que notre décision sera portée en appel. Il nous apparaît donc essentiel de

make the findings of fact which would be necessary, should we have jurisdiction, to issue an order. Otherwise, the vast efforts of counsel and the costs of 22 days of hearings would be lost. For the assistance of appellate courts we will also indicate what remedies we believe could and should be ordered if the Tribunal has jurisdiction to do so.

We will therefore proceed to consider what the consequences would be for Canadian of continuation of the hosting agreement, the possible impact on airline competition if Canadian fails and the impact on Gemini and on CRS competition generally if Canadian fails or if it were released from the hosting contract. We will then describe the remedies we consider would be permissible and appropriate if we had the jurisdiction to vary the Consent Order.

In its alternative findings, the Tribunal found that Canadian was no longer financially viable:

F. Conclusion

PWA and Canadian were financially viable in mid-1989 when the Consent Order was issued. Today, they operate only at the forbearance of their creditors. As a practical matter the AMR deal is currently the only transaction available to save PWA and Canadian. Without the cash equity injection from AMR, the risk that the debt restructuring will not be completed is very high and PWA and Canadian are likely to fail. AMR will not complete that transaction without a transfer of hosting to Sabre.

From this conclusion on financial viability, the Tribunal proceeds to one on competition:

G. Conclusion

After considering the initial reduction in competition that would follow Canadian's failure and the competition remaining and likely to arise, it is the Tribunal's conclusion that the end result of that failure would undoubtedly be a substantial lessening of competition in most if not all airline passenger markets on southern routes in Canada. Even in high-density markets where entry is most likely to occur, travellers are unlikely to enjoy competition with respect to matters that are important to them, including frequency of service, range of service and frequent flyer points. Moreover, even for travellers for whom price is of primary importance, it cannot be concluded that they will not be hurt by Canadian's exit from high-density markets. The two trunk carriers do compete with each

tirer les conclusions de fait qui seraient nécessaires si nous avions la compétence voulue pour rendre une ordonnance pour le cas où la décision concernant notre compétence serait différente en appel. Autrement, les efforts énormes déployés par les avocats et les frais que représentent 22 jours d'audience auraient été vains. Pour faciliter la tâche des tribunaux d'appel, nous indiquerons également les mesures de redressement qui, à notre avis, pourraient et devraient être ordonnées si le Tribunal avait la compétence voulue pour le faire.

Nous nous demanderons donc quelles seraient les conséquences découlant du maintien en vigueur du contrat de prestation de services pour Canadien et quelles seraient les répercussions possibles de l'échec de celle-ci sur la concurrence dans le domaine du transport aérien. Nous nous demanderons également quelles seraient les répercussions possibles sur Gemini et sur la concurrence en général dans le domaine des SIR en supposant que Canadien échoue ou qu'elle soit libérée du contrat de prestation de services. Enfin, nous décrirons les mesures de redressement qui nous semblent permises et justes si nous avions la compétence voulue pour modifier l'ordonnance par consentement.

Par ses conclusions subsidiaires, le Tribunal a décidé que Canadien n'était plus financièrement viable:

F. Conclusion

PWA et Canadien étaient financièrement viables au milieu de 1989, lorsque l'ordonnance par consentement a été rendue. Aujourd'hui, elles poursuivent leurs activités uniquement grâce à la tolérance de leurs créanciers. En fait, l'entente avec AMR est actuellement la seule transaction qui permettrait de sauver PWA et Canadien. Sans l'injection de capitaux qui proviendrait d'AMR, il y a de fortes chances que la restructuration de la dette ne puisse se faire et que PWA ainsi que Canadien échouent. AMR refuse de conclure l'entente si le système interne de réservation n'est pas transféré à Sabre.

De cette conclusion sur la viabilité financière, le Tribunal est passé à la conclusion sur l'état de la concurrence:

G. Conclusion

Après avoir examiné la réduction initiale de la concurrence qui découlerait de l'échec de Canadien et la concurrence qui resterait et qui serait vraisemblablement créée, le Tribunal conclut que cet échec provoquerait indubitablement une diminution sensible de la concurrence sur la plupart, sinon la totalité des marchés du transport aérien de passagers sur les itinéraires du sud du Canada. Même sur les marchés à fort achalandage où l'on peut vraisemblablement s'attendre à l'arrivée de nouveaux concurrents, il est peu probable que les voyageurs bénéficient de la concurrence en ce qui a trait à des questions qui sont importantes pour eux, comme la fréquence du service, la gamme de services et les points pour passagers assidus. En outre, même dans le cas des voyageurs qui accordent une

other on price. Both trunk carriers also respond to the inroads of other carriers offering low price options and each of their responses affects the other trunk carrier. [Underlining added.]

The remaining factual question was whether, with a shift of Canadian's hosting from Gemini to Sabre, Gemini would fail, and whether in any event Sabre would be in a dominant position, thus lessening competition in CRS markets. On this the Tribunal found:

G. Conclusion

Gemini is unlikely to fail financially in the foreseeable future, even if Canadian transfers its hosting to Sabre. The long run effect on Gemini of such a shift depends primarily on the losses in its market share that would result. Other effects on Gemini are either short run (downsizing costs and lease commitments until 1995) or are too uncertain (loss of economies of scope) to allow any conclusions to be drawn. For reasons that have been discussed at length the CRS market share losses predicted by the respondents' experts resulting from predisposition are not credible. While the agencies doing a large volume of business with Canadian might well change to Sabre, the fact that ApG is comparable to Sabre with respect to functionality means that earlier gains made by Sabre should be eroded as agents that do a large volume of business with Air Canada move back to Gemini. If Sabre and Gemini are comparable in other respects then predisposition favours Gemini, not Sabre, since the airline associated with Gemini (Air Canada) has a larger share of most domestic airline markets than the airline associated with Sabre (Canadian). There is no good market reason why there should not be two strong CRS networks available in Canada in the event Canadian shifted its hosting to Sabre. Even if Gemini does not succeed in putting its early painful past behind it and becoming a full effective competitor, market conditions should cause Air Canada or Covia, singly or together, to provide a successor organization to Gemini in the event that it does not meet their needs.

It was only because of its different view of the law that the Tribunal majority was able to come to an explicitly different view on the facts. It itself admitted:

importance primordiale au prix, on ne peut pas conclure qu'ils ne seront pas lésés par suite du retrait de Canadian des marchés à fort achalandage. Les deux grands transporteurs se font concurrence entre eux quant au prix. Tous deux répliquent également aux incursions des autres transporteurs qui offrent des solutions axées sur un prix plus bas et chacune de leurs réactions touche l'autre. [Soulignement ajouté.]

La dernière question de fait qui se pose est de savoir si, une fois la gestion interne de Canadian transférée de Gemini à Sabre, Gemini ferait faillite et si, qu'il en soit ainsi ou non, Sabre aurait une position dominante, diminuant ainsi la libre concurrence sur les marchés de SIR. À ce sujet, le Tribunal a tiré la conclusion suivante:

G. Conclusion

Gemini n'échouera vraisemblablement pas sur le plan financier dans un avenir prévisible, même si Canadian transfère son système interne de réservation à Sabre. Les conséquences à long terme de ce transfert pour Gemini dépendent avant tout de la diminution de sa part de marché qui sera ainsi occasionnée. Les autres conséquences pour Gemini sont des conséquences à court terme (frais de compression et engagements prévus dans des baux jusqu'en 1995) ou des conséquences trop incertaines (perte d'économies de diversification) pour que l'on puisse tirer quelque conclusion que ce soit. Pour les raisons que nous avons déjà expliquées à fond, les prévisions des experts des défenderesses quant à la diminution de la part de marché des SIR qui découle de la prédisposition ne sont pas dignes de foi. Même s'il est possible que les agences dont le volume des ventes conclues avec Canadian est élevé passent à Sabre, le fait que le système ApG soit comparable à celui de Sabre en ce qui a trait à la fonctionnalité signifie que les gains antérieurs de Sabre devraient diminuer au fur et à mesure que les agents dont le volume des affaires conclues avec Air Canada est élevé reviendront à Gemini. Si Sabre et Gemini sont comparables à d'autres égards, la prédisposition favorisera Gemini et non Sabre, étant donné que la ligne aérienne associée à Gemini (Air Canada) bénéficie d'une part plus importante de la plupart des marchés du transport aérien intérieur que la ligne aérienne associée à Sabre (Canadian). Il n'y a pas de bonne raison commerciale qui empêcherait deux réseaux de SIR puissants de coexister au Canada pour le cas où Canadian passerait son système interne de réservation de Gemini à Sabre. Même si Gemini ne réussit pas à surmonter ces problèmes et à devenir un concurrent entièrement efficace, les conditions du marché devraient inciter Air Canada ou Covia, individuellement ou ensemble, à créer une organisation qui prendra la relève de Gemini si celle-ci ne répond pas à leurs besoins.

Ce n'était que par son interprétation différente de la loi que la majorité des membres du Tribunal a pu tirer une conclusion explicitement différente sur les faits. Elle l'a reconnu elle-même:

As indicated below, we find that the Director has demonstrated that Canadian is likely to fail and that the most probable result of that failure will be either a merger with Air Canada or the accession by Air Canada to most of Canadian's market. It is true that the anti-merger application of 1988 would not have been brought in these precise terms under such circumstances because there the merger had to do with a combination by two major airlines of their CRS resources by means of the Gemini merger.

It seems to me that the key conclusion is the one the majority has just enunciated, viz., that under these new circumstances the same anti-merger application would not have been brought. Of course, the majority went on to add that "it cannot be said that the Consent Order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose if it were made today essentially for the same purpose as was present in 1989." But this is now a hypothetical order that is being discussed, one concerned only with the use by airlines of their CRS's for anti-competitive purposes. It is only of this narrow hypothetical order that the majority comments are true.

IV

The cross-appeal by the respondents was brought against what I have referred to as the Tribunal's alternative factual conclusion, viz., its finding, in *obiter dicta* that its failure to vary the consent order would result in Canadian's demise, which in turn would result in a substantial lessening of competition in Canadian airline markets.

The Tribunal further concluded that, if it had jurisdiction under section 106 to vary the consent order, given the effects of Canadian's likely demise in Canadian airline markets, it would have granted the Director's request for an amendment to the hosting contract to allow Canadian to terminate the contract on certain terms, including a requirement that it compensate Gemini for certain costs incurred in connection with its dehosting from Gemini.

Comme nous en faisons état plus loin, nous sommes d'avis que le directeur a démontré que Canadien échouera tout probablement et que le résultat le plus probable de cet échec sera soit un fusionnement avec Air Canada, soit l'accession par Air Canada à la majeure partie du marché de Canadien. Il est vrai que la demande déposée en 1988 visant à contester le fusionnement n'aurait pas été présentée selon ces conditions précises et dans ces circonstances, parce que le fusionnement portait à l'époque sur une combinaison, par deux grandes lignes aériennes, des ressources se rapportant à leur SIR par l'entremise du fusionnement Gemini.

Il me semble que la conclusion cruciale est celle que la majorité a tirée ci-dessus, savoir que dans ces nouvelles circonstances, le même recours contre le fusionnement n'aurait pas été introduit. Certes, la majorité a ajouté qu'«on ne peut donc dire que l'ordonnance par consentement n'aurait pas été rendue ou qu'elle n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet si elle avait été rendue aujourd'hui essentiellement dans le même but que celui visé en 1989». Cette dernière conclusion porte cependant sur une ordonnance hypothétique, motivée uniquement par la préoccupation que les compagnies aériennes se servent de leur SIR pour faire échec à la concurrence. Ce n'est qu'à l'égard de cette ordonnance hypothétique étroitement circonscrite que les conclusions de la majorité sont fondées.

IV

L'appel incident formé par les intimées porte sur ce que j'ai qualifié de conclusion subsidiaire du Tribunal sur les faits, savoir sa conclusion sous forme d'observation incidente que faute de modification de l'ordonnance par consentement, Canadien ferait faillite, ce qui signifierait une diminution notable de la libre concurrence sur le marché du transport aérien au Canada.

Le Tribunal a conclu en outre que si, par application de l'article 106, il avait la compétence voulue pour modifier l'ordonnance par consentement, les répercussions d'une faillite éventuelle de Canadien sur le marché du transport aérien au Canada l'auraient poussé à faire droit à la demande introduite par le directeur pour modifier le contrat de gestion interne de façon à permettre à Canadien de résilier ce dernier sous certaines conditions, dont l'obligation pour elle d'indemniser Gemini de certains frais tenant à son retrait.

Although there could be a serious issue as to whether the respondents/cross-appellants can appeal against what is in effect the reasons of the Tribunal rather than its decision, I accept, for purposes of argument, without deciding the point, that they can do so. Nevertheless, after hearing the respondents/cross-appellants on the cross-appeal, the Court found it unnecessary to hear general submissions by the appellants/cross-respondents on the factual issues.

It was decided by a majority of the Supreme Court in the *Chrysler Canada* case, *supra*, at page 406 (*per* Gonthier J.) of this very Tribunal that "Parliament created the Tribunal as a specialized body to deal solely and exclusively with Part VIII CA, since it involves complex issues of competition law, such as abuses of dominant position and mergers." The deferential approach required of the courts in review of factual decisions by such bodies is well established. As La Forest J. put it for the majority of the Court in *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at page 251, where a tribunal is acting within its "home territory," judicial review must be only to a standard of patent unreasonableness.

Of course, this is an appeal rather than a judicial review, for which the normal standard of appellate intervention is "palpable and overriding error": *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 808. However, there is comparatively little difference in result when the appeal is a statutory one from a specialized administrative tribunal, as Gonthier J. pointed out in the *Bell Canada* case, *supra*, at pages 1745-1746 S.C.R.:

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial review. In principle, a court is entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on

Bien qu'il puisse se poser la question sérieuse de savoir si les intimées (appellantes à l'incident) peuvent interjeter appel de ce qui est en fait les motifs et non pas le dispositif de la décision du Tribunal, j'accepte, aux fins d'argumentation et sans prononcer sur ce point, qu'elles en aient le droit. Il se trouve néanmoins qu'après les avoir entendues au sujet de l'appel incident, la Cour a jugé inutile d'entendre les conclusions générales des appelants (intimés à l'incident) sur les faits.

Dans l'arrêt *Chrysler Canada, supra*, à la page 406 (motifs prononcés par le juge Gonthier), la Cour suprême a, au sujet du Tribunal, conclu par décision majoritaire que «le législateur a créé le Tribunal comme organisme spécialisé chargé de traiter uniquement et exclusivement de la partie VIII de la LC, puisqu'elle vise des questions complexes de droit en matière de concurrence comme les abus de position dominante et les fusions». Le principe de la retenue judiciaire vis-à-vis des conclusions sur les faits des organismes de ce genre est établi de longue date. Ainsi que l'a conclu le juge La Forest au nom de la majorité de la Cour dans *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la page 251, la décision rendue par un tribunal administratif dans les limites de son «domaine d'expertise» ne se prête à contrôle judiciaire que si elle est entachée d'erreur manifestement déraisonnable.

Il est vrai que la Cour est saisie en l'espèce, non pas d'un recours en contrôle judiciaire, mais d'un appel, à l'égard duquel la norme d'intervention est «l'erreur manifeste et dominante» (Voir *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 808. Cependant, le résultat n'est guère différent lorsque l'appel est formé en application de la loi contre la décision d'un tribunal administratif spécialisé, ainsi que l'a fait remarquer le juge Gonthier dans l'arrêt *Bell Canada, supra*, aux pages 1745 et 1746 R.C.S.:

Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un contrôle judiciaire. En principe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal

issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

[I]t does not follow that its decisions can only be reviewed if they are unreasonable. However the principle of specialization of duties justifies curial deference in such circumstances.

On such a standard of curial deference, it appeared clear to us that the Tribunal did not ignore any evidence, and made all its findings after weighing the evidence before it and assessing the credibility of the witnesses. The fact that its conclusions were not the only possible ones that could be drawn from the evidence, even if true, is not sufficient to impeach the Tribunal's findings.

However, we did request full argument on the issue raised by Air Canada as to the Tribunal's reliance on certain statistics referred to as the Air Canada Statistics and the Statistics Canada information. The part of the reasons for decision objected to was as follows, and most particularly footnotes 55 and 57:

Out of the top 205 city-pairs in 1990, Canadian and Air Canada and their affiliates accounted for at least 95 per cent of passengers travelling on scheduled carriers in all but 16 markets. The overall share for the two systems was 96 per cent.⁵⁵ At that time three independent carriers were participating in southern scheduled services (Intair, City Express, First Air); none are present today.

The charter carriers are present on a number of long-haul, high-density city-pairs. For the top 20 city-pairs, charter carriers accounted for more than one per cent of the passengers⁵⁶ on only eight city-pairs in 1990 and 11 city-pairs in 1991, with their shares ranging from 2.4 per cent to 20.5 per cent in 1990 and from 1.6 per cent to 19.5 per cent in 1991. Their largest shares were on the Toronto-Vancouver, Calgary-Toronto, Montreal-Vancouver and, in 1991, Edmonton-Toronto routes. Throughout the country charter carriers were responsible for 3.7 per cent of domestic traffic in 1991.⁵⁷

⁵⁵ Exhibit A-1-31. In final argument, counsel for Air Canada objected to the use of the statistics contained in this exhibit as evidence of market share. The statistics were compiled for Air Canada's internal use. In the circumstances, we see no reason

d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

[II] ne s'ensuit pas que ses décisions peuvent être révisées uniquement si elles sont déraisonnables. Le principe de la spécialisation des fonctions justifie cependant la retenue judiciaire dans ces circonstances.

À la lumière de cette norme de retenue judiciaire, il appert que le Tribunal n'a ignoré aucun témoignage ou preuve, qu'il a tiré toutes ses conclusions après avoir examiné tous les témoignages et preuves produits et après s'être assuré de la crédibilité des témoins. À supposer que ses conclusions ne fussent pas les seules qu'on eût pu tirer des preuves et témoignages produits, cela ne suffit pas pour justifier de les infirmer.

Il se trouve cependant que la Cour a demandé aux parties de présenter leurs arguments sur le point soulevé par Air Canada, savoir que le Tribunal s'est fondé sur certaines statistiques appelées statistiques d'Air Canada et les données de Statistique Canada. Les passages entrepris des motifs de décision sont les suivants, en particulier les notes de bas de page 55 et 57:

Dans le cas des 205 liaisons les plus importantes qui existaient en 1990, Canadien et Air Canada ainsi que leurs sociétés affiliées ont transporté au moins 95 % des passagers dans le cadre de vols réguliers sur tous les marchés, sauf 16. La part globale des deux systèmes s'élevait à 96 %⁵⁵. À l'époque, trois transporteurs indépendants offraient des services de vol régulier dans le sud (Intair, City Express et First Air); aucun de ces transporteurs n'existe aujourd'hui.

Les frêteurs assurent un certain nombre de liaisons long-courrier à fort achalandage. Dans le cas des 20 liaisons les plus importantes, les frêteurs ont transporté plus de 1 % des passagers⁵⁶ pour huit liaisons seulement en 1990 et onze liaisons en 1991; leurs parts du marché ont oscillé entre 2,4 % et 20,5 % en 1990 et entre 1,6 % et 19,5 % en 1991. Les marchés dans lesquels leurs parts étaient les plus importantes étaient les liaisons Toronto-Vancouver, Calgary-Toronto, Montréal-Vancouver et, en 1991, Edmonton-Toronto. Dans tout le pays, les frêteurs ont assuré 3,7 % du transport aérien intérieur en 1991⁵⁷.

⁵⁵ Pièce A-I-31. Au cours de l'argumentation finale, l'avocat d'Air Canada s'est opposé à l'utilisation des statistiques contenues dans ce document comme preuve de la part du marché. Les statistiques ont été compilées pour l'usage interne d'Air

to doubt their accuracy or reliability and, in any event, we would be inclined to admit them under section 69 of the Act.

⁵⁶ The passengers referred to are those whose origin and destination are the city-pairs in question. Connecting passengers, who on average are about 25 per cent of the total passengers carried, are excluded. Virtually all connecting passengers are on scheduled carriers.

⁵⁷ Exhibit A-1-42. This information is taken from a Statistics Canada report, the admissibility of which was challenged by counsel for Air Canada. We are persuaded that the report is admissible under subsection 70(1) of the Act. In this case, the Director was not required to file a certificate pursuant to subsection 70(4) to prove the authenticity of the report since authenticity was admitted by Air Canada. Notice was properly given under section 72.

Despite Air Canada's objection that these two sets of statistics were not proven, I am rather inclined to the contrary view. The Air Canada statistics were taken from Air Canada documents provided by Air Canada to the Director, and then produced by the Director on discovery. Their authenticity was admitted by Air Canada, and it seems to me that they are admissible against it as an admission against interest.

The Statistics Canada information was from Statistics Canada documents, the authenticity of which was admitted. I do not interpret subsection 70(4) [as *am. idem*, s. 41] of the Act, which provides that "a certificate purporting to be signed by the Chief Statistician of Canada . . . is evidence of the facts alleged therein without proof of the signature or official character of the person by whom it purports to be signed", as requiring that any evidence from that source be accompanied by a certificate. Rather, I view that provision as a way of avoiding the attendance of the Chief Statistician in any special circumstances in which it might otherwise be required. Subsection 70(1) provides that any statistical record "prepared or published under the authority of . . . the *Statistics Act*" is admissible in evidence in any proceedings before the Tribunal. In my opinion for any information printed in an official Statistics Canada publication that should be sufficient authorization. The *Competition Tribunal Act*, after all, provides in subsection 9(2) that "[a]ll proceedings before the Tribunal shall

Canada. Dans les circonstances, nous ne voyons aucune raison de douter de leur exactitude ou de leur fiabilité et, à tout événement, nous serions enclins à les admettre en vertu de l'article 69 de la Loi.

^a ⁵⁶ Les passagers mentionnés sont ceux qui voyagent en provenance et à destination des paires de villes en question. Les passagers en correspondance, qui représentent en moyenne 25 % des passagers transportés, sont exclus. Presque tous les passagers en correspondance utilisent les services de transporteurs réguliers.

^b

^c ⁵⁷ Pièce A-I-42. Ce renseignement est tiré d'un rapport de Statistique Canada, dont l'admissibilité a été contestée par l'avocat d'Air Canada. Nous sommes convaincus que le rapport est admissible en vertu du paragraphe 70(1) de la Loi. Dans ce cas-ci, le directeur n'a pas été tenu de déposer un certificat conformément au paragraphe 70(4) pour prouver l'authenticité du rapport, puisqu'Air Canada a admis cette authenticité. Un préavis a été dûment donné conformément à l'article 72.

^d Malgré l'objection d'Air Canada, savoir que ces deux ensembles de statistiques n'étaient pas prouvés, je suis plutôt enclin à penser le contraire. Les statistiques d'Air Canada ont été tirées de documents soumis par la compagnie au directeur, lequel les a produits à son tour lors de la communication des pièces. Elle en a reconnu l'authenticité, et il me semble qu'elles sont admissibles à ses dépens à titre d'aveu préjudiciable à son propre auteur.

^f Les données de Statistique Canada sont tirées de documents de cet organisme, et l'authenticité en a été reconnue. Je n'interprète pas le paragraphe 70(4) [mod., *idem*, art. 41] de la Loi, aux termes duquel «un certificat censé signé par le statisticien en chef du Canada . . . fait foi de son contenu sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire», comme prescrivant que toute preuve provenant de cette source soit accompagnée d'un certificat. Au contraire, je pense que cette disposition assure le moyen d'éviter la comparution du statisticien en chef dans tous les cas spéciaux où sa présence pourrait être nécessaire. Le paragraphe 70(1) prévoit que tout document contenant des renseignements statistiques «préparés ou publiés en vertu . . . de la *Loi sur la statistique*» est admissible en preuve dans toute procédure dont est saisi le Tribunal. À mon avis, cette disposition s'applique à toute donnée figurant dans une publication officielle de Statistique Canada. Après tout, la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* prévoit,

be dealt with as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.”

In any event, there is in my opinion ample other evidence that Air Canada and Canadian are the dominant carriers in Canada, and that the failure of Canadian would result in a substantial lessening of competition. This additional evidence includes: (1) expert affidavit evidence that in 1991, including their affiliates, Air Canada had 55% and Canadian 39% of the scheduled domestic market (Appeal Book, XLV, at page 11274); (2) expert evidence that overall domestic capacity in Canada is divided 52% to 43% between Air Canada and Canadian (Transcript of the Proceedings, XVI, at page 3076); (3) the evidence of Air Canada’s Chairman Emeritus that if Canadian failed, Air Canada would be rid of the “big competition” (*ibid.*, at page 3076); (4) expert evidence that if Canadian failed, there would be a substantial lessening of competition in domestic airline markets in the absence of new entrants (*ibid.*, at page 2966) and that in the case of Canadian’s failure, Air Canada would be left as the dominant carrier on all domestic routes in Canada (*ibid.*, at page 2976). Although most of this evidence is national rather than route-specific, particularly in the light of the last-mentioned witness’ testimony there was a factual basis for the Tribunal’s applying the same statistics to all of the major inter-city routes.

I can conclude only that the Tribunal’s conclusions were not based on wrongly admitted evidence and that in addition they were amply supported by evidence that is uncontroverted as to its admissibility.

We also requested the parties to develop to the full their positions on the Tribunal’s remedial powers. Much of the argument in this respect focussed on whether the Tribunal is to be limited under section 106 to what were referred to by the Director as the “sledgehammer remedies” available under section 92,

en son paragraphe 9(2), que «[d]ans la mesure où les circonstances et l’équité le permettent, il appartient au Tribunal d’agir sans formalisme, en procédure expéditive».

a Quoi qu’il en soit, il y a, à mon avis, abondamment d’autres preuves qui démontrent que Air Canada et Canadien sont les transporteurs dominants au Canada, et que la faillite de Canadien signifierait une diminution notable de la concurrence. Parmi ces autres preuves, on peut citer: (1) le témoignage par affidavit d’expert qu’en 1991, si on compte aussi leurs affiliés, Air Canada accaparait 55 p. 100, et Canadien 39 p. 100, du marché intérieur des vols réguliers (dossier d’appel, XLV, à la page 11274); (2) le témoignage d’expert que la part de la capacité intérieure globale au Canada est de 52 p. 100 et de 43 p. 100 respectivement pour Air Canada et Canadien (Transcription des débats, XVI, à la page 3076); (3) le témoignage du président honoraire d’Air Canada selon lequel si Canadien fait faillite, Air Canada serait débarrassée d’un [TRADUCTION] «grand concurrent» (*ibid.*, à la page 3076); (4) le témoignage d’expert qu’une faillite de Canadien signifierait une diminution notable de la concurrence sur le marché intérieur du transport aérien si d’autres compagnies ne viennent pas prendre la relève (*ibid.*, à la page 2966) et qu’en ce cas, Air Canada serait le transporteur dominant sur toutes les lignes intérieures du Canada (*ibid.*, à la page 2976). Bien que ces témoignages portent pour la plus grande partie sur la situation d’ensemble du pays et non sur des lignes spécifiques, les faits rapportés, en particulier à la lumière du dernier témoignage cité, constituent la base sur laquelle le Tribunal peut s’appuyer pour appliquer les mêmes statistiques à toutes les grandes liaisons intérieures.

h Force m’est de conclure que le Tribunal n’a pas fondé ses conclusions sur des preuves admises à tort, et que ces conclusions sont amplement justifiées par des preuves dont l’admissibilité est incontestée.

i Nous avons aussi demandé aux parties de débattre pleinement les pouvoirs de redressement du Tribunal. L’argumentation a porté surtout sur la question de savoir si, dans le cadre de l’article 106, le Tribunal est confiné à ce que le directeur appelle les [TRADUCTION] «mesures de réparation au marteau-pilon» pré-

or whether its power to “vary” an order under section 106 should be given its normal extension. I have already ruled on that aspect of the remedies question.

As to its jurisdiction to make compensatory awards, the Tribunal said:

There is no jurisprudence to guide the Tribunal on the nature and scope of our power, in varying orders, to impose terms that modify contractual obligations. We start with the premise that our role is to protect the public interest in competition, and not to provide contractual remedies for private parties—a matter clearly left to the courts. It seems consistent with Parliament’s grant of authority to the Tribunal to interfere in a proper case with contracts that have an anti-competitive effect, that we may thereby render such contracts unenforceable. It is also reasonable to assume that Parliament did not intend the Tribunal to provide for compensation when acting in the public interest it deliberately ruptures private contracts. Therefore, we do not believe we would have authority to award compensation for the loss by Gemini or others of future benefits that would have arisen under the hosting contract had it not been terminated under authority of a Tribunal order. Whether private law contractual remedies might nevertheless be available in the superior courts of the provinces is not for us to determine.

We would think it reasonable, however, that in pursuit of the public interest the Tribunal can, in allowing a private party unilaterally and to its own commercial advantage to terminate its contract, impose conditions which will both facilitate that termination and make it less harmful to the other parties. Taking this approach we would regard it within our implicit powers, and to represent a fair balance between public and private interests, to order that Canadian, if allowed to terminate the hosting contract, be obliged to pay certain of Gemini’s costs arising from the termination and dehosting. Those costs are described below. At the same time, Gemini would be required to take the necessary steps to enable Canadian to achieve dehosting.

I wholly agree that the Tribunal’s viewpoint should be that of the public interest and not that of the private parties involved. In fact, I believe the Tribunal majority erred earlier in the reasons when it failed adequately to distinguish the public perspective of the Director from that of a private party, when it wrote:

vues à l’article 92, ou s’il faut donner son extension normale au pouvoir de «modifier» qu’il tient de l’article 106. J’ai déjà prononcé sur cette facette de la question des mesures de réparation.

^a En ce qui concerne sa compétence pour ordonner un dédommagement, le Tribunal est parvenu à la conclusion suivante:

^b Il n’existe pas de jurisprudence qui guiderait le Tribunal sur la nature et la portée du pouvoir que nous avons, lorsque nous modifions des ordonnances, d’imposer des conditions qui ont pour effet de changer les obligations contractuelles. Nous partons du principe que notre rôle consiste à protéger l’intérêt public en matière de concurrence plutôt que d’ordonner des mesures de redressement contractuelles aux parties privées, question qui relève clairement des tribunaux. Le pouvoir que le Parlement a accordé au Tribunal nous semble compatible avec celui d’intervenir, dans un cas approprié, dans des contrats qui ont des conséquences anticoncurrentielles de façon à rendre ces contrats inapplicables. Il est également raisonnable de présumer que le Parlement n’avait pas l’intention d’autoriser le Tribunal à ordonner un dédommagement lorsque, agissant dans l’intérêt public, il rompt délibérément des contrats d’intérêt privé. En conséquence, nous ne croyons pas que nous serions habilités à accorder un dédommagement à l’égard de la perte, pour Gemini ou pour d’autres, des avantages ultérieurs que le contrat de prestation de services leur aurait apportés s’il n’avait pas été résilié en application d’une ordonnance du Tribunal. Il ne nous appartient pas de déterminer si les cours supérieures des provinces peuvent néanmoins accorder des mesures de redressement de nature contractuelle dans le domaine du droit privé.

^f Toutefois, il nous apparaît raisonnable de dire que, compte tenu de son rôle lié à la protection de l’intérêt public, le Tribunal peut, lorsqu’il permet à une partie privée de résilier de façon unilatérale et à son propre avantage son contrat, imposer des conditions qui facilitent cette résiliation et atténuent le préjudice causé aux autres parties. De ce point de vue, et pour atteindre un juste équilibre entre les intérêts publics et privés, nous croyons que nous avons implicitement le pouvoir d’ordonner à Canadian, si elle est autorisée à résilier le contrat de prestation de services, de payer certains des frais de Gemini qui découlent de la résiliation et du transfert de la prestation de services. Ces frais sont décrits ci-après. Gemini serait cependant tenue de prendre les mesures nécessaires pour permettre à Canadian de procéder au transfert de la prestation de services.

ⁱ Je conviens entièrement que le Tribunal devrait envisager l’affaire du point de vue de l’intérêt général, et non de l’intérêt des parties privées en cause. En fait, je pense que par le passage antérieur des motifs de sa décision majoritaire, le Tribunal a commis une erreur faite d’avoir distingué convenablement le point de vue public du directeur et celui d’une partie privée:

At the core of this issue is the extent of the right that should be accorded to any party to a consent order, including the Director, to resile from a settlement of litigation because that settlement has turned out, for reasons unforeseen at the time, to be less advantageous than expected to the interests of a party of the public. In short, how much risk should parties to a settlement by consent order be expected to bear? In 1989 the parties here agreed to, and the Tribunal approved, an arrangement which implicitly permitted, but did not require, the continuation of the Gemini partnership until at least 1997 and the continuation of the hosting of both airlines in Gemini until 1999. At about the time of the issuance of the Consent Order, and one must assume in reliance on the terms of that order, the two airlines voluntarily entered into a new hosting contract which again involved a commitment to hosting in Gemini until at least 1999. These commitments involved business risks which the commercial parties assumed without any reference to the Tribunal. To what extent should the Tribunal now be at liberty, against the will of other parties to these contracts, to rescue the Director from his own assessment of the risks to the public interest, or Canadian from its assessment of its business risks?

The first-cited passage is a healthy corrective to the immediately above view.

Air Canada agreed with the Tribunal's lack of jurisdiction to make compensatory awards, but found that the relief the Tribunal would provide by ordering Canadian to pay certain of Gemini's costs arising from the termination and dehosting to be inconsistent with that premise as a partial compensatory award.

In my view, the Tribunal was correct in ruling that it could not make compensatory awards as such. However, the terms it would have established with respect to the transition of Canadian's hosting from Gemini to Sabre would not be made as compensatory awards but in order to achieve the object of the variation. These terms were not all in the form of payments, but included setting the appropriate notice period, and requiring Gemini to cooperate in the transition (at Canadian's expense), as well as requiring Canadian to pay Gemini's actual costs of downsizing and actual unsheddable costs attributable to the hosting of Canadian. These terms were to my mind within the Tribunal's mandate, and in accordance with what the Tribunal itself had assumed in *Canada*

L'essentiel de cette question est de savoir jusqu'à quel point une partie à une ordonnance par consentement, y compris le directeur, devrait avoir le droit de résilier un règlement d'un litige parce que ce règlement est devenu, pour des raisons non envisagées à l'époque, moins avantageux que prévu pour les intérêts d'une partie ou du public. Bref, quelle est l'ampleur des risques que les parties à un règlement sous forme d'ordonnance par consentement devraient être prêtes à supporter? En 1989, les parties aux présentes ont accepté et le Tribunal a approuvé une entente permettant implicitement, sans l'exiger, l'existence de la société en commandite Gemini au moins jusqu'en 1997 et le maintien des liens de prestation de services entre les deux transporteurs aériens et Gemini jusqu'en 1999. Vers la date à laquelle l'ordonnance par consentement a été rendue, les deux lignes aériennes ont conclu volontairement, en se fondant sans doute sur les conditions de cette ordonnance, un nouveau contrat de prestation de services par lequel elles s'engageaient à demeurer liées à Gemini au moins jusqu'en 1999 en ce qui a trait à la prestation de services. Ces engagements comportaient des risques commerciaux que les parties commerciales ont assumés sans recourir au Tribunal. Dans quelle mesure le Tribunal devrait-il maintenant être habilité, contre la volonté des autres parties à ces contrats, à libérer le directeur de sa propre évaluation des risques pour l'intérêt public ou à libérer Canadian de son évaluation de ses risques commerciaux?

Le passage cité un peu plus haut est le rectificatif indiqué pour l'opinion ci-dessus.

Air Canada convient que le Tribunal n'a pas compétence pour ordonner le dédommagement, et estime que le redressement qu'il accorderait en ordonnant à Canadian d'assumer certains frais subis par Gemini par suite de la résiliation du contrat et du transfert du service de gestion interne ailleurs serait un dédommagement partiel, ce qui serait contraire à ce principe.

À mon avis, le Tribunal a correctement conclu qu'il ne pourrait accorder un dédommagement proprement dit. Cependant, les conditions qu'il aurait imposées au transfert du service de gestion interne de Canadian de Gemini à Sabre ne constitueraient pas un dédommagement, mais viseraient à réaliser l'objet de la modification. Ces conditions ne revêtaient pas toutes la forme de paiements mais comprenaient aussi la fixation du délai de préavis, l'obligation faite à Gemini de coopérer au transfert (aux frais de Canadian), de même que l'obligation faite à Canadian de rembourser à Gemini les frais effectivement subis pour la compression ainsi que les frais irréductibles tenant au service de gestion interne de Canadian. Ces conditions relevaient bien à mon avis de la compé-

(*Director of Investigation and Research, Competition Act*) v. *Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Comp. Trib.), as interpreted by Reed J. in her reasons for the consent order, *supra*.

Compensation as such, however, is not within the Tribunal's jurisdiction, and so it does not have the authority to impose the additional terms proposed by IBM Canada Ltd. (IBM) as such, although to the extent that the leases and financial payments for which Gemini is contractually obligated to pay IBM could turn out to be unsheddable costs no longer necessary to Gemini after the dehosting of Canadian, they might be indirectly covered.

V

The appeal should therefore be allowed with costs and the order of the Competition Tribunal dated April 22, 1993, varied pursuant to the powers vested in this Court by subparagraph 52(c)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to give the decision that should have been given by the Tribunal. The hosting contract should be varied so as to allow Canadian to dehost from Gemini on the following terms and conditions: (1) that Canadian be required to give at least twelve months' notice of termination to Gemini; (2) that Canadian be required to reimburse Gemini for any costs incurred by Gemini in the dehosting process and any cash costs incurred by Gemini in meeting, and terminating as soon as reasonably possible, expenditures no longer necessary after the shift in the hosting of Canadian to Sabre; (3) that Gemini be required to cooperate in the transfer of Canadian's hosting to Sabre; (4) that in the event of disagreement as to the amounts to be paid by Canadian, any party may apply to the Tribunal for a determination of the amount. The cross-appeal should be dismissed, with no additional costs.

tence du Tribunal, elles étaient conformes à ce que le Tribunal lui-même avait présumé dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence)* c. *Palm Dairies* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Trib. conc.), ainsi que l'a interprété Madame le juge Reed dans les motifs de l'ordonnance par consentement, *supra*.

Le Tribunal n'a cependant pas compétence pour ordonner un dédommagement proprement dit, il n'a donc pas compétence pour imposer les conditions supplémentaires mêmes qu'a proposées IBM Canada Ltd. (IBM), bien que dans la mesure où les droits de concession et redevances que Gemini est tenue par contrat de payer à IBM pourraient être des frais irréductibles et inutiles pour Gemini, il soit possible d'y pourvoir indirectement.

V

Je me prononce pour l'accueil de l'appel et pour la modification de l'ordonnance en date du 22 avril 1993 du Tribunal de la concurrence, conformément au pouvoir que la Cour tient du sous alinéa 52c)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] pour rendre la décision que le Tribunal aurait dû rendre. Il faut modifier le contrat de gestion interne de façon à permettre à Canadien de retirer son service de gestion interne de Gemini aux conditions suivantes: (1) Canadien doit donner à Gemini un préavis de résiliation d'au moins douze mois; (2) Canadien doit rembourser à Gemini tous les frais occasionnés par l'opération de retrait ainsi que les frais que Gemini aurait à assumer pour couvrir les dépenses qui ne seraient plus nécessaires après le transfert du service de gestion interne de Canadien à Sabre, lesquelles dépenses devraient cesser le plus tôt possible; (3) Gemini doit coopérer au transfert du service de gestion interne de Canadien à Sabre; (4) en cas de désaccord sur les sommes à payer par Canadien, n'importe quelle partie pourra demander au Tribunal de les fixer. Je me prononce enfin pour le rejet de l'appel incident, sans frais supplémentaires.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

AGRICULTURE

Action to determine whether Canadian Wheat Board Regulations, ss. 15, 16.1, permitting trading in barley interprovincially or to or from U.S.A. without licence, *ultra vires* and of no force and effect—Issue whether Governor in Council may, by regulation, in effect, deregulate interprovincial marketing of barley and export and import of barley to or from United States—Canadian Wheat Board Act, s. 47 (originally s. 29A) giving Board exclusive control over interprovincial and international trading of oats and barley by permitting Governor in Council by regulation to extend application of Act, Parts III and/or IV to oats and/or barley—Parts III, IV establishing Board's exclusive control over interprovincial and export marketing and import of wheat—S. 47(2) providing where Governor in Council extending application of any Part of Act, provisions of that Part deemed to be reenacted—No other changes to Parts III, IV authorized—Governor in Council not vested with authority to amend Parts III and IV—By 1949 Governor in Council acting on annual basis by regulation to extend Parts III, IV to oats, barley—Inference Governor in Council could act by regulation to extend Board's exclusive control over marketing of oats, barley, but if chose not to do so, Board not having control over oats, barley for that year and until Governor in Council again extending application of Parts III, IV—Extension of Parts III, IV to oats, barley regulatory action, not analogous to promulgation of statute—Regulatory power not spent once acted upon by Governor in Council—Interpretation Act, s. 31(4) providing power to make regulations including power to repeal, amend or vary regulations—Governor in Council therefore able to repeal extension of Parts III, IV—Regulations, s. 9 extending Parts III, IV to barley—Canadian Wheat Board Act, s. 45 giving Board exclusive control over interprovincial and international marketing of wheat and by extension of Part IV, of barley, except as permitted under regulations—S. 46 conferring on Governor in Council regulation-making authority in respect of interprovincial and export trade in wheat, barley—Primarily dealing with provisions for granting licences to persons other than Board—No wheat or barley may be marketed interprovincially or internationally except by Board or person licensed by Board—Impugned regulations permitting trading in barley interprovincially or to or from U.S.A. without licence—Action allowed—Canadian Wheat Board Regulations, ss. 15, 16.1, declared *ultra vires* and of no force and effect—"Except as permitted under the regulations" in Act, s. 45 not conferring

AGRICULTURE—Continued

regulation-making authority on Governor in Council—Only creating potential or possibility for persons other than Board to trade in barley—S. 46 not conferring on Governor in Council power to authorize export or import of barley to or from U.S.A. without licence and by implication interprovincial trading of barley without licence—Governor in Council purporting to remove from regulatory regime of Act interprovincial trade in barley and export and import of barley to and from U.S.A.—Cannot dispense with requirement for licence altogether when statute conferring regulation-making authority expressly contemplating regulations providing for granting of licences—S. 47 regulation-making power merely conferring power to extend application of Parts III, IV to barley—Parts III, IV cannot be changed by regulation because when extended to barley deemed reenacted in Part—No scope for Governor in Council, in regulations authorized to make under s. 47, to allow for interprovincial trading in barley or export or import of barley to or from U.S.A. without licence—S. 61 permitting Governor in Council to make regulations for any purpose for which regulations may be made under Act—S. 61 not regulation-making authority on own—Must be read with other provisions allowing for making of regulations—Although s. 47 and Interpretation Act, s. 31(4) conferring on Governor in Council power to revoke extension of Parts III, IV cannot deregulate partially—When Parts III, IV extended to barley deemed reenacted—Partial deregulations implying amendment of Parts III, IV—Beyond authority of Governor in Council to amend Parts III, IV—Parliament permitting Governor in Council to decide only whether or not interprovincial and export trade in barley should be subject to same regulatory regime as wheat—Whether proceedings should be by way of application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1 or by way of action and statement of claim—Definition of "federal board, commission or other tribunal" including any body exercising powers conferred by Act of Parliament—When acting pursuant to statute Governor in Council federal board—Originating notice under s. 18.1 only correct way to challenge decision or order of Governor in Council made pursuant to statutory authority—Federal Court Act, s. 18 providing proceedings against Attorney General of Canada for declaratory relief in respect of decision or order of federal board, commission or other tribunal to be brought by application for judicial review under s. 18.1—No distinction in definition or in s. 18 excluding from s. 18 Governor in Council or any other federal board

AGRICULTURE—Concluded

when acting in legislative capacity—No explanation why Parliament would have intended legislative acts of federal boards, commissions or other tribunals to be challenged by action while judicial, quasi-judicial or administrative decisions or orders should be challenged by way of judicial review—As 1992 amendments to Federal Court Act intended to clarify, simplify proceedings in Federal Court, Parliament not intending subtle distinction between manner of challenging legislative actions and actions of judicial, quasi-judicial or administrative nature—Canadian Wheat Board Regulations, C.R.C., c. 397, ss. 9 (as am. by SOR/89-282, s. 1), 14 (as am. by SOR/89-281, s. 4; 86-160, s. 1), 15 (as am. by SOR/89-281, s. 5; 93-360, s. 2)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(4)—Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 45, 46 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 60), 47, 61—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 17(3)(b), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as am. *idem*, s. 5)—The Canadian Wheat Board Act, 1935, S.C. 1935, c. 53, s. 29A (as enacted by S.C. 1948, c. 4, s. 5).

SASKATCHEWAN WHEAT POOL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1962-93, Rothstein J., decision dated 10/9/93, 23 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Immigration Inquiry Process*

Application to set aside Adjudicator's decision issuing removal order on grounds refusal of request for adjournment denying applicant right to counsel—Although receiving notice of inquiry respecting removal in January 1992, applicant appearing at hearing in March with letter from counsel indicating unavailable that day—No explanation or grounds for request for adjournment—Inquiry flowing from inquiry earlier adjourned when refugee claim made—No discretion in Adjudicator—Applicant arguing surrounding circumstances immaterial when Tribunal, in refusing adjournment proceeds in absence of counsel—Submitting right to counsel absolute, counsel's absence vitiates tribunal's decision and new hearing should be ordered—Application dismissed—Right to counsel no more absolute than right of tribunal to determine own process—If conflict between two rights, for right to counsel to prevail, regard must be had to surrounding circumstances to determine if applicant suffering any prejudice—Right to counsel adjunct to doctrine of natural justice and fairness, to rule *audi alteram partem*, to rule of full answer and discovery and to similar rules developed to assure rights of any person subject to any inquiry to be determined according to law—Unless breach of any such rule resulting in some prejudice, refusal to adjourn not depriving tribunal of jurisdiction or grounds to quash decision—No prejudice herein—Removal order *pro forma* where Adjudicator, on basis of report before him bereft of any discretion—Putting applicant at liberty at own recognition, instead of requiring posting of security, most Adjudicator could do—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 30 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 9)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 10.

ASOMADU-ACHEAMPONG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1882-92, Joyal J., order dated 27/9/93, 5 pp.)

Removal of Visitors

Application for judicial review of immigration officer's decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant processing applicant's request for landing pursuant to Immigration Act, s. 114(2)—Applicant Sri Lankan Tamil from Jaffna district—Arriving in Canada via U.S.A.—Denied refugee status in March, 1992—In May, 1992 gave birth to son—Father of child unable to sponsor her because still married—Divorce proceedings commenced—Applicant alleging (1) immigration officer's conclusion unreasonable, discretion fettered based on statement in immigration officer's note considered whether applicant would face greater risk than general population and whether would be individually targeted; (2) immigration officer failed to comply with duty of fairness as no interview, oral hearing; (3) decision violated Charter, ss. 7, 12 rights—Application dismissed—(1) Immigration officer's decision reasonable—*Vidal v. M.E.I.* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (F.C.T.D.) holding Immigration Manual guidelines as to assessment of humanitarian, compassionate grounds adequately general and not inhibiting consideration of any factors contributing to "undue hardship"—*Muse v. Canada (Solicitor General)*, 93-T-52, Pinard J., judgment dated 17/8/93, F.C.T.D., holding requirement applicant be at greater risk than anyone else in Somali population fettering immigration officers' discretion by imposing rigid requirement, distinguished—Decision not fettered—Applicant returning to U.S.A., not Sri Lanka—(2) Provided applicant given ample opportunity to set out humanitarian grounds for request, no necessity for interview—Applicant's counsel given opportunity to make written submissions and immigration officer considering submissions—(3) S. 7 engaged when person claiming Canada's protection as Convention refugee or where person facing removal to country where might be threat to security of person—S. 7 protection afforded to applicant as subject of removal order not extended to protection of "family interests" or "family unit", including protection of child—Child benefiting in own right from Charter protection as Canadian citizen—No breach of fundamental justice for same reasons decision reasonable, not fettered—Fact immigration officer considered applicant facing removal to U.S.A. or failed to obtain assurance would not be deported to Sri Lanka not constituting breach of fundamental justice as considered many relevant factors and applicant given ample opportunity to respond—Provided rules of procedural fairness and natural justice adhered to, deportation of refugee claimant to country of origin when determined not to be refugee not cruel or unusual punishment within Charter, s. 12—No evidence of unfairness or unreasonableness on part of immigration officer—Removal of applicant not cruel or unusual punishment or treatment of her or child since decision for child to accompany mother that of parents—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

(U.K.) (R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44), s. 7—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 114(2).

SELLAKKANDU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-2029, Denault J., order dated 13/10/93, 8 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application to review and set aside Immigration and Refugee Board decision, exercising equitable jurisdiction under Immigration Act, s. 77(3)(b) granting respondent permanent residence in Canada—Respondent previously deported from Canada, could not be readmitted without Minister's consent—Whether Board's equitable jurisdiction to grant relief under s. 77 sufficiently wide or unqualified to override ministerial consent requirements under particular provisions of s. 55—Facts revealing sufficient humanitarian or compassionate grounds to prompt Board to grant landing to respondent—Immigration Appeal Division faced with appeal where special relief only relief available—Member of family class not meeting requirements of Immigration Act and Regulations by reason of s. 55—Exercise of Appeal Division's equitable jurisdiction may include waiver of any statutory or regulatory requirement—Equitable jurisdiction under s. 77 can only be exercised where requirements of sponsor or applicant found wanting—Minister's consent under s. 55 one of several requirements Appeal Division may waive under equitable jurisdiction—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 55, 77 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 10, s. 6; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33).

CANADA (SOLICITOR GENERAL) V. KAINTH (IMM-1354-93, Joyal J., order dated 12/10/93, 6 pp.)

Motion to dismiss application for judicial review for failure to obtain leave of Court under Immigration Act, s. 82.1—Respondent failing to process applicants' request for permanent resident status despite continuous requests—Applicants seeking mandatory order under Federal Court Act, s. 18 directing respondent to grant them landing as permanent residents—Leave of Court not sought by applicants under s. 82.1—Ss. 18 and 18.1 listing remedies of judicial review—Both provisions maintained in force to avoid necessity of referring expressly to prerogative or extraordinary remedies when party applies for judicial review—Applicants not entitled to commence proceedings without obtaining leave of Court—Motion allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 82.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 53)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

AHMED V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-3226-93, Nadon J. order dated 28/9/93, 5 pp.)

Immigration Act, s. 69(7) providing adjourned proceedings before Refugee Division may be resumed before any member(s) provided subject of proceedings and Minister consent or if no substantive evidence adduced before adjournment—At commencement of hearing Refugee Division receiving documentary evidence including personal information form (PIF)—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Appellant sworn and attested to corrections to PIF—Hearing adjourned and reconvened before differently constituted panel—Appellant objecting to matter proceeding—Panel proceeding *de novo*—Documentary evidence introduced afresh—Appeal dismissed—Although evidence received by first panel "substantive", within second panel's jurisdiction to deal with matter *de novo*—S. 69(7) governing resumption or continuation of hearing—Not precluding constitution of hearing *de novo*—No prejudice to appellant in procedure followed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 67(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18), 68(2) (as am. *idem*), 69(7) (as am. *idem*).

HERNANDEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-547-90, Mahoney J.A., judgment dated 6/10/93, 2 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application to set aside Convention Refugee Determination Division decision applicant not Convention refugee—Applicant alleging Board's decision applicant not credible witness based on misconstructions of evidence, disregard of evidence, improper inferences—Trial Division not applying higher standard than Court of Appeal as to kind of circumstances under which evidentiary findings or conclusions drawn therefrom by board will be set aside—Applicant suggesting Trial Division requiring findings on evidence be "perverse" before can be successfully challenged—Reference to perversity merely example of kind of circumstance in which Board's decision will be set aside—Federal Court Act, s. 18.1(4)(d) providing Trial Division may grant relief if satisfied federal board based decision on erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner or without regard for material before it—Disjunctive conditions under which decision will be set aside—S. 18.1(4)(c) providing relief may be granted when board erred in law in making decision or order, whether or not error appearing on face of record—S. 18.1(4)(c), (d) codifications of common law principles of judicial review—Courts long prepared to characterize findings of fact unsupported by adequate evidence as errors of law—S. 18.1(4)(d) right of review broader than traditional "no evidence" test—Encompasses setting aside unreasonable tribunal decisions—Proper test for setting aside Board decisions on basis of erroneous findings of fact to ask whether unreasonable on basis of all evidence—Two classifications of findings of fact: findings of primary facts (whether physical phenomenon occurred) and inferences of fact drawn from primary facts—While reluctant to interfere with findings of primary facts, appellate court in equally good position as tribunal to make inferences from primary facts based on common experience of mankind—Application allowed—Large number of misconstructions or inferences drawn by Board not obvious from evidence and tainting whole decision.

SINGH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-888-93, Reed J., order dated 8/10/93, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Application to stay CRDD proceedings pending disposition of application challenging decision of Backlog Office—In 1992 applicant found to have credible basis for refugee status claim—As member of backlog entitled to apply for permanent residence without proceeding to full hearing of claim by CRDD—Need only prove existence of some credible or trustworthy evidence on basis of which CRDD might find in applicant's favour—To succeed before CRDD applicant must convince tribunal in fact Convention refugee—Application for landing dated June 1992 denied in April 1993—Application for leave to have that decision judicially reviewed, as made by reference to changes in law occurring on February 1, 1993, instead of by reference to earlier legislative provisions, granted—Application for stay granted—Serious issue before Court as leave to proceed with judicial review granted—Court's authority to make interim orders pursuant to Federal Court Act, s. 18.2 including authority to stay proceedings of tribunal when Court considering it appropriate to do so—Heavier burden of proof if stay not granted constituting irreparable harm to applicant—Balance of convenience favouring applicant—Stay of CRDD proceedings neither opening floodgates nor setting precedent which seriously undermines operation of system—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

KANES v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1918-93, Reed J., order dated 28/9/93, 5 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee by reason of well-founded fear of persecution on grounds of political opinion, race or membership in particular social group—Applicant Ugandan of Arab origin and Muslim faith—Applicant's father killed by National Resistance Army (NRA) in October 1986—Applicant arriving in Canada in June 1989 and claiming refugee status—Board finding applicant's fear of persecution on ground of political opinion not well-founded—Whether applicant's fear objectively based as required by law—Applicant and family subject to great amount of personal random violence—Frequency of run-ins between applicant, family and NRA suggesting applicant did suffer persecution at hands of NRA—Board not using proper test in deciding whether applicant could base fear of persecution on political opinions—Applicant's evidence showing unwillingness to avail of protection of own country by reason of fact Museveni government condones or at least tolerates activities of soldiers—Museveni government unable to protect applicant—Board's finding Uganda not condoning or tolerating extra-judicial killings and violence against private citizens by members of military perverse—Application allowed.

AHMED v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-6824, Nadon J., order dated 8/10/93, 10 pp.)

Persons with Temporary Status

Application for judicial review of refusal of application for permanent residence from within Canada on basis marriage for

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

purposes contrary to Immigration Regulations, 1978, s. 4(3) and applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(2)(d)—Applicant citizen of South Africa—Marrying permanent resident two weeks after arrival in Canada—After husband signing undertaking of assistance on behalf of wife, authorization issued by order in council permitting applicant to apply for landing from within Canada—Upon receipt of information marriage one of convenience, investigation into *bona fides* thereof initiated—Aunt providing letters indicating applicant wanted assistance in getting into Canada by way of fraudulent employment guarantee or fiancé and making negative comments about future husband—During third interview applicant and husband each signing declaration marriage one of convenience—Husband withdrawing undertaking of assistance—Application dismissed—Cases distinguished indicating issuance of special authorization granting right to be landed as applications therein indicating applicant met all requirements of Act and/or application for landing already considered and decided—Request for order in council herein stating applicant "may meet other requirements of Act and Regulations"—Request not final determination of application for landing and applicant "may meet other requirements" only once properly assessed—Issuance of order in council not purporting to prevent application of Regulations, 1978, s. 4(3) or Act, s. 19(2)(d)—Until final determination on whether applicant meeting requirements for landing, applicant susceptible to investigation of *bona fides* of marriage—Immigration officer acting within jurisdiction in reviewing applicant for landing after special authorization issued and after undertaking of assistance purportedly withdrawn—Evidence not indicating statutory declarations obtained under duress or as result of coercion—Detailed affidavits of immigration officers, supported by interview notes, indicating standard procedures followed, applicant and husband aware of rights, implications of decisions at all times—No breach of Charter, s. 7—No reasonable apprehension of bias—When interviews took place, evidence marriage one of convenience, but applicant given opportunity to respond to allegations applicant already determined to meet necessary requirements—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9, 19(1)(d), 114(2)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3) (as am. by SOR/84-140, s. 1)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

PILLAY v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1283-92, Denault J., order dated 8/10/93, 8 pp.)

COPYRIGHT

Appeal from A.S.P.'s order striking out statement of claim as disclosing no cause of action—Action alleging copyright infringement—Plaintiffs alleging purchased rights to design by French citizen used in carpets and carpet tile in 1989—Design first published in U.S. in 1989—Copyright registered in Canada in 1992—Alleging defendant installed carpet tile incorporating design at Calgary International Airpor in 1991 and recently contracting to supply and install more of such car-

COPYRIGHT—Concluded

pet tile at airport—Copyright Act, s. 5 providing copyright in artistic works subsisting in Canada if author at date of making of work citizen or subject of foreign country adhering to Berne Convention, and if in case of published work, work first published within that foreign country—France, Canada and U.S.A. adhering to Berne Convention—A.S.P. holding s. 5 requiring work to be first published in foreign country of which author citizen or subject as mentioned previously in subsection—Holding French version referring to "*l'un de ces pays étrangers*" having same meaning as referred to "*l'un*", not "*un*"—Appeal allowed—Use of "*that*" in English version must refer to single foreign country referred to previously, i.e. country in "*a citizen or subject of a foreign country*"—"L'un" in French version indefinite pronoun, not referring back to particular thing mentioned before—"L" added to "*un*" for purposes of euphony—"L'un" in this context meaning same as "*un*" i.e. "*one of these foreign countries*" adhering to the Convention—As disagreement between two official language versions of statute, other rules of interpretation applied to find Parliament's true intent—English version of Convention referring to publication "*in a country of the Union*"—French version referring to publication "*dans un pays de l'Union*"—Both versions consistent with each other and with French version of s. 5 of Act—Therefore French version of s. 5 preferred—"L'un des pays" in Convention translated as "*any of the countries*", consistent with conclusions as to true equivalent of "*l'un de ces pays étrangers*" in Act, s. 5—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 5, Schedule II—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

MILLIKEN & CO. V. INTERFACE FLOORING SYSTEMS
(T-3016-92, Strayer J., order dated 7/10/93, 6 pp.)

FISHERIES

Claim for payment of proceeds of sale of fish—Corporate plaintiff owner and operator of ship "Ocean Swell"—Individual plaintiff President of corporate plaintiff and majority shareholder thereof—Corporate and/or individual plaintiffs holder of 1988 fishing licence for ground fish—Government form showing company as holder, but document signed by individual plaintiff—On September 17, 1988 fishery officers seizing plaintiffs' fish based on belief caught contrary to Fisheries Act, Atlantic Fishery Regulations—Owners of fish plant informed fish under seizure—Fish plant agreeing to purchase fish—Hours later fish plant owner informing officers would advise individual plaintiff fish had been seized—Seizure report naming individual plaintiff as "accused", despite existence of box labelled "persons unknown"—Both plaintiffs charged with failing to make returns in respect of Act, s. 48 demands and with failing to comply with condition of fishing licence as to quantity of fish permitted to be taken under Regulations, s. 33(2)—Corporate plaintiff found guilty in respect of s. 48 charge, fined \$3,000, fishing privileges suspended for 30 days—S. 33(2) charges withdrawn as variation order imposing quota condition illegal for not complying with Official Languages Act—S. 58(6) providing seized fish becoming property of Crown when at time of seizure, ownership of fish cannot be ascertained—Pursuant to s. 58(6) form of seizure and forfeiture in the Queen v. person or persons unknown issued on

FISHERIES—Continued

December 29, 1989—First time indication that upon seizure on September 17, 1988 fish forfeited to Her Majesty as "at the time of the seizure" could not ascertain ownership of fish—Whether ownership of fish ascertainable at time of seizure—Corporate plaintiff's claim allowed—Although no reported cases directly on point, several cases reviewed to illuminate purpose and intent of Act—When federal Crown obtaining conviction against identified party, forfeiture always occurring under s. 58(5) i.e. when Crown knows or believes it knows identity of person responsible for infraction, appropriate process for Crown to charge that person and if conviction obtained, in addition to penalty, forfeiture may be ordered under s. 58(5)—S. 58(6) used only when ownership not "ascertainable" at time of seizure—S. 58(6) needed to allow Crown to dispose of ownerless goods seized in suspicion of violations of Act to avoid accumulation of unmanageable inventory—Ownership of fish ascertainable at time of seizure—Fishery officer knew individual plaintiff "quite well"—Also knew he was "customary" captain of vessel—Officer testified "no doubt in his mind who owned the vessel"—Officers knew original of fishing licence had to be kept on board vessel and copy of licence in possession of Department—Although authorized to enter vessel's wheel house and examine fishing licence, ship's registration documents officer not doing so—Had officers examined fishing licence, ship's registration documents would have ascertained, ship owned by corporate plaintiff and fishing licence in name of either plaintiff—Fish plant owner's reference to individual plaintiff leading to belief in all likelihood individual plaintiff owner of fish—If any doubts as to identity of accused, could have marked box "unknown" on seizure report—Forfeiture will occur if seizing officers unable, by reasonable means, to find out who owns seized property—"At the time of the seizure" not interpreted strictly, but as meaning "at about the time of the seizure"—Fishery officers not making any attempt to ascertain ownership of fish—Plaintiffs not seeking relief against statutory forfeiture, but determination of whether forfeiture occurred—Forfeiture not occurring because seizing officer so decides, but if, according to terms of Act, officer unable to ascertain ownership at time of seizure—No forfeiture herein because ownership of fish ascertainable—Forfeiture could have been obtained under s. 58(5) when corporate plaintiff sentenced—Company as owner of vessel and holder of licence entitled to proceeds of sale of fish—Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 48, 58 (as am. by S.C. 1985, c. 26, s. 109), 59(2)—Atlantic Fishery Regulations, SOR/86-21, ss. 2 (as am. by SOR/88-141, s. 1), 4, 33(2).

GEORGE DENTON & ASSOCIATES LTD. V. CANADA
(T-1388-90, Nadon J., order dated 8/10/93, 23 pp.)

Claim for reimbursement or damages for value of scallops in shell returned to sea on orders of fishery officers—Plaintiff charged with fishing in prohibited area of Bay of Fundy—Boat and catch seized, directed to Digby under escort—Scallops still in shell returned to sea—Plaintiff prosecuted under Atlantic Fisheries Regulations, subsequently acquitted—No forfeiture order issued in relation to vessel or catch seized—Claim in amount of \$3,744 outstanding at time of trial—Whether scallops in shell, stored in ice in boat's hold, alive when returned to water—Evidence indicating fishery officer believed, on reasonable grounds, majority of shell scallops alive when returned to water—Plaintiff's claim depending upon interpretation and

FISHERIES—Concluded

application to present circumstances of Fisheries Act, s. 73(4)—Fishery officer not acting within authority vested under s. 73(4) as scallops not returned to water at time of seizure—Plaintiff ordered to return shell scallops to water only after arrival at wharf, three hours or more after seizure of boat and catch—Conclusion based upon strict interpretation of words in s. 73(4)—Plaintiff entitled to return of things seized or proceeds from sale under s. 73(3) as no conviction or order of forfeiture issued against him—Provisions reflecting concern of Parliament to balance general public interest in conservation of fisheries and interest of individual whose goods seized or anyone else interested in equipment and catch forfeited to Crown—Strict construction of s. 73(4) appropriate in view of purpose of provision—By seizure and disposal of plaintiff's property in circumstances not authorized by Parliament, action of fishery officers resulted in tort of conversion, for which plaintiff entitled to recover full value of scallops in shell—Fishery officer not acting within discretion authorized by s. 73(4), however not breaching duty of fairness owed to plaintiff—No evidence officer acted in bad faith in ordering return of shell scallops to water—Action allowed in amount of \$3,744—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77.

LONGMIRE V. CANADA (T-2461-90, MacKay J., judgment dated 28/9/93, 16 pp.)

FOREIGN TRADE

Application to quash inquiry and report of Canadian International Trade Tribunal on importation of boneless beef originating in countries other than U.S.—Governor in Council directing tribunal by order in council, pursuant to Canadian International Trade Tribunal Act (CITTA), s. 20, to report on whether imports of beef from countries other than the U.S. causing or threatening to cause serious injury to Canadian producers of like or directly competitive products—Tribunal believing record high levels of imported boneless beef would lead to reduction in market share of domestic slaughterers and boners and to suppression of prices for fresh domestic boneless beef leading to reduction in demand for domestic cattle—Finding no serious injury to Canadian producers of like or directly competitive products, but significant increase in imports of boneless beef from countries other than U.S. from February to April 1993 would threaten to cause serious injury to Canadian producers of like or directly competitive products—Recommended tariff rate quota import of boneless beef from countries other than U.S. for three years and quantitative restriction on imports of boneless beef on countries other than U.S.—Applicants contending (1) Tribunal required to consider most substantial source of importation, U.S., as safeguard inquiry under s. 20 bringing into operation CITTA, s. 20.1(3); (2) Tribunal failed to acknowledge goods imported into Canada from sources other than U.S. then being exported from Canada to U.S.; (3) Tribunal failed to consider proper evidence—Application dismissed—(1) Tribunal not exceeding jurisdiction by excluding from its consideration whether imports of boneless beef from U.S., together with all other sources of imports, such as to cause or threaten to cause serious injury to Canadian producers—Tribunal under mandatory duty, imposed by statute, to conduct its inquiry in accordance with terms of reference

FOREIGN TRADE—Concluded

established by Governor in Council—S. 20.1 only applying if Tribunal called upon to make finding as to goods originating in U.S. and goods of same kind originating in other countries—Since Governor in Council specifically excluded goods imported from U.S., s. 20.1 could not apply—(2) Tribunal did consider export of imported beef to U.S.—(3) Tribunal made reasonable forecast of situation based on analysis before it—Not open to Court to review Tribunal's assessment—Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 18, 19, 19.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 52), 20, 20.1 (as enacted *idem*, s. 53), 21 (as am. *idem*, s. 54), 22 (as am. *idem*, s. 55), 23 (as am. *idem*, s. 56), 24, 25, 26 (as am. *idem*, s. 57), 27 (as am. *idem*, s. 58), 28, 29, 30—Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, s. 60(1.2) (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 96)—Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19, s. 5(4.1) (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 117)—Meat Import Act, R.S.C., 1985, c. M-3—Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65—Canada-United States Free Trade Agreement, [1989] C.T.S. No. 3, signed January 2, 1988—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

AUSTRALIAN MEAT & LIVE-STOCK CORP. V. CANADA (INTERNATIONAL TRADE TRIBUNAL) (A-356-93, Desjardins J.A., judgment dated 9/9/93, 11 pp.)

HUMAN RIGHTS

S. 28 application to review and set aside decision of Human Rights Tribunal Canadian Forces, in discharging respondent, engaged in discriminatory practice contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 7(b), 10(a)—Respondent, member of Canadian Forces since 1973, found to be asthmatic following medical reports—In 1984, respondent's case referred to Career Medical Review Board recommending latter be discharged as unfit to perform duties of trade—Complaint filed with Canadian Human Rights Commission alleging discrimination on ground of disability—Commission found to have established *prima facie* case of discrimination—Tribunal finding risk to members of Canadian Forces potential rather than real, complaint by respondent substantiated—Tribunal wrong in concluding individual testing required to determine whether respondent fit to perform duties—Individual testing of respondent carried out herein before decision to discharge him—Canadian Forces' decision based on long and extensive medical history of respondent, including reports of individual testing to determine whether fit to perform duties as soldier—Record unequivocally contradicting suggestion by Tribunal Canadian Forces acted hastily and without consideration of individual circumstances of respondent—All medical experts concluding respondent unfit by reason of condition as bronchial asthmatic to perform duties of soldier—Tribunal committing error of law in reaching decision based on erroneous findings without regard to whole evidence—Canadian Forces having established freedom from asthma *bona fide* occupational requirement for service in Canadian Forces—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7, 10, 15.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ST. THOMAS (A-389-91, Isaac C.J., judgment dated 8/10/93, 14 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from TCC decision taxpayer not entitled to deduct inventory allowance in amount of \$652,754 in 1977 giving rise to non-capital loss for 1976 taxation year—Foundation Agreement entered into by GSW with Canadian General Electric Company Limited (CGE)—GSW entering into Asset Transfer Agreement with Camco as of December 28, 1976 to convey and transfer to Camco assets and properties used by it and subsidiaries in carrying on business of manufacture, sale and servicing of major appliances—Plaintiff one of three named subsidiaries of GSW—By virtue of Indenture made as of January 1, 1977 between plaintiff and GSW, all assets, property and business of plaintiff, including inventories transferred to GSW—Plaintiff claiming inventory allowance under Income Tax Act, s. 20(1)(g)—Whether taxpayer held finished inventory for sale in 1977—Inventory must be dealt with in trading context—Taxpayer having already committed inventory to be sold pursuant to agreements made in 1976—December 28 and September 27 agreements amounting to equitable transfers—Completion of transfer of inventory in 1977 not constituting carrying on business—One of essential elements of s. 20(1)(g) not met as plaintiff not holding tangible property (inventory herein) for sale on January 1—Plaintiff not entitled to deduction with respect to inventory allowance on finished goods portion of inventory—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(g) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14(1)).

GSW APPLIANCES LTD. v. M.N.R. (T-1934-85, McKeown J., judgment dated 1/10/93, 13 pp.)

Failure to keep records—Application to set aside Tax Court decision upholding Minister's decision to disallow deduction of wages claimed to have been paid by partnership—Applicant carrying on farming business with partners which employed seasonal workers who were often transient, illiterate, uneducated—Although employees paid on seasonal basis, sometimes cash advances made to employees for necessities by partners or partnership—Cash advances necessary as such workers often not having bank accounts, making it difficult to cash cheque—At end of season some payroll cheques signed over to partners and redeposited in personal and partnership bank accounts in recognition of advances—Tax Court Judge holding if taxpayer in business failing to keep records, books of account, as required by Income Tax Act, s. 230 cannot expect Revenue Canada to allow claims for expenses—Whether conclusion based on finding applicant not discharging onus to establish on balance of probabilities wages paid or on finding failure to keep proper records fatal to claimed deduction—Application allowed—Conclusion based on failure to keep records—Income Tax Act, s. 230(1) requirement to keep records absolute, but failure to do so resulting in liability to conviction of offence under s. 238(2), not in conclusion unrecorded transaction not occurring—Failure to record transactions handicap to taxpayer seeking to discharge burden of proving took place, but trial judge must decide on balance of probabilities, having regard to all evidence and its credibility whether any, none or all took place—Income Tax Act, S.C.

INCOME TAX—Continued

1970-71-72, c. 63, ss. 230(1), 238(2) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 181).

SIDHU v. M.N.R. (A-871-91, Mahoney J.A., judgment dated 17/9/93, 4 pp.)

PENALTIES

Application for order setting aside M.N.R.'s denial of request for cancellation of interest—Applicant alleging Minister's decision made without regard to facts, i.e. interest levied primarily due to Minister's officers' error, and Minister not observing procedural fairness as interest due to Minister's processing delay—Applicant's clerk making error in arithmetic in determining total income for 1990—Not including annuity payments in calculation of total income on terminal income tax return, although information included and T-4RSP slips attached to return—Notice of assessment issued in September 1991—In October Minister acknowledging receipt of request for clearance certificate—Minister reviewing information and discovering error—Applicant so advised in December and reassessment issued in May, 1992 including \$2,412.04 arrears interest—Income Tax Act, s. 220(3.1) permitting Minister to waive, cancel any interest, penalties payable—Application dismissed—Whether to waive interest otherwise payable within Minister's discretion—Minister not acting unfairly—Applicant given full opportunity to make representations—Minister's delegate exercising discretion having before him relevant facts on which to base decision, including internal guidelines stipulating cancellation or waiver of interest limited to circumstances beyond taxpayer's control—Original error committed by applicant's clerk, not by Minister's officers—Since Canadian income tax system based on self-assessment, Minister's officers should not be blamed for not detecting taxpayer's errors sooner—All steps taken within fairly reasonable time—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, s. 8, s. 5).

FLOYD ESTATE v. M.N.R. (T-3086-92, Dubé J., order dated 30/9/93, 6 pp.)

PRACTICE

Application to review and set aside Tax Court decision made under Income Tax Act, s. 231.4(2) and appointing hearing officer to preside over inquiry into applicant's affairs—S. 231.4(2) provides where Minister authorizing person to make inquiry pursuant to s. 231.4(1) (re: anything relating to administration or enforcement of Act), Minister shall forthwith apply to Tax Court for order appointing hearing officer before whom inquiry will be held—Although Charter-based attack on s. 231.4 crying out to be made in light of fate suffered by adjacent and related sections of Act (see *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *M.N.R. v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.)), applicant expressly declining to do so—Court therefore confined to pure statutory construction—Application dismissed—*Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12 interpreting predecessor provisions, s. 126(4),(8) (prior to 1972)—Holding investigation purely administrative matter which can neither decide nor adjudicate upon anything—Changes effected by 1972 legislation not changing nature of inquiry—Applicant

INCOME TAX—Concluded

having right neither to notice of nor to participate in application made to Tax Court for appointment of hearing officer—Application not subject to any requirements as to form—Tax Court judge alone to decide if materials sufficient to allow him to exercise powers conferred on him by statute—Absent demonstration of prejudice by applicant, six-week delay between ministerial authorization and application to Tax Court not nullifying appointment—Since no question of appointment affecting rights or obligations of applicant, question of administrative duty of fairness not arising—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231 (rep. by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 231.4 (as enacted *idem*)—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 126.

DEL ZOTTO v. M.N.R. (A-318-93, Hugessen, Linden and Robertson J.J.A., judgment dated 9/9/93, 5 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Practice—Motion under Federal Court Act, s. 18.5 to strike out application for judicial review of respondent's decision allowing disclosure of information surrounding lease tender—Multiplicity of proceedings other ground for motion to strike as application for review of decision also brought by Canada Post under Access to Information Act, s. 44—Whether certain documents under physical control of Minister acting as agent for applicant Canada Post under control of Minister within meaning of Access to Information Act—"Appeal" in s. 18.5 meaning review of decision of inferior body by superior court for purpose of testing soundness of decision—S. 18.5 designed to avoid multiplicity of proceedings—Remedy under Access to Information Act, s. 44 involving review in nature of trial *de novo*—S. 18.5 providing effective bar to judicial review proceedings sought by applicant—Jurisdictional issues not to be dealt with separately from appeal questions—Motion granted—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 44—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CANADA POST CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T-284-93, McKeown J., order dated 27/9/93, 6 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Motion for payment out of Court to plaintiff of balance of monies paid into Court representing proceeds from sale of defendant ship—Ship arrested under warrant issued on June 2, 1987—At time of arrest, ship berthed at wharves of Fraser Surrey Docks Ltd. (Fraser Surrey)—Rouleau J. ordering payment out of Court to plaintiff of balance of funds on deposit except sum of \$79,439.90 to remain on deposit in Court until claim of Fraser Surrey resolved—Fraser Surrey claiming monies remaining in Court as expense deemed to be Marshal's expenses—No agreement between Marshal and Fraser Surrey under which Marshal agreed to assume Fraser Surrey's dock charges as Marshal's expenses—Portion of Fraser Surrey's

MARITIME LAW—Concluded

claim relating to period after order by Collier J. dated July 15, 1987 falling within ambit of "necessary and reasonable future expenses"—Terms of paragraph 6 of order not met by Fraser Surrey—Expenses failing to qualify to claim for repayment from Marshal as deemed Marshal's expenses—Whether Fraser Surrey claim qualifies for expense *in custodia legis*—Court allowing defendant ship to remain at Fraser Surrey's pier and permitting services to be rendered—Argument on behalf of Fraser Surrey for special circumstances based on good faith of claimant when services supplied—Fundamental rules as to priorities should not be modified on basis of equitable considerations—Fraser Surrey not acting in reasonable and prudent way to enable other claimants including plaintiff to most effectively protect interests—No special circumstances for granting priority, on equitable grounds, to claim of Fraser Surrey over claim of plaintiff—Motion allowed.

BANCO DO BRASIL v. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (THE) (T-1174-87, Gibson J., order dated 12/10/93, 11 pp.)

NATIVE PEOPLES

Application for interlocutory injunction pending trial of action—Plaintiff elected Chief of Blood Tribe—Defendants elected members of Band Council—Council adopting resolution to proceed to remove Chief from office pursuant to provisions of Blood Tribe Custom Election By-law—Further resolution purporting to suspend plaintiff from office until hearing and final decision as to removal—Chief advised of action by letter, signed by all twelve Council members, stating Chief guilty of neglect of duty, malfeasance, misconduct—Plaintiff applying for interim order and commencing action by statement of claim—Interim injunctive order issued preserving status quo before steps initiated to remove plaintiff from office—Also order directing parties to propose terms for referendum upon which had earlier agreed—Within Court's jurisdiction under Federal Court Act, s. 18 to award relief claimed—*Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792 (C.A.) applied—Band Council "federal board, commission or tribunal" within Federal Court Act, s. 2 definition—Council, whether elected by customary law or under Indian Act, s. 74, having status and authority for purposes of management and governance of Tribe, for purposes recognized by law, under Indian Act—Indian Act, providing for recognition of customary law under which parties claiming offices—S. 2 definition of "council of the band" recognizing Council may be elected either under s. 74 or in accordance with customary law—Customary law recognized as law by reason of federal statutory law, and Council so elected having status in accord with Indian Act—Court also having jurisdiction to award interim orders in interests of justice under s. 18.2—Serious issues raised as to process followed by Council, respective powers of Chief, Council—Irreparable harm in sense harm not redressable in damages if removal of plaintiff from office not restrained pending resolution of differences, or future regular election, or trial—Law concerning wrongful dismissal not applicable to loss of elective office—Plaintiff would have neither claim to damages for wrongful dismissal nor monetary claim for loss of reputation—Balance of convenience favouring continuance of injunctive orders—Irreparable harm to plaintiff if injunction not granted and if he

NATIVE PEOPLES—Concluded

should succeed at trial outweighing harm likely to be caused to defendants if injunction continues and plaintiff unsuccessful—Strained working relations not “inconvenience” entailed in balancing potential harm—Routine administration of Tribe can continue as it has since first injunction issued—Continuing injunction preserving status quo providing time for parties to reflect upon responsibilities, interests in serving Tribe through offices to which elected; also time to consider means and procedures to resolve differences—Unless parties agreeing on facts, thus permitting trial without usual pre-trial preparations, trial not anticipated before next general election in 18 months—Therefore inappropriate to grant injunction maintaining status quo pending trial i.e. uncertain future date—Injunction preserving status quo issuing until November 2, 1993—General terms of previous orders of Court still applicable—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2, 74—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.2 (as enacted *idem*, s. 5).

FRANK V. BOTTLE (T-657-93, MacKay J., order dated 29/6/93, 19 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Motions by counsel for plaintiff and defendant requesting costs on behalf of respective clients—Various offers of settlement exchanged between parties in 1990—At trial, plaintiff awarded damages in amount of \$127,392.13 plus interest, totalling \$190,660.83 as compared to \$167,000 paid into court by defendant—Plaintiff successful in obtaining judgment for damages—Defendant also successful in convincing Court damages should be mitigated more substantially—Success divided—Verbal offer of \$300,000 made by defendant to plaintiff in 1990 should not be taken into account as R. 344(3)(g) expressly refers to “any offer of settlement made in writing”—Defendant’s written offer of settlement and payment into Court less than plaintiff recovered, should not be taken into account in assessment of costs—In view of divided success, each party should assume own costs—No award of costs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344.

REDPATH INDUSTRIES LTD. V. FEDERAL CALUMET (THE) (T-1051-90, Rothstein J., order dated 18/10/93, 5 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Application to strike out statement of claim under R. 419 or to strike paragraphs 14, 15 and 16—Claim for malicious prosecution at issue—Pleadings related to malicious prosecution should not be struck out—Sufficient if prosecution accounted for by imputing improper motive to defendants—As to cause of action based on negligence. Alberta Court of Appeal holding in *German v. Major et al.*, (1985) 20 D.L.R. (4th) 703 prosecuting counsel cannot be liable in negligence to accused with respect to manner in which prosecution carried out as no duty of care owed by prosecutor to accused—Crown prosecutors owing duty to Crown and to public in carrying out duties

PRACTICE—Concluded

but not to accused—No limitation on action for malicious prosecution if mere negligence enough to make officers involved in prosecutions liable—Allegations no liability for detention or bail conditions fixed by court order not creating cause of action—Should not be struck as might be considered relevant by trial judge—Application allowed in part—Federal Court Rules, c. 663, R. 419.

REYNEN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-395-93, Strayer J., order dated 8/10/93, 4 pp.)

VARIATION OF TIME

Application to reconsider order denying extension of time to file application record—Application record required to be filed before August 27—Extension application filed August 20—Counsel out of town from August 21 to 27 and because client living out of town, unable to see him prior to departure—Extension denied as counsel’s personal schedule not type of reason justifying extension—Applicant arguing not personal, but professional schedule, preventing compliance with time limit—Attending Bar Convention as member of Provincial Council—Application dismissed—Time limits set out in Federal Court Rules meant to be complied with and to apply to everyone equally—If too short, should request amendment of Rules—Extensions of time not granted merely because first time counsel so requests or work load counsel assumed too great—To do so unfair to counsel who refuse clients because work load too heavy to allow them to meet required deadlines, or who “pull out all the stops” to meet deadlines at great inconvenience to themselves—Extensions granted if reason for delay beyond control of counsel or applicant i.e. illness—No such unanticipated cause for delay herein—30-day time limit for filing application, client’s out-of-town residence, counsel’s commitment to attend Bar Convention, known when leave application filed—Scheduling under counsel’s personal control—Although courts reluctant to disadvantage clients because counsel miss deadlines, counsel and client for such purposes one—Too easy for counsel to say delay not caused by client, and if not granted client will be prejudiced—No oversight as to evidence before Court—Although Court unaware of capacity in which counsel attending Convention, not making counsel’s absence from town any more unanticipated—Capacity in which attending Convention known at time application for extension filed—Not information recently coming to light—Circumstances not permitting reconsideration of order—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 337(5).

CHIN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-4045-93, Reed J., order dated 8/10/93, 5 pp.)

PUBLIC SERVICE**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application for judicial review of Appeal Board’s dismissal of Public Service Employment Act, s. 21 appeal—Competition for AU-3 position limited to Department of National Revenue

PUBLIC SERVICE—Concluded

employees in Calgary holding positions classified at AU-2 level or higher—Applicant applying although AU-1—Summarily rejected for not meeting occupational level restriction—In dismissing appeal, Appeal Board concluding Department, exercising authority delegated to it by PSC, having right to establish area of competition and merit principle not applicable; Board lacking authority to enforce staffing policies, guidelines of Department or PSC; Department's failure to abide by terms and conditions of delegation by PSC not basis for allowing appeal under s. 21, but matter between PSC and Department under s. 6—No evidence tendered concerning instrument of delegation, terms or conditions—Whether alleged breaches by Department of departmental or PSC policies on limiting area of competition basis for appeal—Whether Appeal Board having authority in s. 21 appeal to enforce departmental or PSC policies on limiting area of competition—Application dismissed—As argument Department required by terms and conditions of delegated authority to act in accordance with departmental and Commission policies advanced in absence of proper evidentiary framework, Appeal Board correctly rejecting it—Also correctly holding lacking authority to enforce departmental and Commission policies based on *Bambrough v. Public Service Commission*, [1976] 2 F.C. 109 (C.A.)—Mere breach of departmental or PSC policies not valid basis for challenging, under s. 21, legality of restriction imposed on area of competition—Department having ample justification for restricting area of competition by limiting eligibility based on occupational level and restriction related directly to nature of position to be filled—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 6, 21.

GAYEF V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-267-93, McGillis J., judgment dated 5/10/93, 5 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Application to expunge two design trade marks, being two-dimensional representations of triple headed rotary shaver head assembly, and two distinguishing guises on basis line drawing or visual representation of functional apparatus—Philips marketing electric rotary shavers since 1939—During 1960s, market situation requiring design and marketing on short notice of product providing improved shaving performance—Quickly introduced triple headed rotary shavers arranged in equilateral triangular configuration—In mid-70s decided this product had become its image—Adoption of other systems to be considered only if substantial improvements in shaving performance could be achieved—To date no other system introduced—Marketing policy and promotional activity concentrating heavily on triple headed shavers and resulting in high degree of consumer acceptance and commercial success—Wares represented in two-dimensional design trade marks never registered as trade marks—Two-dimensional design trade marks used as symbol on packaging for shavers—Philips only company in Canada marketing triple headed shaver—Philips' trade mark registrations preventing Remington from marketing triple headed rotary shaver arranged in equilateral triangular configuration in Canada although does so in U.S.A.—Head assembly on Rem-

TRADE MARKS—Concluded

ington shaver indistinguishable from that of Philips—Inference Remington, which already sells many designs of shavers, wishes to benefit from reputation and goodwill created by Philips—In support of argument trade marks functional and invalid, Remington arguing Philips using registrations to protect best possible configuration for triple headed rotary shaver—Remington's expert's evidence as to best possible design for use in triple headed shaver worthless as blatant plagiarism of affidavit of different witness in other proceedings—Although Philip's counsel not cross-examining affiant, in view of summary procedure outlined in R. 704, entitled to file affidavit evidence exposing Remington's witness—Witness lacking degree of independence required for expert and possessing no readily discernible opinions of his own—Remington failing to establish equilateral triangular configuration best design for triple headed shaver—Concept of invalidity of trade mark registration due to functional use or characteristic developed in case law—Mark itself must contain functional elements or components—Two-dimensional marks themselves mere depictions of objects inspiring them—Contain no functional elements or components—Remington failing to discharge onus of proving invalidity of two two-dimensional marks—Also failing to establish factual basis supporting contention utilitarian functionality dictating design of triple headed shaver—Although equilateral configuration one of better designs for triple headed shaver, not only or best one—Facts not establishing design dictated by functionality, as Philips forced to move quickly by market conditions—Registration of distinguishing guise expunged if likely to limit unreasonably development of any art or industry (Trade-marks Act, s. 13(3)) or if entry on register not accurately expressing or defining existing rights of person appearing to be registered owner (s. 57)—By virtue of definition as shaping of or mode of wrapping wares, distinguishing guise necessarily possesses functional element—To permit expungements based on functionality would be to allow inherent aspect of its statutory nature to operate as basis for challenge to validity—Functionality not relevant to validity of registrations of distinguishing guise trade marks—Since Remington not seeking to expunge distinguishing guise registrations on any other basis, failed to meet onus—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 13, 57—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704.

REMINGTON RAND CORP. V. PHILIPS ELECTRONICS N.V. (T-1695-91, McGillis J., judgment dated 8/10/93, 9 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application to set aside Umpire's decision allowing appeal by respondent from Board of Referees' decision—Respondent, while receiving unemployment insurance benefits, opened small business—UIC claiming for overpayment of benefits of \$7,000—Whether Board of Referees right in concluding respondent not unemployed under Unemployment Insurance Regulations, s. 43—Application dismissed (Létourneau J.A. dissenting)—*Per MacGuigan J.A.*: S. 43(2), as interpreted, requiring Board to take into account six factors in order to characterize nature of claimant's activity—Umpire correctly identifying error of law in Board's decision—Correct perspective one of proportionality rather than of absoluteness—Board

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—
Continued**

fettering discretion in interpreting law—*Per* Létourneau J.A. (dissenting): Board appreciating all six factors, stating all relevant facts in relation to each of them—Board finding two factors determinative in concluding respondent self-employed and employment not so minor in extent respondent would not normally follow it as principal means of livelihood—Umpire taking too microscopic view of Board's decision—Conclusion

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—
Concluded**

Board misapplied law erroneous—No error of law in Board's decision—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 43.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) *v.* MAGEE (A-1085-92, MacGuigan and Desjardins J.J.A. and Létourneau J.A. (dissenting), judgment dated 8/10/93, 7 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

AGRICULTURE

Action visant à faire déterminer si les art. 15 et 16.1 du Règlement sur la Commission canadienne du blé autorisant le commerce de l'orge entre les provinces ou en direction ou en provenance des É.-U. sans licence sont constitutionnels et ont une force exécutoire—Question de savoir si le gouverneur en conseil peut de fait, par règlement, déréglementer le commerce interprovincial de l'orge ainsi que l'exportation de l'orge aux États-Unis et son importation des États-Unis—L'art. 47 de la Loi sur la Commission canadienne du blé (autrefois art. 29A) confère à la Commission le contrôle exclusif sur le commerce interprovincial et international de l'avoine et de l'orge en autorisant le gouverneur en conseil, par règlement, à étendre l'application des parties III ou IV de la Loi à l'avoine et à l'orge—Les parties III et IV confèrent à la Commission un contrôle exclusif sur le commerce interprovincial ainsi que sur l'exportation et l'importation du blé—L'art. 47(2) prévoit que lorsque le gouverneur en conseil a étendu l'application d'une partie de la Loi, les dispositions de cette partie sont censées être édictées de nouveau—Aucune autre modification des parties III et IV n'est autorisée—Le gouverneur en conseil n'est pas investi du pouvoir de modifier les parties III et IV—En 1949, le gouverneur en conseil prenait annuellement des mesures par règlement afin d'étendre à l'avoine et à l'orge l'application des parties III et IV—Déduction selon laquelle le gouverneur en conseil pourrait agir par règlement pour étendre le contrôle exclusif de la Commission au commerce de l'avoine et de l'orge, mais s'il décidait de ne pas le faire, la Commission n'exercerait aucun contrôle sur l'avoine et l'orge pendant cette année-là, et ce, tant que le gouverneur en conseil n'étendrait pas de nouveau l'application des parties III et IV—L'extension de l'application des parties III et IV à l'avoine et à l'orge constitue une mesure réglementaire et n'est pas analogue à la promulgation d'une loi—Le pouvoir de réglementation n'est pas épuisé une fois que le gouverneur en conseil l'a exercé—L'art. 31(4) de la Loi d'interprétation prévoit le pouvoir de prendre des règlements, y compris le pouvoir d'abroger ou de modifier des règlements—Par conséquent, le gouverneur en conseil peut abroger l'extension de l'application des parties III et IV—L'art. 9 du Règlement étend à l'orge l'application des parties III et IV—L'art. 45 de la Loi sur la Commission canadienne du blé confère à la Commission un contrôle exclusif sur le commerce interprovincial et international du blé et, au moyen de l'extension de l'application de la partie IV, de l'orge, sauf exception prévue aux règlements—L'art. 46 con-

AGRICULTURE—Suite

fère au gouverneur en conseil un pouvoir de réglementation à l'égard du commerce interprovincial et de l'exportation du blé et de l'orge—Ce pouvoir vise principalement les dispositions concernant l'octroi de licences à des personnes autres que la Commission—Le blé ou l'orge ne peut pas être commercialisé interprovincialement ou internationalement sauf par la Commission ou par une personne autorisée à le faire par cette dernière—Les règlements contestés autorisent le commerce de l'orge interprovincialement, ou encore vers les É.-U. ou en provenance des É.-U., sans licence—Action accueillie—Les art. 15 et 16.1 du Règlement sur la Commission canadienne du blé sont déclarés inconstitutionnels et nuls et sans effet—L'expression «sauf autorisation contraire des règlements» figurant à l'art. 45 de la Loi ne confère pas un pouvoir de réglementation au gouverneur en conseil—Elle envisage uniquement la possibilité que des personnes autres que la Commission fassent le commerce de l'orge—L'art. 46 ne confère pas au gouverneur en conseil le pouvoir d'autoriser l'exportation de l'orge aux É.-U. ou son importation des É.-U., sans licence, et implicitement le commerce interprovincial de l'orge sans licence—Le gouverneur en conseil est réputé soustraire au régime de réglementation de la Loi le commerce interprovincial de l'orge ainsi que l'exportation de l'orge aux É.-U. et son importation des É.-U.—Il ne peut pas dispenser une personne de l'obligation d'obtenir une licence lorsque la loi conférant le pouvoir de réglementation prévoit expressément l'adoption de règlements concernant l'octroi de licences—Le pouvoir de réglementation prévu à l'art. 47 confère simplement le pouvoir d'étendre à l'orge l'application des parties III et IV—Les parties III et IV ne peuvent pas être modifiées par règlement parce que, lorsque leur application est étendue à l'orge, elles sont censées édictées de nouveau dans la partie—Rien ne permet au gouverneur en conseil, dans les règlements qu'il est autorisé à prendre en vertu de l'art. 47, de permettre le commerce interprovincial de l'orge ou encore l'exportation de l'orge aux É.-U. ou son importation des É.-U., sans licence—L'art. 61 permet au gouverneur en conseil, par règlement, de prendre toute mesure d'ordre réglementaire prévue par la Loi—L'art. 61 ne confère pas en soi un pouvoir de réglementation—Il doit être interprété compte tenu des autres dispositions permettant l'adoption de règlements—L'art. 47 de la Loi sur la Commission canadienne du blé et l'art. 31(4) de la Loi d'interprétation confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de révoquer l'extension de l'application des parties III et IV, mais celui-ci ne peut pas

AGRICULTURE—Fin

déréglementer l'orge en partie—Lorsque l'application des parties III et IV est étendue à l'orge, ces parties sont censées édictées de nouveau—La déréglementation partielle laisse entendre la modification des parties III et IV—Le gouverneur en conseil n'est pas autorisé à modifier les parties III et IV—Le législateur a uniquement permis au gouverneur en conseil de déterminer si le commerce interprovincial et l'exportation de l'orge doivent être assujettis au même régime de réglementation que le blé—Question de savoir si les procédures doivent être commencées au moyen d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale ou au moyen d'une action et déclaration—La définition de l'expression «office fédéral» comprend tout organisme exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale—Lorsqu'il agit conformément à une loi, le gouverneur en conseil constitue un office fédéral—Le dépôt d'un avis introductif d'instance en vertu de l'art. 18.1 constitue la seule façon appropriée de contester une décision ou une ordonnance que le gouverneur en conseil a prise dans l'exercice d'un pouvoir légal—L'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que les procédures contre le procureur général du Canada visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire relativement à une décision ou à une ordonnance prise par un office fédéral doivent être engagées au moyen d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 18.1—Aucune distinction dans la définition de l'office fédéral ou dans l'art. 18 excluant du champ d'application de l'art. 18 le gouverneur en conseil ou tout autre office fédéral agissant à titre législatif—Aucune explication selon laquelle le législateur entendait que les mesures d'ordre législatif des offices fédéraux soient contestées au moyen d'une action, alors que les décisions ou ordonnances d'une nature judiciaire, quasi judiciaire ou administrative soient contestées au moyen d'une demande de contrôle judiciaire—Les modifications apportées à la Loi sur la Cour fédérale en 1992 visaient à clarifier et à simplifier les procédures devant la Cour fédérale, et le législateur n'avait pas l'intention de faire une distinction subtile entre la façon de contester les mesures d'ordre législatif par opposition à des mesures d'une nature judiciaire, quasi judiciaire ou administrative—Règlement sur la Commission canadienne du blé, C.R.C., ch. 397, art. 9 (mod. par DORS/89-282, art. 1), 14 (mod. par DORS/89-281, art. 4; 86-160, art. 1), 15 (mod. par DORS/89-281, art. 5; 93-360, art. 2)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(4)—Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 45, 46 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 60), 47, 61—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 17(3b), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (mod., *idem*, art. 5)—Loi de 1935 sur la Commission canadienne du blé, S.C. 1935, ch. 53, art. 29A (édicte par S.C. 1948, ch. 4, art. 5).

SASKATCHEWAN WHEAT POOL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1962-93, juge Rothstein, décision en date du 10-9-93, 23 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande d'annulation de la décision par laquelle le juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par l'intimée contre la décision du conseil arbitral—L'intimée a ouvert un petit commerce pendant qu'elle touchait des prestations d'assurance-chômage

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

—La Commission d'assurance-chômage a réclamé la somme de 7 000 \$ à titre de prestations payées en trop—Question de savoir si le conseil arbitral a eu raison de conclure que l'intimée n'était pas sans emploi en vertu de l'art. 43 du Règlement sur l'assurance-chômage—Demande rejetée (le juge Létourneau, J.C.A., étant dissident)—Le juge MacGuigan, J.C.A.: Selon l'interprétation donnée à l'art. 43(2), le conseil arbitral doit tenir compte de six facteurs afin de qualifier la nature de l'activité de la prestataire—Le juge-arbitre a correctement déterminé l'erreur de droit que comporte la décision du conseil arbitral—La bonne façon de voir les choses relève plus de la proportionnalité que de l'absolu—En interprétant la loi, le conseil arbitral s'est limité dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il possédait—Le juge Létourneau, J.C.A. (dissident): La Commission a tenu compte des six facteurs, en énonçant tous les faits pertinents à l'égard de chacun d'eux—La Commission a conclu que deux des facteurs étaient déterminants en concluant que l'intimée était un travailleur indépendant et que son emploi n'était pas si peu important que normalement cela ne constituerait pas le principal moyen de subsistance—Le juge-arbitre a considéré la décision de la Commission de façon trop microscopique—La conclusion selon laquelle la Commission a mal appliqué la loi est erronée—La décision de la Commission ne comporte aucune erreur de droit—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 43.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MAGEE (A-1085-92, juges MacGuigan et Desjardins, J.C.A., et juge Létourneau, J.C.A. (dissident), jugement en date du 8-10-93, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Procédure d'enquête en matière de l'immigration*

Demande d'annulation de la décision par laquelle l'arbitre a pris une mesure de renvoi pour le motif qu'en refusant la demande d'ajournement, ce dernier a privé le requérant du droit d'être représenté par un avocat—Le requérant a reçu un avis d'enquête concernant le renvoi en janvier 1992, mais ce n'est qu'en mars qu'il a comparu à l'audience avec une lettre dans laquelle son avocat disait qu'il était occupé ce jour-là—Aucune explication n'a été donnée et aucun motif n'a été fourni à l'appui de la demande d'ajournement—L'enquête fait suite à une enquête antérieure qui avait été ajournée, quand le demandeur avait revendiqué le statut de réfugié—L'arbitre n'a aucun pouvoir discrétionnaire—Le requérant soutient que les circonstances applicables sont peu importantes lorsque le tribunal, en refusant l'ajournement, procède en l'absence de l'avocat—Il soutient que le droit aux services d'un avocat est absolu, que l'absence de l'avocat vicie la décision du tribunal et que la tenue d'une nouvelle audience devrait être ordonnée—Demande rejetée—Le droit aux services d'un avocat n'est pas plus absolu que le droit qu'a le tribunal de déterminer sa propre procédure—S'il y a un conflit entre les deux, pour que le droit aux services d'un avocat l'emporte, il faut tenir compte des circonstances applicables pour déterminer si le requérant a subi quelque préjudice—Le droit aux services d'un avocat

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

n'est qu'un complément aux principes de la justice naturelle et de l'équité, à la règle *audi alteram partem*, à la règle de la défense pleine et entière ainsi qu'à des règles similaires destinées à assurer que les droits de toute personne visée par une enquête quelconque soient déterminés en accord avec le droit—À moins que la violation d'une telle règle ne cause un préjudice, le refus d'ajourner ne prive pas le tribunal de sa compétence et ne justifie pas l'annulation de la décision—En l'espèce, aucun préjudice n'a été subi—La mesure de renvoi est une affaire type où l'arbitre, compte tenu du rapport dont il dispose, n'a aucun pouvoir discrétionnaire—L'arbitre peut tout au plus mettre le requérant en liberté sous engagement au lieu d'exiger le dépôt d'un cautionnement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 30 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 9)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 10.

ASOMADU-ACHEAMPONG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1882-92, juge Joyal, ordonnance en date du 27-9-93, 5 p.)

Renvoi de visiteurs

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'immigration a conclu à l'absence de raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier l'examen de la demande d'établissement présentée par la requérante en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—La requérante est une Tamoule sri-lankaise du district de Jaffna—Elle est arrivée au Canada via les É.-U.—Elle s'est vu refuser le statut de réfugiée en mars 1992—En mai 1992, elle a donné naissance à un fils—Le père de l'enfant ne peut pas parrainer la requérante parce qu'il est encore marié—Des procédures de divorce ont été engagées—La requérante a allégué (1) que la conclusion de l'agente d'immigration était déraisonnable et que cette dernière avait limité l'exercice de son pouvoir discrétionnaire compte tenu d'une déclaration figurant dans ses notes, selon laquelle elle avait examiné la question de savoir si la requérante courait un risque accru par rapport à la population en général et si elle pouvait être personnellement la cible de persécution; (2) que l'agente d'immigration avait manqué à son devoir d'agir avec équité en ce sens qu'il n'y avait pas eu d'entrevue ou d'audience; (3) que la décision violait les droits reconnus aux art. 7 et 12 de la Charte—Demande rejetée—(1) La décision de l'agente d'immigration est raisonnable—Dans *Vidal c. M.E.I.* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (C.F. 1^{re} inst.), il a été jugé que les lignes directrices du Guide de l'immigration relatives à l'appréciation des raisons d'ordre humanitaire étaient suffisamment générales et n'empêchaient pas l'examen de tout facteur contribuant au «préjudice indu»—Distinction faite avec l'arrêt *Muse c. Canada (Solliciteur général)*, 93-T-52, jugement en date du 17-8-93, C.F. 1^{re} inst., dans lequel le juge Pinard a conclu qu'en exigeant que le requérant coure un risque plus grand que l'ensemble de la population somalienne, les agents d'immigration avaient entravé leur pouvoir discrétionnaire puisqu'ils avaient imposé une exigence stricte—Décision non fondée sur l'exercice restrictif d'un pouvoir discrétionnaire—La requérante est renvoyée aux É.-U. et non au Sri Lanka—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

(2) Dans la mesure où la requérante a eu amplement l'occasion d'exposer les raisons humanitaires à l'appui de sa requête, une entrevue n'était pas nécessaire—L'avocat de la requérante a eu l'occasion de présenter des observations écrites et l'agente d'immigration a pris les observations en considération—(3) L'art. 7 s'applique lorsque la personne réclame la protection du Canada à titre de réfugiée au sens de la Convention ou lorsqu'elle risque d'être renvoyée dans un pays où sa sécurité pourrait être menacée—La protection fournie à la requérante par l'art. 7 du fait qu'elle est assujettie à une ordonnance de renvoi ne s'étend pas à la protection de ses «intérêts familiaux» ou de sa «cellule familiale», notamment à son enfant—L'enfant jouit de son propre chef, à titre de citoyen canadien, de la protection de la Charte—Il n'y a pas eu de manquement à la justice fondamentale, et ce, pour les mêmes motifs que ceux pour lesquels la décision était raisonnable et n'était pas fondée sur l'exercice restrictif d'un pouvoir discrétionnaire—Le fait que l'agente d'immigration a pris en considération le fait que la requérante serait renvoyée aux É.-U. ou qu'elle a omis d'obtenir l'assurance que cette dernière ne serait pas expulsée au Sri Lanka ne constitue pas un manquement à la justice fondamentale puisque l'agente d'immigration a tenu compte de nombreux facteurs pertinents et que la requérante a amplement eu l'occasion de répondre—Dans la mesure où les règles de l'équité procédurale et de la justice naturelle ont été respectées, l'expulsion de l'intéressé vers son pays d'origine lorsqu'il est conclu que celui-ci n'est pas un réfugié ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte—Rien ne montre que l'agente d'immigration ait manqué à l'équité ou ait agi de manière déraisonnable—Le renvoi de la requérante ne constitue pas une peine ou un traitement cruels et inusités à son endroit ou à celui de son enfant puisque la décision d'amener l'enfant relève des parents de celui-ci—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) (L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44), art. 7, 12—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

SELLAKKANDU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-2029, juge Denault, ordonnance en date du 13-10-93, 11 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle et d'annulation de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, exerçant sa compétence en *equity* en vertu de l'art. 77(3)b) de la Loi sur l'immigration, a accordé à l'intimé le droit de résidence permanente au Canada—L'intimé avait déjà été expulsé du Canada et ne pouvait pas y être admis de nouveau sans le consentement du ministre—Question de savoir si la compétence que la Commission a en *equity*, en vertu de l'art. 77, d'accorder une mesure est assez étendue ou générale pour écarter l'exigence relative au consentement du ministre en vertu des dispositions particulières de l'art. 55—Les faits révélaient l'existence de raisons d'ordre humanitaire permettant à la Commission d'accorder le droit d'établissement à l'intimé—Dans cet appel, la Section d'appel de l'immigration n'avait pas d'autre solution que d'accorder une mesure spéciale—À cause de l'art. 55, le parent ne remplissait pas les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

conditions fixées par la Loi sur l'immigration et ses règlements—L'exercice par la Section d'appel de la compétence en *equity* qu'elle possède peut comporter la renonciation à n'importe quelle exigence de la Loi ou des règlements—La compétence en *equity* conférée par l'art. 77 ne peut être exercée que s'il est jugé que les exigences relatives au parrain ou au requérant ne sont pas remplies—Le consentement du ministre prévu à l'art. 55 n'est qu'une des nombreuses exigences dont la Section d'appel peut dispenser en vertu de sa compétence en *equity*—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 55, 77 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 10, art. 6; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 33).

CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) C. KAINTH (IMM-1354-93, juge Joyal, ordonnance en date du 12-10-93, 6 p.)

Requête en vue du rejet de la demande de contrôle judiciaire par suite de l'omission d'obtenir l'autorisation de la Cour en vertu de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration—L'intimé a omis de traiter la demande de résidence permanente présentée par les requérants, bien que ces derniers lui eussent à maintes reprises demandé de le faire—Les requérants cherchent à obtenir, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, une ordonnance de faire enjoignant à l'intimé de leur accorder le droit d'établissement à titre de résidents permanents—Les requérants n'ont pas demandé l'autorisation de la Cour en vertu de l'art. 82.1—Les art. 18 et 18.1 énumèrent les réparations accordées dans le cadre d'un contrôle judiciaire—Les deux dispositions sont demeurées en vigueur afin d'éviter de mentionner expressément les brefs de prérogative ou les recours extraordinaires, lorsqu'une partie demande le contrôle judiciaire—Les requérants n'ont pas le droit d'engager des procédures sans obtenir l'autorisation de la Cour—Requête accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 53)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

AHMED C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3226-93, juge Nadon, ordonnance en date du 28-9-93, 5 p.)

L'art. 69(7) de la Loi sur l'immigration prévoit qu'une procédure devant la section du statut qui est ajournée peut reprendre devant un ou d'autres membres si le ministre et l'intéressé y consentent ou si aucun élément de preuve de fond n'a encore été présenté—Au début de l'audience, la section du statut a reçu la preuve documentaire, notamment le formulaire de renseignements personnels (le FRP)—On a fait prêter serment à l'appelant, et il a attesté des corrections apportées au FRP—L'audience a été ajournée et a repris devant une autre formation—L'appelant s'est opposé à ce que l'affaire suive son cours—Le tribunal a agi *de novo*—La preuve documentaire a été introduite de nouveau—Appel rejeté—La preuve reçue par le premier tribunal était une preuve «de fond», mais le second tribunal était compétent pour statuer sur l'affaire *de novo*—L'art. 69(7) régit la reprise ou la poursuite d'une audience—Il n'empêche pas la constitution d'une audience *de novo*—La procédure suivie n'a causé aucun préjudice à l'appelant—Loi

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 67(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 68(2) (mod., *idem*), 69(7) (mod., *idem*).

HERNANDEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-547-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 6-10-93, 2 p.)

STATUT AU CANADA

Personnes ayant un statut temporaire

Demande de contrôle judiciaire du rejet de la demande de résidence permanente présentée au Canada, pour le motif que le mariage avait été contracté à des fins contraires à l'art. 4(3) du Règlement de 1978 sur l'immigration et que la requérante n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(2)d) de la Loi sur l'immigration—La requérante est une citoyenne sud-africaine—Elle a épousé un résident permanent deux semaines après son arrivée au Canada—Après que le mari eut signé un engagement à fournir de l'aide à sa conjointe, une autorisation délivrée par décret permettait à la requérante de demander l'octroi du droit d'établissement à partir du Canada—Sur réception de renseignements selon lesquels il s'agissait d'un mariage de convenance, une enquête sur la question de savoir s'il s'agissait d'un mariage authentique a été menée—La tante de la requérante a fourni des lettres montrant que cette dernière voulait qu'on l'aide à entrer au Canada au moyen d'une garantie d'emploi frauduleuse ou d'un fiancé et qu'elle avait fait des commentaires négatifs au sujet de son futur époux—Pendant la troisième entrevue, la requérante et son mari ont chacun signé une déclaration selon laquelle ils avaient contracté un mariage de convenance—Le mari a retiré son engagement à fournir de l'aide—Demande rejetée—Distinction faite avec les arrêts disant que la délivrance d'une autorisation spéciale accordait le droit d'établissement étant donné que, dans ces arrêts, les demandes montraient que le requérant satisfaisait à toutes les exigences de la Loi ou que la demande de droit d'établissement avait déjà été examinée et tranchée—En l'espèce, la demande de décret dit que la requérante «peut satisfaire à d'autres exigences de la Loi et des Règlements»—La demande ne constitue pas la décision finale relativement à la demande de droit d'établissement et la requérante «peut satisfaire aux autres exigences» seulement après avoir fait l'objet d'une évaluation appropriée—La délivrance du décret n'est pas réputée empêcher l'application de l'art. 4(3) du Règlement de 1978 ou de l'art. 19(2)d) de la Loi—Tant qu'une décision finale n'est pas rendue au sujet de la question de savoir si la requérante satisfait aux exigences relatives au droit d'établissement, cette dernière peut faire l'objet d'une enquête sur l'authenticité de son mariage—L'agent d'immigration a agi dans les limites de ses attributions en examinant la demande de droit d'établissement après la délivrance d'une autorisation spéciale et le retrait présumé de l'engagement à fournir de l'aide—La preuve ne montre pas que les déclarations solennelles ont été obtenues sous la contrainte ou par suite de coercition—Des affidavits détaillés des agents d'immigration, étayés par les notes prises à l'entrevue, montrent que la procédure habituelle a été suivie, et que la requérante et son mari ont toujours été au courant de leurs droits et des conséquences des décisions—L'art. 7 de la Charte n'a pas été violé—Aucune crainte raisonnable de partialité—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Lorsque les entrevues ont eu lieu, certains éléments de preuve montraient qu'il s'agissait d'un mariage de convenance, mais la requérante a eu la possibilité de répondre aux allégations—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9, 19(1)d), 114(2)—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 4(3) (mod. par DORS/84-140, art. 1)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

PILLAY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1283-92, juge Denault, ordonnance en date du 8-10-93, 8 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande d'annulation de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant allègue que la décision rendue par la Commission, selon laquelle il n'était pas un témoin digne de foi, était fondée sur une interprétation erronée et une méconnaissance de la preuve ainsi que sur des inférences dénuées de fondement—La Section de première instance n'applique pas une norme supérieure à celle de la Section d'appel en ce qui concerne le genre de circonstances dans lesquelles seront annulées les conclusions fondées sur la preuve que tire un office fédéral—Le requérant laisse entendre que la Section de première instance exige que les conclusions fondées sur la preuve soient «abusives» pour qu'elles puissent être contestées avec succès—Le caractère abusif n'est mentionné qu'à titre d'exemple du genre de circonstances dans lesquelles la décision d'un office fédéral sera annulée—L'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que la Section de première instance prend certaines mesures si elle est convaincue que l'office fédéral a rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose—Conditions disjonctives relatives à l'annulation d'une décision—L'art. 18.1(4)c) prévoit que des mesures peuvent être prises lorsqu'un office fédéral a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier—Les art. 18.1(4)c) et d) codifient les principes de la common law en matière de contrôle judiciaire—Les tribunaux sont depuis longtemps disposés à qualifier d'erreurs de droit les conclusions de fait non fondées sur des éléments de preuve suffisants—L'art. 18.1(4)d) confère un pouvoir de contrôle plus large que le critère traditionnel de «l'absence de preuve»—Il englobe l'annulation des décisions d'un office fédéral lorsqu'elles sont déraisonnables—Le critère à appliquer pour l'annulation des décisions rendues par la Commission pour le motif qu'elle a tiré des conclusions de fait erronées est de se demander si ces conclusions sont déraisonnables compte tenu de l'ensemble des éléments de preuve—Les conclusions de fait peuvent être divisées en deux catégories: les conclusions de fait principal (par exemple, la question de savoir si un phénomène physique a eu lieu) et les inférences de fait qui sont tirées des faits principaux—La Cour d'appel est peu encline à modifier les conclusions de fait principal, mais elle est aussi bien placée que le tribunal administratif à faire, à partir de faits principaux, une inférence, fondée sur l'expérience commune au genre humain—Demande

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

accueillie—Un grand nombre d'interprétations erronées et d'inférences faites par la Commission ne ressortent pas clairement de la preuve, de sorte que toute la décision est entachée de nullité.

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-888-93, juge Reed, ordonnance en date du 8-10-93, 10 p.)

Demande de suspension de l'instance engagée devant la SSR en attendant que la Cour statue sur la demande contestant la décision rendue par le Bureau de l'arriéré—En 1992, il a été jugé que la revendication du statut de réfugié faite par le requérant avait un minimum de fondement—Comme son dossier était compris dans l'arriéré des revendications, le requérant avait le droit de présenter une demande de résidence permanente sans instruction approfondie de sa revendication par la SSR—Le requérant n'avait qu'à établir l'existence d'éléments de preuve crédibles et dignes de foi sur lesquels la SSR pouvait fonder une décision favorable au demandeur—Pour avoir gain de cause devant la SSR, le requérant devait convaincre le tribunal qu'il était en fait un réfugié au sens de la Convention—La demande de droit d'établissement datée du mois de juin 1992 a été rejetée en avril 1993—La Cour a accordé la demande d'autorisation que le requérant avait présentée en vue d'être autorisé à présenter une demande de contrôle judiciaire pour le motif que la décision était fondée sur des modifications apportées à la loi le 1^{er} février 1993, alors qu'elle aurait dû reposer sur les dispositions législatives antérieures—Demande de suspension accordée—Il existe une question sérieuse à trancher puisque l'autorisation relative au contrôle judiciaire a été accordée—Le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires que confère à la Cour l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale comprend celui de suspendre les procédures pendantes devant un tribunal lorsque la Cour estime cette mesure opportune—Si la suspension n'est pas accordée, le fait que le requérant devra s'acquitter d'un fardeau de preuve plus lourd constitue un préjudice irréparable—La prépondérance des inconvénients est du côté du requérant—La suspension de l'instance devant la SSR n'entraînera pas une avalanche de recours et n'établira pas un précédent qui nuirait gravement à l'application du régime—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

KANES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1918-93, juge Reed, ordonnance en date du 28-9-93, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il avait raison de craindre d'être persécuté du fait de ses opinions politiques, de sa race ou de son appartenance à un groupe social—Le requérant est un Ougandais d'origine arabe et de foi musulmane—Le père du requérant a été tué par l'armée de la Résistance nationale (l'ARN) en octobre 1986—Le requérant est arrivé au Canada en juin 1989 et a revendiqué le statut de réfugié—La Commission a conclu que le requérant n'avait pas raison de craindre d'être persécuté du fait de ses

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

opinions politiques—Question de savoir si la crainte du requérant est objectivement fondée, comme l'exige la Loi—Le requérant et sa famille ont été victimes de nombreux actes de violence personnelle fortuite—La fréquence des heurts entre le requérant, sa famille et l'ARN laisse entendre que le requérant a effectivement été persécuté par l'ARN—La Commission n'a pas utilisé le critère approprié en déterminant si le requérant pouvait fonder sa crainte d'être persécuté sur ses opinions politiques—La preuve du requérant montre qu'il ne veut pas se réclamer de la protection de son propre pays parce que le gouvernement Museveni encourage ou du moins tolère les activités des soldats—Le gouvernement Museveni n'est pas en mesure de protéger le requérant—La conclusion tirée par la Commission, selon laquelle l'Ouganda n'encourage pas ou ne tolère pas, de la part de membres des forces armées, les meurtres extrajudiciaires et les actes de violence commis à l'endroit des particuliers, est abusive—Demande accueillie.

AHMED C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-6824, juge Nadon, ordonnance en date du 8-10-93, 10 p.)

COMMERCE EXTÉRIEUR

Demande d'annulation de l'enquête et du rapport du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les importations de bœuf désossé originaires de pays autres que les É.-U.—Par un décret, le gouverneur en conseil a, en application de l'art. 20 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur (la LTCCE), ordonné à celui-ci de faire rapport sur la question de savoir si les importations de bœuf provenant de pays autres que les États-Unis causaient ou menaçaient de causer un préjudice grave aux producteurs canadiens de marchandises similaires ou directement concurrentes—Le Tribunal croyait que les sommets sans précédent qu'avaient atteints les importations de bœuf désossé conduiraient à une réduction de la part du marché des abatteurs et des désosseurs canadiens et à une chute des prix du bœuf frais désossé local, de sorte que la demande de bovins canadiens diminuerait—Il a conclu que les producteurs canadiens de marchandises similaires ou directement concurrentes n'avaient pas subi de préjudice grave, mais que l'augmentation considérable des importations de bœuf désossé de pays autres que les É.-U., de février à avril 1993, risquait de causer ou causerait un préjudice grave aux producteurs canadiens de marchandises similaires ou directement concurrentes—Il a recommandé l'application, pendant trois années, d'un contingent tarifaire ainsi qu'une restriction quantitative sur le bœuf désossé importé de pays autres que les É.-U.—Les requérants soutiennent (1) que le Tribunal était tenu de prendre en considération la source la plus importante de bœuf désossé importé, à savoir les É.-U., étant donné qu'une enquête préventive entreprise en application de l'art. 20 déclenche l'application de l'art. 20.1(3) de la LTCCE; (2) que le Tribunal a omis de défalquer les marchandises importées au Canada de sources autres que les É.-U., puis exportées aux É.-U.; (3) que le Tribunal a omis de prendre en considération la preuve pertinente—Demande rejetée—(1) Le Tribunal n'a pas outrepassé sa compétence en excluant de son examen la question de savoir si les

COMMERCE EXTÉRIEUR—Fin

importations de bœuf désossé des É.-U., conjuguées avec celles provenant de toutes les autres sources, étaient telles qu'elles causaient ou risquaient de causer un préjudice grave aux producteurs canadiens—Le Tribunal est tenu par la Loi de mener son enquête conformément au mandat défini par le gouverneur en conseil—L'art. 20.1 ne s'applique que si le Tribunal est appelé à se prononcer sur des marchandises originaires des É.-U. et des marchandises du même genre originaires d'autres pays—Puisque le gouverneur en conseil a expressément exclu les marchandises importées des É.-U., l'art. 20.1 ne saurait s'appliquer—(2) Le Tribunal a pris en considération l'exportation du bœuf importé aux É.-U.—(3) Le Tribunal, en se fondant sur l'analyse à sa disposition, a fait une prévision raisonnable de la situation—L'appréciation faite par le Tribunal n'est pas susceptible de contrôle judiciaire de la part de la Cour—Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 18, 19, 19.1 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 52), 20, 20.1 (édicte, *idem*, art. 53), 21 (mod., *idem*, art. 54), 22 (mod., *idem*, art. 55), 23 (mod., *idem*, art. 56), 24, 25, 26 (mod., *idem*, art. 57), 27 (mod., *idem*, art. 58), 28, 29, 30—Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, art. 60(1.2) (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 96)—Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 5(4.1) (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 117)—Loi sur l'importation de la viande, L.R.C. (1985), ch. M-3—Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, L.C. 1988, ch. 65—Accord de libre-échange Canada-États-Unis, [1989] R.T.C. n° 3, signé le 2 janvier 1988—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

AUSTRALIAN MEAT & LIVE-STOCK CORP. C. TRIBUNAL CANADIEN DU COMMERCE EXTÉRIEUR (A-356-93, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 9-9-93, 10 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Pratique—Requête présentée en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale en vue de la radiation d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'intimé avait permis que soient divulgués des renseignements concernant une offre de bail—La multiplicité des procédures constitue un autre motif à l'appui de la requête en radiation étant donné que Postes Canada avait également présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information—Question de savoir si certains documents se trouvant physiquement sous la garde du ministre agissant en tant que mandataire de la requérante Postes Canada étaient sous le contrôle du ministre au sens de la Loi sur l'accès à l'information—Le mot «appel» figurant à l'art. 18.5 veut dire la révision, par un tribunal supérieur, d'une décision rendue par un organisme inférieur, visant à vérifier la validité de la décision—L'art. 18.5 vise à éviter la multiplicité des procédures—Le recours prévu à l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information comporte une révision de la nature d'un procès *de novo*—L'art. 18.5 fait effectivement obstacle à tout contrôle judiciaire demandé par la requérante—Les questions de com-

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

pétence ne doivent pas être examinées séparément des questions relatives à l'appel—Requête accueillie—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 44—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-284-93, juge McKeown, ordonnance en date du 27-9-93, 6 p.)

DROIT D'AUTEUR

Appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint radiant la déclaration pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action—Action alléguant la violation des droits d'auteur—Les demanderesse allèguent avoir acheté en 1989 les droits sur le dessin créé par une citoyenne française et utilisé pour des moquettes et dalles de moquette—Dessin publié pour la première fois aux É.-U. en 1989—Droit d'auteur enregistré au Canada en 1992—Il est allégué que la défenderesse a installé, en 1991, à l'aéroport international de Calgary, des dalles de moquette avec le dessin et a récemment obtenu un contrat pour fournir et installer d'autres dalles de moquette du même genre dans cet aéroport—L'art. 5 de la Loi sur le droit d'auteur prévoit que le droit d'auteur existe au Canada sur toute œuvre artistique si, à l'époque de la création de l'œuvre, l'auteur était citoyen ou sujet d'un pays étranger ayant adhéré à la Convention de Berne, et si, dans le cas d'une œuvre publiée, l'œuvre a été publiée en premier lieu dans ce pays étranger—La France, le Canada et les É.-U. ont adhéré à la Convention de Berne—Le protonotaire adjoint a conclu que l'art. 5 exige que l'œuvre ait été publiée pour la première fois dans le pays étranger dont l'auteur est citoyen ou sujet, comme il en est auparavant fait mention dans cette disposition—Il a conclu que la version française signifie la même chose étant donné qu'il y est question de «l'un de ces pays étrangers» et non d'«un de ces pays étrangers»—Appel accueilli—L'emploi du mot «that» dans la version anglaise se rapporte au seul pays étranger mentionné auparavant, c.-à-d. le pays visé par les mots «a citizen or subject of a foreign country»—Le mot «l'un» figurant dans la version française est un pronom indéfini, ne se rapportant à aucune chose particulière déjà mentionnée—Le «l'» est ajouté à «un» pour raison d'euphonie—«L'un» dans ce contexte signifie la même chose que «un», c.-à-d. «l'un de ces pays étrangers» ayant adhéré à la Convention—Puisqu'il y a un conflit entre les deux versions officielles de la Loi, d'autres règles d'interprétation sont appliquées pour trouver l'intention véritable du législateur—La version anglaise de la Convention parle de la publication «in a country of the Union»—La version française parle de la publication «dans un pays de l'Union»—Les deux versions sont compatibles l'une avec l'autre ainsi qu'avec la version française de l'art. 5 de la Loi—La version française de l'art. 5 est donc préférée puisqu'elle est la plus conforme à la Convention—Les mots «l'un des pays» figurant dans la Convention sont traduits par les mots «any of the countries», ce qui est compatible avec les conclusions tirées au sujet du véritable équivalent des mots «l'un de ces pays étrangers»

DROIT D'AUTEUR—Fin

figurant à l'art. 5 de la Loi—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 5, annexe II—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

MILLIKEN & Co. C. INTERFACE FLOORING SYSTEMS (T-3016-92, juge Strayer, ordonnance en date du 7-10-93, 6 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Requête en vue du paiement extrajudiciaire à la demanderesse du solde du produit consigné de la vente du navire défendeur—Le navire a été saisi en vertu d'un mandat décerné le 2 juin 1987—Au moment de la saisie, il était amarré aux quais de la Fraser Surrey Docks Ltd. (Fraser Surrey)—Le juge Rouleau a ordonné le paiement extrajudiciaire à la demanderesse du solde de l'argent consigné, sauf la somme de 79 439,90 \$ qui reste consignée jusqu'à ce que le litige concernant la créance de Fraser Surrey ait été résolu—Fraser Surrey réclame le solde de l'argent consigné en règlement de ce qui devrait être assimilé à des frais de prévôt—Il n'y a pas eu, entre le prévôt et Fraser Surrey, d'entente aux termes de laquelle le prévôt s'engageait à assumer, en tant que frais du prévôt, les droits de quai facturés par Fraser Surrey—La fraction de la créance de Fraser Surrey visant la période postérieure à la date de l'ordonnance rendue par le juge Collier le 15 juillet 1987 se rapporte à des «frais nécessaires et raisonnables à venir»—Fraser Surrey n'a pas respecté les conditions énoncées au paragraphe 6 de l'ordonnance—Les frais en cause ne peuvent pas être remboursés par le prévôt à titre de frais du prévôt—Question de savoir si la créance de Fraser Surrey porte sur des frais *in custodia legis*—La Cour a permis au navire défendeur de rester au quai de Fraser Surrey et a permis la prestation des services—L'argument invoqué pour le compte de Fraser Surrey à l'appui de l'existence de circonstances spéciales est fondé sur la bonne foi du créancier lorsque les services sont fournis—Les règles fondamentales concernant l'ordre de préférence des créances ne devraient pas être modifiées par des considérations d'équité—Fraser Surrey n'a pas agi d'une manière raisonnable et prudente de façon à permettre aux autres créanciers, et notamment à la demanderesse, de protéger efficacement leurs intérêts—Il n'existe pas de circonstances spéciales permettant d'accorder à la créance de Fraser Surrey, pour des raisons d'*equity*, la préférence par rapport à celle de la demanderesse—Requête accueillie.

BANCO DO BRASIL C. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (LE) (T-1174-87, juge Gibson, ordonnance en date du 12-10-93, 11 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue du contrôle et de l'annulation de la décision par laquelle le tribunal canadien des droits de la personne a conclu qu'en libérant l'intimé, les Forces canadiennes avaient commis un acte discriminatoire, en violation des art. 7b) et 10a) de la Loi canadienne sur

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

les droits de la personne—À la suite de l'établissement de certains rapports médicaux, il a été constaté que l'intimé, qui était membre des Forces canadiennes depuis 1973, était atteint d'asthme—En 1984, le cas de l'intimé a été renvoyé à un conseil médical de révision des carrières, qui a recommandé que ce dernier soit libéré pour le motif qu'il était inapte à assumer ses tâches professionnelles—L'intimé a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle il alléguait qu'on avait commis un acte discriminatoire à son endroit à cause d'une déficience—La Commission a conclu qu'un cas *prima facie* de discrimination avait été établi—Le tribunal a conclu que le risque, pour les membres des Forces canadiennes, était potentiel plutôt que réel et que la plainte de l'intimé était fondée—Le tribunal a commis une erreur en concluant qu'il fallait faire des tests individuels pour déterminer si l'intimé était apte à assumer ses tâches—En l'espèce, l'intimé a subi des tests individuels avant qu'on décide de le libérer—La décision des Forces canadiennes était fondée sur tous les antécédents médicaux de l'intimé, qui comprenaient les rapports des tests individuels visant à déterminer s'il était apte à assumer ses tâches de soldat—Le dossier contredit clairement la proposition du tribunal, selon laquelle les Forces canadiennes avaient agi hâtivement et sans tenir compte de la situation individuelle de l'intimé—Tous les médecins experts ont conclu que l'intimé était inapte, en raison de son asthme bronchique, à assumer ses tâches de soldat—Le tribunal a commis une erreur de droit en fondant sa décision sur des conclusions erronées sans tenir compte de l'ensemble de la preuve—Les Forces canadiennes ont établi que le fait de ne pas être atteint d'asthme constituait une exigence professionnelle justifiée aux fins du service dans les Forces canadiennes—Demande accueillie—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 7, 10, 15.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ST. THOMAS (A-389-91, juge en chef Isaac, jugement en date du 8-10-93, 14 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Demande de contrôle judiciaire du rejet par le comité d'appel d'un appel fondé sur l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Le concours pour un poste de niveau AU-3 était réservé aux fonctionnaires du ministère du Revenu national de niveau AU-2 ou d'un niveau supérieur qui travaillaient à Calgary—Bien qu'il ne fût qu'au niveau AU-1, le requérant a posé sa candidature—La candidature du requérant a été rejetée sommairement pour le motif que celui-ci ne remplissait pas la condition relative au niveau du poste—En rejetant l'appel, le comité d'appel a conclu que le Ministère, en exerçant le pouvoir que lui avait délégué la CFP, avait le droit de définir une zone de concours et que le principe du mérite ne s'appliquait pas, que la Commission n'était pas habilitée à assurer l'application des politiques et lignes directrices du Ministère ou de la CFP en matière de dotation, que l'omission par le Ministère de respecter les conditions de délégation de la CFP ne constituait pas un fondement permettant d'accueillir l'appel en vertu de

FONCTION PUBLIQUE—Fin

l'art. 21, mais qu'il s'agissait plutôt d'une question à régler entre la CFP et le Ministère en vertu de l'art. 6—Aucune preuve n'a été présentée au sujet de l'instrument de délégation ou des conditions y afférentes—Question de savoir si les présumées violations par le Ministère des politiques du Ministère ou de la CFP au sujet de la limitation de la zone de concours constitue un fondement d'appel—Question de savoir si le comité d'appel est habilité, dans le cadre d'un appel fondé sur l'art. 21, à appliquer les politiques du Ministère ou de la CFP concernant la limitation de la zone de concours—Demande rejetée—Étant donné que l'argument selon lequel le Ministère est tenu, en vertu des conditions attachées à la délégation de pouvoir, d'agir conformément aux politiques du Ministère et de la Commission a été invoqué sans aucune preuve à l'appui, le comité d'appel a eu raison de le rejeter—Il a également eu raison de conclure qu'il n'était pas habilité à appliquer les politiques du Ministère et de la Commission, en se fondant sur *Bambrough c. Commission de la fonction publique*, [1976] 2 C.F. 109 (C.A.)—Une simple violation des politiques du Ministère ou de la Commission ne constitue pas un fondement valide permettant de contester, en vertu de l'art. 21, la légalité de la restriction imposée à l'égard de la zone de concours—Le Ministère était amplement fondé à restreindre la zone de concours en limitant l'admissibilité sur la base du niveau du poste, cette restriction ayant un rapport direct avec la nature du poste à combler—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 6, 21.

GAYEF C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-267-93, juge McGillis, jugement en date du 5-10-93, 6 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a conclu que la contribuable n'avait pas droit à une déduction pour inventaire d'un montant de 652 754 \$ en 1977, donnant lieu à une perte autre qu'en capital pour l'année d'imposition 1976—GSW a conclu un accord de fondation avec la Compagnie générale électrique du Canada Limitée (CGE)—GSW a conclu un accord de transfert d'éléments d'actif avec Camco le 28 décembre 1976, pour céder et transférer à Camco les biens et éléments d'actif que ses filiales et elle utilisaient dans l'exploitation de l'entreprise de fabrication, de vente et d'entretien de gros appareils ménagers—La demanderesse est l'une des trois filiales désignées de GSW—En vertu d'un contrat bilatéral daté du 1^{er} janvier 1977, que la demanderesse avait passé avec GSW, tous les éléments d'actif, tous les biens et toute l'entreprise de la demanderesse, y compris les stocks étaient transférés à GSW—La demanderesse s'est prévaluée d'une déduction pour inventaire prévue à l'art. 20(1)gg) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Question de savoir si la contribuable détenait les produits finis en inventaire en vue de leur vente en 1977—Il faut examiner la question de l'inventaire dans le contexte commercial—La contribuable s'était déjà engagée à ce que l'inventaire soit vendu conformément aux accords conclus

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

en 1976—Les accords du 28 décembre et du 27 septembre sont assimilables à des transferts en *equity*—L'exécution du transfert de l'inventaire en 1977 ne constitue pas une exploitation d'une entreprise—L'un des éléments essentiels de l'art. 20(1)gg n'est pas satisfait étant donné que la demanderesse ne détenait pas de biens corporels (un inventaire, en l'espèce) en vue d'être vendus le 1^{er} janvier—La demanderesse n'a pas droit à la déduction pour inventaire applicable aux produits finis en inventaire—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)gg (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14(1)).

GSW APPLIANCES LTD. C. M.R.N. (T-1934-85, juge McKeown, jugement en date du 1-10-93, 13 p.)

Omission de tenir des registres—Demande d'annulation de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a confirmé la décision du ministre de rejeter la déduction relative aux salaires censément payés par la société—Le requérant exploitait avec des associés une entreprise agricole qui employait des travailleurs saisonniers dont bon nombre étaient migrants, analphabètes et sans instruction—Les employés étaient rémunérés sur une base saisonnière, mais les associés ou la société leur consentaient parfois des avances en espèces pour leur permettre d'acheter des objets de première nécessité—Des avances en espèces doivent être consenties parce que, dans bien des cas, pareils travailleurs n'ont pas de comptes bancaires, de sorte qu'il leur est difficile d'encaisser un chèque—À la fin de la saison, certains chèques de paye étaient endossés au nom des associés, qui les déposaient de nouveau dans leur compte personnel ou dans celui de la société en reconnaissance des avances consenties—Le juge de la Cour de l'impôt a statué que si un contribuable qui est en affaires omet de tenir des livres et des registres conformément aux exigences de l'art. 230 de la Loi de l'impôt sur le revenu, il ne peut pas s'attendre à ce que Revenu Canada admette les dépenses réclamées—Question de savoir si la conclusion est fondée sur la conclusion selon laquelle le requérant ne s'était pas acquitté de l'obligation qui lui incombait d'établir selon la prépondérance des probabilités que des salaires avaient été payés ou sur la conclusion selon laquelle l'omission de tenir les registres appropriés entraînait en soi le rejet de la déduction réclamée—Demande accueillie—Conclusion fondée sur l'omission de tenir des registres—L'exigence prévue à l'art. 230(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, à savoir qu'il faut tenir des registres, est absolue, mais son inobservation a pour conséquence de rendre le contrevenant passible d'une condamnation en vertu de l'art. 238(2), et non d'entraîner la conclusion selon laquelle les opérations non comptabilisées n'ont pas été effectuées—L'omission de comptabiliser les opérations jouera contre le contribuable qui cherche à s'acquitter du fardeau d'établir qu'elles ont eu lieu, mais le juge du procès doit établir, selon la prépondérance des probabilités, eu égard à toute la preuve et à sa crédibilité, si elles ont eu lieu, en totalité ou en partie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 230(1), 238(2) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 181).

SIDHU C. M.R.N. (A-871-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 17-9-93, 4 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

PÉNALITÉS

Demande visant à l'obtention d'une ordonnance annulant la décision par laquelle le MRN a rejeté la demande d'annulation des intérêts—La requérante allègue que le ministre a rendu sa décision sans tenir compte des faits, c.-à-d. que les intérêts exigés résultent principalement d'une erreur commise par les fonctionnaires du ministre, et que le ministre n'a pas respecté l'équité procédurale en ce sens que les intérêts se sont accumulés parce que le ministre ne s'est pas occupé promptement du dossier—Le commis de la requérante a fait une erreur de calcul dans la détermination du revenu total pour 1990—Il n'a pas inclus des rentes dans le calcul du revenu total sur la déclaration définitive de revenus, bien que les renseignements aient été inclus et que les feuillets T-4RSP aient été joints à la déclaration—Un avis de cotisation a été émis en septembre 1991—En octobre, le ministre a accusé réception de la demande de certificat de décharge—Le ministre a examiné les renseignements et a découvert l'erreur—La requérante a été informée de la chose en décembre et une nouvelle cotisation a été émise en mai 1992, laquelle comprenait des intérêts de 2 412,04 \$ sur l'arriéré—L'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet au ministre de renoncer à toute pénalité ou à tout intérêt payables—Demande rejetée—Question de savoir si la renonciation aux intérêts par ailleurs payables relève du pouvoir discrétionnaire du ministre—Le ministre n'a pas agi d'une façon inéquitable—La requérante s'est vu accorder toutes les possibilités de faire valoir son point de vue—Le délégué du ministre, qui a exercé le pouvoir discrétionnaire, disposait des éléments pertinents sur lesquels pouvait être fondée une décision, notamment des lignes directrices internes disant que l'annulation des intérêts ou la renonciation à ceux-ci sont limitées aux circonstances qui ne tiennent aucunement à la volonté du contribuable—C'est le commis de la contribuable qui a commis l'erreur initiale, et non les fonctionnaires du ministre—Comme le système fiscal canadien repose sur l'autocotisation, les fonctionnaires du ministre ne devraient pas être blâmés pour ne pas avoir décelé plus vite l'erreur de la contribuable—Toutes les mesures ont été prises dans un délai assez raisonnable—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

SUCCESSION FLOYD C. M.R.N. (T-3086-92, juge Dubé, ordonnance en date du 30-9-93, 7 p.)

PRATIQUE

Demande de contrôle et d'annulation de la décision rendue par la Cour de l'impôt en vertu de l'art. 231.4(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, nommant un président d'enquête afin de mener une enquête sur les affaires du requérant—L'art. 231.4(2) prévoit que le ministre qui autorise une personne à faire enquête, conformément à l'art. 231.4(1) (pour l'application et l'exécution de la Loi), doit immédiatement demander à la Cour de l'impôt une ordonnance où soit nommé un président d'enquête—Une contestation de l'art. 231.4 fondée sur la Charte s'impose compte tenu du traitement réservé aux articles voisins et connexes de la Loi (voir *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *M.R.N. c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535 (C.A.)), mais le requérant a expressément refusé de le

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

faire—La Cour doit donc se limiter à une simple interprétation législative—Demande rejetée—Dans *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, la Cour a interprété les anciennes dispositions, à savoir les art. 126(4) et (8) (antérieurs à 1972)—Il a été jugé que l'enquête est de nature purement administrative, et ne peut trancher ni décider quoi que ce soit—Les modifications apportées par la loi de 1972 ne modifient pas la nature de l'enquête—Le requérant n'avait pas le droit de recevoir un avis ou de participer à la demande présentée à la Cour de l'impôt en vue de la nomination d'un président d'enquête—La demande n'était assujettie à aucune exigence quant à la forme—Seul le juge de la Cour de l'impôt avait le pouvoir de déterminer si les documents étaient suffisants pour lui permettre d'exercer les pouvoirs que lui conférait la Loi—En l'absence d'une preuve de préjudice de la part du requérant, la période de six semaines qui s'est écoulée entre l'autorisation du ministre et la présentation de la demande devant la Cour de l'impôt ne donne pas lieu à l'annulation de la nomination—Puisqu'il n'est pas question que la nomination restreigne les droits ou les obligations du requérant, la question de l'obligation administrative d'équité ne se pose pas—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231 (abrogé par L.C. 1986, ch. 6, art. 121), 231.4 (édicte, *idem*)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 126.

DEL ZOTTO C. M.R.N. (A-318-93, juges Hugessen, Linden et Robertson, J.C.A., jugement en date du 9-9-93, 5 p.)

MARQUES DE COMMERCE**RADIATION**

Demande de radiation de deux marques, soit des dessins à deux dimensions du bloc d'assemblage des trois têtes rotatives d'un rasoir, ainsi que de deux marques visant des signes distinctifs, au motif que ce sont des dessins ou des représentations visuelles d'un dispositif fonctionnel—Philips commercialise des rasoirs électriques à têtes rotatives depuis 1939—Pendant la décennie 1960, les conditions du marché l'ont forcée à mettre au point et à commercialiser de toute urgence un rasoir plus performant—Elle s'est mise à commercialiser d'urgence des rasoirs à trois têtes rotatives disposées en triangle équilatéral—Au milieu des années 1970, elle a décidé que ce produit était devenu son image—Elle n'envisagerait d'autres systèmes que s'ils étaient considérablement plus performants—Jusqu'à ce jour, elle n'a lancé aucun autre système—Elle a concentré fortement sa politique de commercialisation et ses activités de promotion sur les rasoirs à trois têtes de rasage et, en conséquence, ce produit est bien accepté par les consommateurs et se vend bien—Les marchandises auxquelles se rapportent les marques de commerce visant des dessins à deux dimensions n'ont jamais été enregistrées à titre de marques de commerce—Les marques de commerce visant ces dessins à deux dimensions sont utilisées en tant que symbole sur l'emballage des rasoirs—Philips est la seule société qui commercialise un rasoir à trois têtes de rasage au Canada—Les enregistrements de marques de commerce détenus par Philips empêchent Remington de commercialiser au Canada un rasoir dans lequel les trois têtes rotatives sont disposées en triangle équilatéral, mais ne l'empêchent pas de le faire aux É.-U.—Il est impossible de faire une distinction entre le bloc d'assemblage du rasoir

MARQUES DE COMMERCE—Fin

de Remington et celui du rasoir de Philips—Déduction selon laquelle Remington, qui vend déjà de nombreux dessins de rasoirs, veut profiter de la réputation et de l'achalandage créés par Philips—À l'appui de l'argument selon lequel les marques de commerce sont fonctionnelles et qu'elles ne sont pas valides, Remington prétend que Philips utilise ses enregistrements pour protéger la meilleure disposition possible pour un rasoir à trois têtes rotatives—La preuve présentée par l'expert de Remington, au sujet de la meilleure conception possible pour un rasoir à trois têtes, n'a aucune valeur car elle plagie manifestement l'affidavit produit par différents témoins dans d'autres procédures—L'avocat de Philips n'a pas contre-interrogé l'affiant, mais compte tenu de la procédure sommaire prévue par la Règle 704, il a le droit de déposer une preuve par affidavit dénonçant le témoin de Remington—Le témoin n'était pas suffisamment indépendant pour être un expert et ne possédait pas d'opinions propres facilement discernables—Remington n'a pas réussi à établir que la disposition en triangle équilatéral était la meilleure conception pour un rasoir à trois têtes de rasage—La notion selon laquelle l'enregistrement d'une marque de commerce est invalide parce que celle-ci a une utilité ou un caractère fonctionnels a été établie par la jurisprudence—La marque elle-même doit contenir des éléments ou constituants fonctionnels—Les marques de commerce visant des dessins à deux dimensions ne constituent que de simples représentations des objets qui les ont inspirées—Elles ne contiennent aucun élément ou constituant fonctionnel—Remington n'a pas réussi à prouver, comme elle en était tenue de le faire, que les deux marques de commerce visant des dessins à deux dimensions n'étaient pas valides—De plus, elle n'a pas réussi à prouver les faits qui auraient justifié son argument selon lequel le dessin du rasoir à trois têtes de rasage était dicté par le caractère fonctionnel ou utilitaire—La disposition en triangle équilatéral, tout en étant l'une des meilleures, n'est ni la seule ni la meilleure conception pour un rasoir à trois têtes de rasage—Les faits ne prouvent pas que le dessin était dicté par le caractère fonctionnel, car les conditions du marché ont forcé Philips à procéder rapidement—L'enregistrement des marques de commerce visant des signes distinctifs est radié s'il a vraisemblablement pour effet de restreindre de façon déraisonnable le développement d'un art ou d'une industrie (art. 13(3) de la Loi sur les marques de commerce), ou si l'inscription au registre n'exprime pas ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit (art. 57)—Puisqu'il est défini comme un façonnement ou un mode d'envelopper des marchandises, un signe distinctif possède nécessairement un élément fonctionnel—Permettre la radiation en raison du caractère fonctionnel serait permettre qu'un aspect qui est inhérent à la nature légale puisse être invoqué pour contester sa validité—La notion du caractère fonctionnel n'entre pas en ligne de compte dans l'examen de la validité des enregistrements des marques de commerce visant des signes distinctifs—Comme Remington n'a pas invoqué d'autres moyens pour demander la radiation des enregistrements des signes distinctifs, elle n'a pas réussi à se décharger de l'obligation qui lui incombait—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 13, 57—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 704.

REMINGTON RAND CORP. C. PHILIPS ELECTRONICS N.V. (T-1695-91, juge McGillis, jugement en date du 8-10-93, 10 p.)

PÊCHES

Réclamation en vue du paiement du produit de la vente de poisson—La société demanderesse possède et exploite l'«Ocean Swell»—Le demandeur individuel est président et actionnaire majoritaire de la société demanderesse—La société et le demandeur individuel étaient titulaires d'un permis de pêche pour le poisson de fond, valable pour l'année 1988—Le formulaire de l'administration indiquait que la société était titulaire du permis, mais le document était signé par le demandeur individuel—Le 17 septembre 1988, les agents des pêches ont saisi le poisson des demandeurs parce qu'ils croyaient que celui-ci avait été pêché contrairement aux dispositions de la Loi sur les pêcheries et du Règlement de pêche de l'Atlantique—Les propriétaires de l'usine à poisson ont été informés que le poisson avait fait l'objet d'une saisie—L'usine a convenu d'acheter le poisson—Quelques heures plus tard, le propriétaire de l'usine a fait savoir aux agents qu'il informerait le demandeur individuel de la saisie—Le rapport de saisie désigne le demandeur individuel comme étant l'«accusé», bien qu'il y ait une case intitulée «personnes inconnues»—Les deux demandeurs ont été accusés d'avoir omis de fournir les renseignements réclamés dans les demandes fondées sur l'art. 48 de la Loi et de ne pas avoir respecté les conditions qui s'appliquaient à leur permis de pêche en ce qui concerne la quantité de poisson pouvant être pêché en vertu de l'art. 33(2) du Règlement—La société demanderesse a été déclarée coupable en ce qui concerne l'accusation fondée sur l'art. 48; elle s'est vu infliger une amende de 3 000 \$ et son droit de pêche a été suspendu pendant 30 jours—Les accusations fondées sur l'art. 33(2) ont été retirées pour le motif que l'ordonnance modificative imposant un contingentement était illégale parce qu'elle n'était pas conforme à la Loi sur les langues officielles—L'art. 58(6) prévoit que le poisson saisi est confisqué au profit de Sa Majesté si, au moment de la saisie, le propriétaire du poisson ne peut pas être identifié—Conformément à l'art. 58(6), un formulaire de saisie et de confiscation au profit de la Reine c. une (des) personne(s) inconnue(s) a été délivré le 29 décembre 1989—C'était la première fois qu'on faisait savoir qu'au moment de la saisie, le 17 septembre 1988, le poisson avait été confisqué au profit de Sa Majesté, puisqu'«au moment de la saisie», le propriétaire du poisson ne pouvait pas être identifié—Question de savoir si le propriétaire du poisson pouvait être identifié au moment de la saisie—La réclamation de la société demanderesse est accueillie—Il n'existe pas d'arrêts publiés portant directement sur ce point, mais plusieurs arrêts sont examinés pour montrer l'objet de la Loi—Lorsque la Couronne fédérale obtient une déclaration de culpabilité contre une personne identifiée, la confiscation est toujours fondée sur l'art. 58(5), c.-à-d. que lorsque la Couronne connaît ou croit connaître l'auteur de l'infraction, la démarche à suivre consiste pour la Couronne à porter une accusation contre cette personne et, en cas de déclaration de culpabilité, la confiscation peut être ordonnée, en sus de la peine, en vertu de l'art. 58(5)—On a recours à l'art. 58(6) uniquement lorsque le propriétaire ne peut pas être «identifié» au moment de la saisie—L'art. 58(6) est nécessaire, de façon à permettre à la Couronne de disposer des biens sans propriétaire qui sont saisis pour infraction présumée à la Loi, de façon à éviter l'accumulation de stocks dont on ne saurait quoi faire—Le propriétaire du poisson pouvait être identifié au moment de la saisie—L'agent des pêches connaissait «assez bien» le demandeur individuel—Il savait également que ce dernier était le capitaine «habituel» du bateau—L'agent a témoigné qu'il n'y avait aucun doute dans son

PÊCHES—Suite

esprit quant au propriétaire du bateau»—Les agents savaient que l'original du permis de pêche devait obligatoirement se trouver à bord du bateau et que le Ministère avait une copie du permis en sa possession—Bien qu'il fût autorisé à pénétrer dans le poste de pilotage du bateau et à examiner le permis de pêche et les documents d'enregistrement du bateau, l'agent ne l'a pas fait—Si les agents avaient examiné le permis de pêche et les documents d'enregistrement, ils auraient constaté que le bateau appartenait à la société demanderesse et que le permis de pêche était au nom de l'un ou l'autre demandeur—Le fait que le propriétaire de l'usine à poisson a mentionné le demandeur individuel donnait à penser que, selon toute possibilité, le demandeur individuel était propriétaire du poisson—S'il existait quelque doute quant à l'identité de l'accusé, on aurait pu cocher la case intitulée «inconnu» du rapport de saisie—Il y a confiscation si les agents opérant la saisie ne peuvent pas, par des moyens raisonnables, découvrir le propriétaire des biens saisis—L'expression «au moment de la saisie» ne doit pas être interprétée strictement, mais comme voulant dire «environ au moment de la saisie»—Les agents des pêches n'ont pas fait le moindre effort pour identifier le propriétaire du poisson—Les demandeurs ne cherchent pas à obtenir une réparation à la suite d'une confiscation légale, mais à faire déterminer s'il y a eu confiscation—Il n'y a pas confiscation du seul fait que l'agent opérant la saisie le décide; il n'y a confiscation que si, conformément aux dispositions de la Loi, l'agent n'est pas capable d'identifier le propriétaire au moment de la saisie—En l'espèce, il n'y a pas eu confiscation étant donné qu'il était possible d'identifier le propriétaire du poisson—La confiscation aurait pu être obtenue en vertu de l'art. 58(5) lorsque la société demanderesse s'est vu imposer une peine—La société, en tant que propriétaire du bateau et titulaire du permis, a droit au produit de la vente du poisson—Loi sur les pêches, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 48, 58 (mod. par L.C. 1985, ch. 26, art. 109), 59(2)—Règlement de pêche de l'Atlantique, DORS/86-21, art. 2 (mod. par DORS/88-141, art. 1), 4, 33(2).

GEORGE DENTON & ASSOCIATES LTD. C. CANADA
(T-1388-90, juge Nadon, ordonnance en date du 8-10-93,
26 p.)

Demande de remboursement ou de dommages-intérêts correspondant à la valeur des pétoncles encore dans leur coquille remis à la mer sur l'ordre d'agents des pêches—Le demandeur a été accusé d'avoir pêché dans un secteur prohibé de la baie de Fundy—Le bateau et la prise ont été saisis et apportés à Digby sous escorte—Les pétoncles encore dans leur coquille ont été remis à la mer—Le demandeur a été poursuivi en application du Règlement de pêche de l'Atlantique et a par la suite été acquitté—Il n'y a pas eu d'ordonnance de confiscation à l'égard du bateau ou de la prise ayant fait l'objet de la saisie—Un solde de 3 744 \$ était impayé au moment du procès—Question de savoir si les pétoncles dans leur coquille, conservés dans de la glace dans la cale du bateau, étaient vivants au moment de leur remise à l'eau—La preuve montre que l'agent des pêches avait des motifs raisonnables de croire que la plupart des pétoncles étaient vivants lorsqu'ils ont été remis à l'eau—La réclamation du demandeur dépend de l'interprétation et de l'application de l'art. 73(4) de la Loi sur les pêches aux présentes circonstances—L'agent des pêches n'a pas agi

PÊCHES—Fin

conformément au pouvoir conféré par l'art. 73(4) puisque les pétoncles n'ont pas été remis à l'eau au moment de la saisie—On n'a ordonné au demandeur de remettre les pétoncles à l'eau qu'après qu'il fut arrivé au quai, au moins trois heures après que le bateau et la prise eurent été saisis—La conclusion est fondée sur une interprétation stricte du libellé de l'art. 73(4)—Le demandeur a droit à la restitution des choses saisies ou du produit de la vente en vertu de l'art. 73(3) étant donné qu'il n'a pas fait l'objet d'une déclaration de culpabilité ou d'une ordonnance de confiscation—Les dispositions de la Loi traduisent la volonté du législateur de concilier l'intérêt général, à savoir la conservation des pêcheries, et l'intérêt du particulier dont les biens ont été saisis ou de toute personne ayant un droit sur le matériel et la prise confisqués au profit de la Couronne—Il convient d'interpréter l'art. 73(4) de façon restrictive étant donné le but de cette disposition—En saisissant les biens du demandeur et en disposant de ces biens dans des circonstances non autorisées par le législateur, les agents des pêches ont commis le délit de détournement, de sorte que le demandeur a le droit de recouvrer une somme correspondant à la pleine valeur des pétoncles dans leur coquille—L'agent de pêches n'a pas agi conformément au pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 73(4), mais il n'a toutefois pas violé l'obligation d'équité qu'il avait envers le demandeur—Il n'est pas établi que l'agent était de mauvaise foi lorsqu'il a ordonné la remise à l'eau des pétoncles—Action accueillie jusqu'à concurrence de la somme de 3 744 \$—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77.

LONGMIRE C. CANADA (T-2461-90, juge MacKay, jugement en date du 28-9-93, 16 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Demande d'injonction interlocutoire en attendant l'instruction de l'action—Le demandeur est le chef élu de la tribu des Blood—Les défendeurs sont des membres élus du conseil de la bande—Le conseil a adopté une résolution en vue de la destitution du chef conformément aux dispositions du règlement sur les élections selon la coutume de la tribu des Blood—Une autre résolution était censée suspendre le demandeur tant qu'une audience ne serait pas tenue et une décision définitive rendue au sujet de sa destitution—Le chef a été informé de cette mesure par une lettre, signée par les douze membres du conseil, disant qu'il avait manqué à son devoir, qu'il avait commis un délit d'action et qu'il était coupable d'une faute de conduite—Le demandeur a demandé qu'une ordonnance provisoire soit rendue et a engagé une action au moyen d'une déclaration—La Cour a rendu une injonction provisoire destinée à préserver le statu quo tel qu'il existait avant que les mesures de destitution ne soient prises—Elle a également rendu une ordonnance enjoignant aux parties de proposer les conditions d'un référendum dont il avait déjà été convenu—La Cour a compétence, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, pour accorder la réparation demandée—*Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792 (C.A.) appliqué—Le Conseil de bande est un «office fédéral» au sens de la définition figurant à

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale—En vertu de la Loi sur les Indiens, le conseil, qu'il soit élu conformément au droit coutumier ou en vertu de l'art. 74 de la Loi sur les Indiens, a qualité et a le pouvoir requis lorsqu'il s'agit de gérer et de diriger la tribu, aux fins reconnues par la loi—La Loi sur les Indiens reconnaît le droit coutumier en vertu duquel les parties allèguent remplir leurs fonctions—La définition de «conseil de la bande» figurant à l'art. 2 reconnaît que le conseil peut être élu en vertu de l'art. 74 ou conformément au droit coutumier—Le droit coutumier est reconnu en tant que loi en raison du droit législatif fédéral, et le conseil ainsi élu a qualité conformément à la Loi sur les Indiens—La Cour a également compétence pour accorder des ordonnances provisoires en vertu de l'art. 18.2 lorsque l'intérêt de la justice l'exige—Il existe des questions sérieuses à trancher en ce qui concerne la procédure suivie par le conseil, ainsi que les pouvoirs respectifs du chef et du conseil—Il existe un préjudice irréparable étant donné que celui-ci ne peut être réparé au moyen de l'octroi de dommages-intérêts si l'on n'empêche pas le demandeur d'être destitué en attendant le règlement du différend, la tenue d'élections régulières ou l'instruction de l'action—Le droit concernant le congédiement injuste ne s'applique pas lorsqu'une personne est privée de la charge à laquelle elle a été élue—Le demandeur ne pourrait pas réclamer des dommages-intérêts pour congédiement injuste et il ne pourrait pas présenter de demande pécuniaire fondée sur la perte de réputation—La prépondérance des inconvénients favorise le maintien des injonctions provisoires—Le préjudice irréparable que subirait le demandeur si l'injonction n'était pas accordée et s'il devait par la suite avoir gain de cause à l'instruction de l'action l'emporte sur le préjudice que les défendeurs subiront probablement si l'injonction est maintenue et s'il s'avère par la suite que le demandeur n'a pas gain de cause—Le fait que les relations de travail seraient tendues ne constitue pas le genre d'«inconvénients» en cause lorsqu'il s'agit de faire l'équilibre entre les préjudices possibles—Les affaires courantes de la tribu peuvent continuer à être gérées comme elles l'ont été depuis que la première injonction a été rendue—Le maintien de l'injonction préservant le statu quo donnera le temps aux parties de réfléchir sur leurs responsabilités et sur les intérêts qu'elles ont en commun, lorsqu'il s'agit de servir la tribu en exerçant les fonctions auxquelles elles ont été élues; cela leur donnera également le temps d'examiner les moyens et procédures à employer pour régler le différend—À moins qu'elles ne s'entendent sur les faits, ce qui permettrait l'instruction de l'action sans les préparatifs habituels, les parties ne croient pas que l'action serait instruite avant la tenue des prochaines élections générales, dans 18 mois—Il n'est donc pas opportun d'accorder une injonction maintenant le statu quo en attendant l'instruction de l'action, c.-à-d. jusqu'à une date indéterminée—Une injonction préservant le statu quo jusqu'au 2 novembre 1993 est rendue—Les conditions générales des ordonnances antérieurement rendues par la Cour continuent à s'appliquer—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2, 74—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.2 (édicte, *idem*, art. 5).

FRANK C. BOTTLE (T-657-93, juge MacKay, ordonnance en date du 29-6-93, 17 p.)

PRATIQUE

FRAIS ET DÉPENS

Requêtes présentées par les avocats de la demanderesse et du défendeur en vue de l'obtention des dépens pour le compte de leurs clients respectifs—En 1990, diverses offres de règlement ont été faites entre les parties—Au procès, la demanderesse s'est vu accorder des dommages-intérêts s'élevant à 127 392,13 \$ plus l'intérêt, soit au total 190 660,83 \$, comparativement à la somme de 167 000 \$ consignée par le défendeur—La demanderesse a eu gain de cause en obtenant un jugement lui accordant des dommages-intérêts—Le défendeur a également eu gain de cause en convaincant la Cour que les dommages devaient être davantage mitigés—Le succès est partagé—L'offre verbale de 300 000 \$ faite par le défendeur à la demanderesse en 1990 ne devrait pas être prise en compte étant donné que la Règle 344(3)g) parle expressément de «toute offre de règlement présentée par écrit»—L'offre écrite de règlement faite par le défendeur et le montant consigné étaient inférieurs au montant recouvré par la demanderesse et ne devraient pas être pris en considération dans l'évaluation du montant des dépens—Étant donné que le succès est partagé, chaque partie devrait assumer ses propres dépens—Les dépens ne sont pas adjugés—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 344.

REDPATH INDUSTRIES LTD. C. FEDERAL CALUMET (LE)
(T-1051-90, juge Rothstein, ordonnance en date du 18-10-93, 5 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Demande de réexamen de l'ordonnance refusant la prorogation du délai de dépôt du dossier de la demande—Le dossier de la demande devait être déposé avant le 27 août—La demande de prorogation a été déposée le 20 août—L'avocate était à l'extérieur de la ville du 21 au 27 août et elle a été incapable de voir son client avant son départ étant donné qu'il demeurait à l'extérieur de la ville—La prorogation a été refusée parce que l'horaire personnel d'un avocat n'est pas le genre de motif qui justifie l'octroi d'une prorogation—L'avocate a soutenu que ce n'était pas son horaire personnel qui l'avait empêchée de respecter le délai prescrit, mais son emploi du temps professionnel—Elle devait assister à un congrès du Barreau en sa qualité de membre du conseil provincial—Demande rejetée—Les délais prescrits dans les Règles de la Cour fédérale doivent être respectés et sont censés s'appliquer à chacun, de la même manière—S'ils sont trop courts, il faudrait demander que les Règles soient modifiées—La Cour ne fait pas droit à une demande de prorogation de délai pour le simple motif qu'il s'agit de la première fois que l'avocat présente une telle demande ou que sa charge de travail est trop lourde—Ce genre de décision serait injuste pour les avocats qui, pour respecter les délais prescrits, refusent des clients parce que leur charge de travail est trop lourde ou qui «remuent ciel et terre» pour respecter les délais, et ce, à leur propre détriment—Une prorogation est accordée pour un motif qui échappe au contrôle de l'avocat ou du requérant, par exemple, la maladie—En l'es-

PRATIQUE—Fin

pèce, le retard ne découle pas d'un tel événement imprévu—Au moment du dépôt de la demande d'autorisation, l'avocate savait que le délai de dépôt était de 30 jours, que son client habitait à l'extérieur de la ville et qu'elle assisterait au congrès du Barreau—Elle était libre d'organiser son horaire—Les tribunaux hésitent à désavantager les clients parce que leurs avocats n'ont pas agi dans les délais, mais dans les affaires de ce genre, l'avocat et son client ne font qu'un—Il est trop facile pour l'avocat de dire que son client n'est nullement responsable du retard et que, si une prorogation n'est pas accordée, celui-ci subira un préjudice—Il n'y a pas eu omission en ce qui concerne la preuve dont la Cour a été saisie—La Cour ne savait pas en quelle qualité l'avocate assistait au congrès, mais l'absence de l'avocate n'en devenait pas plus imprévue—Au moment où elle a déposé la demande de prorogation, l'avocate savait en quelle qualité elle assistait au congrès—Cette information ne vient pas juste d'être découverte—Les circonstances ne permettent pas d'effectuer un nouvel examen de l'ordonnance—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 337(5).

CHIN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4045-93, juge Reed, ordonnance en date du 8-10-93, 5 p.)

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Demande en vue de radiation de la déclaration fondée sur la Règle 419 ou en vue de la radiation des paragraphes 14, 15 et 16—Demande fondée sur une poursuite abusive en litige—Les plaidoiries concernant la poursuite abusive ne devraient pas être radiées—Il suffit de prouver que la poursuite ne peut être justifiée que par l'attribution d'une intention malveillante aux défendeurs—En ce qui a trait à la cause d'action fondée sur la négligence, la Cour d'appel de l'Alberta a statué, dans *German v. Major et al.*, (1985) 20 D.L.R. (4th) 703 que l'avocat de la poursuite ne peut être tenu responsable de négligence envers un accusé en ce qui concerne la façon de mener la poursuite parce que le poursuivant n'a pas d'obligation de diligence envers l'accusé—Les procureurs de la Couronne ont une obligation envers la Couronne et envers le public, mais non envers l'accusé, en ce qui concerne la manière dont ils exercent leurs fonctions—Il n'y aurait pas de restriction imposée à l'action pour poursuite abusive s'il était suffisant de prouver la simple négligence pour entraîner la responsabilité des fonctionnaires en cause dans les poursuites—Les allégations selon lesquelles il n'y aurait aucune responsabilité à l'égard des conditions de détention ou de cautionnement fixées par une ordonnance de la Cour ne créent pas une cause d'action—Elles ne devraient pas être radiées étant donné qu'elles pourraient être considérées comme pertinentes par le juge du procès—Demande accueillie en partie—Règles de la Cour fédérale, ch. 663, Règle 419.

REYNE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-395-93, juge Strayer, ordonnance en date du 8-10-93, 4 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9